



Urząd Zamówień Publicznych

**Wyniki przeprowadzonych w 2017 r.
przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
kontroli zamówień współfinansowanych
ze środków Unii Europejskiej**



**Wyniki przeprowadzonych w 2017 r.
przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
kontroli zamówień współfinansowanych
ze środków Unii Europejskiej**

Urząd Zamówień Publicznych
2018 r.

**Wyniki przeprowadzonych w 2016 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej**

Skład, łamanie i druk:
Pracownia C&C Sp. z o.o.

Wydawca:
Urząd Zamówień Publicznych
www.uzp.gov.pl
e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISBN: 978-83-88686-58-0

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2018 r.

SPIS TREŚCI:

Dział I. Zagadnienia ogólne	5
I. Podstawa prawna prowadzenia kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ..	5
II. Statystyka kontroli za 2017 rok	6
III. Wyniki kontroli	10
Dział II. Przykłady naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych	15
IV.1. Naruszenia dotyczące badania i oceny ofert	15
IV.1.1. Przedmiot zamówienia: przebudowa drogi gminnej oraz przebudowa sieci gazowej	15
IV.1.2. Przedmiot zamówienia: budowa sieci tras rowerowych	19
IV.1.3. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi	23
IV.1.4. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi	25
IV.1.5. Przedmiot zamówienia: dostosowanie baz danych do wymagań zintegrowanego systemu informacji oraz dostosowanie danych do zgodności z obowiązującym modelem danych	28
IV.1.6. Przedmiot zamówienia: dostosowanie baz danych do wymagań zintegrowanego systemu informacji oraz dostosowanie danych do zgodności z obowiązującym modelem danych	30
IV.1.7. Przedmiot zamówienia: zaprojektowanie i wykonanie robót na linii kolejowej ..	31
IV.1.8. Przedmiot zamówienia: modernizacja oczyszczalni ścieków	34
IV.1.9. Przedmiot zamówienia: budowa nowej sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej	37
IV.1.10. Przedmiot zamówienia: modernizacja systemu kanalizacyjnego	38
IV.1.11. Przedmiot zamówienia: przebudowa ulicy	40
IV.2. Naruszenia dotyczące opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu	42
IV.2.1. Przedmiot zamówienia: przebudowa drogi gminnej oraz przebudowa sieci gazowej	42
IV.2.2. Przedmiot zamówienia: dostawa autobusów miejskich	43
IV.2.3. Przedmiot zamówienia: budowa odcinka drogi wraz z węzłem dwupoziomym	43
IV.2.4. Przedmiot zamówienia: dostawy artykułów spożywczych do magazynów organizacji partnerskich	48
IV.2.5. Przedmiot zamówienia: przebudowa drogi publicznej	50

IV.3. Naruszenia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia	52
IV.3.1. Przedmiot zamówienia: dostawa fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody	52
IV.3.2. Przedmiot zamówienia: modernizacja miejskiego systemu ciepłowniczego	56
IV.3.3. Przedmiot zamówienia: wymiana nawierzchni drogi	59
IV. 3.4. Przedmiot zamówienia: dostawa fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody	61
IV.4. Inne naruszenia	63
IV.4.1. Przedmiot zamówienia: dostawa autobusów miejskich	63
IV.4.2. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi wojewódzkiej	65
IV.4.3. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi wojewódzkiej	67
IV.4.4. Przedmiot zamówienia: budowa nowej sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej	69
IV.4.5. Przedmiot zamówienia: przebudowa drogi powiatowej	70
IV.4.6. Przedmiot zamówienia: budowa mostu przez rzekę wraz z budową nowego przebiegu drogi wojewódzkiej	71
V. Zakończenie	74

DZIAŁ I

ZAGADNIENIA OGÓLNE

I. PODSTAWA PRAWNA PROWADZENIA KONTROLI PRZEZ PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustawa Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), zwana dalej „ustawą Pzp”, określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, korzystania ze środków ochrony prawnej, zasady prowadzenia kontroli udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w tych sprawach. Zgodnie z art. 152 ust. 1 ustawy Pzp centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Szczegółowe kompetencje Prezesa Urzędu wymienia art. 154 ustawy Pzp, w którym wskazano m.in., że Prezes czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą.

Z przywołanej powyżej kompetencji ustawowej wynika, iż Prezes Urzędu posiada uprawnienia kontrolne w stosunku do wszystkich zamówień publicznych bez względu na źródło ich finansowania. Ustawodawca określił również w sposób szczegółowy w Rozdziale 3 Działu V ustawy Pzp, procedurę prowadzenia kontroli przez Prezesa Urzędu. Zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z jej przepisami. Oznacza to, że Prezes Urzędu bada wyłącznie legalność udzielenia zamówienia, tj. zgodność prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Kontrola co do zasady odbywa się w siedzibie Urzędu na podstawie zgromadzonych w sprawie dokumentów, wyjaśnień oraz opinii biegłych i może mieć charakter kontroli uprzedniej (ex-ante, przed zawarciem umowy z wykonawcą) lub kontroli następczej (ex-post, po zawarciu umowy z wykonawcą).

W zakresie zamówień z udziałem środków unijnych Prezes Urzędu prowadzi:

- kontrole uprzednie obligatoryjne, jeżeli wartość zamówienia jest równa bądź przekracza równowartość w złotych polskich 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych (art. 169 ust. 1 i 2 ustawy Pzp),
- kontrole doraźne uprzednie lub następcze wszczynane z urzędu lub na wniosek (bez względu na wartość zamówienia), jeżeli zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 i 4 ustawy Pzp).

Kontrolę doraźną może poprzedzić postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy w postępowaniu doszło do naruszenia mogącego mieć wpływ na wynik postępowania, a zatem – czy zasadne jest wszczęcie kontroli doraźnej.

Kontrola kończy się doręczeniem zamawiającemu informacji o wyniku, w której Prezes Urzędu stwierdza brak naruszeń bądź wskazuje wykryte naruszenia. W przypadku kontroli uprzedniej, przeprowadzanej przed zawarciem umowy z wykonawcą, Prezes Urzędu może dodatkowo wydać zalecenia pokontrolne usunięcia stwierdzonych naruszeń lub unieważnienia postępowania. Natomiast kontrola następcza odbywa się po zawarciu umowy z wykonawcą, dlatego niemożliwe jest wydanie po jej przeprowadzeniu zaleceń wykonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu.

W takim przypadku jednak, w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp w wyniku przeprowadzenia kontroli, Prezes Urzędu:

- zawiadamia rzecznika dyscypliny finansów publicznych, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenie przepisów ustawy Pzp stanowiące czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 1311),
- może nałożyć karę pieniężną, jeżeli zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3–4 ustawy Pzp i w toku kontroli stwierdzono naruszenia wymienione w art. 200 ustawy Pzp,
- może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenia, o których mowa w art. 140 ust. 3, art. 146 ust. 1 i art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, a także o unieważnienie zmiany umowy, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenie art. 144 ust. 1–1b, 1d i 1e ustawy Pzp.

W przypadku przeprowadzenia kontroli zamówienia współfinansowanego ze środków UE, o wyniku kontroli – poza podmiotami, na wniosek których kontrola została wszczęta – zawsze informowana jest właściwa instytucja zarządzająca i instytucja pośrednicząca z wyjątkiem regionalnych programów operacyjnych, w których przypadku o wynikach kontroli jest informowana właściwa instytucja zarządzająca.

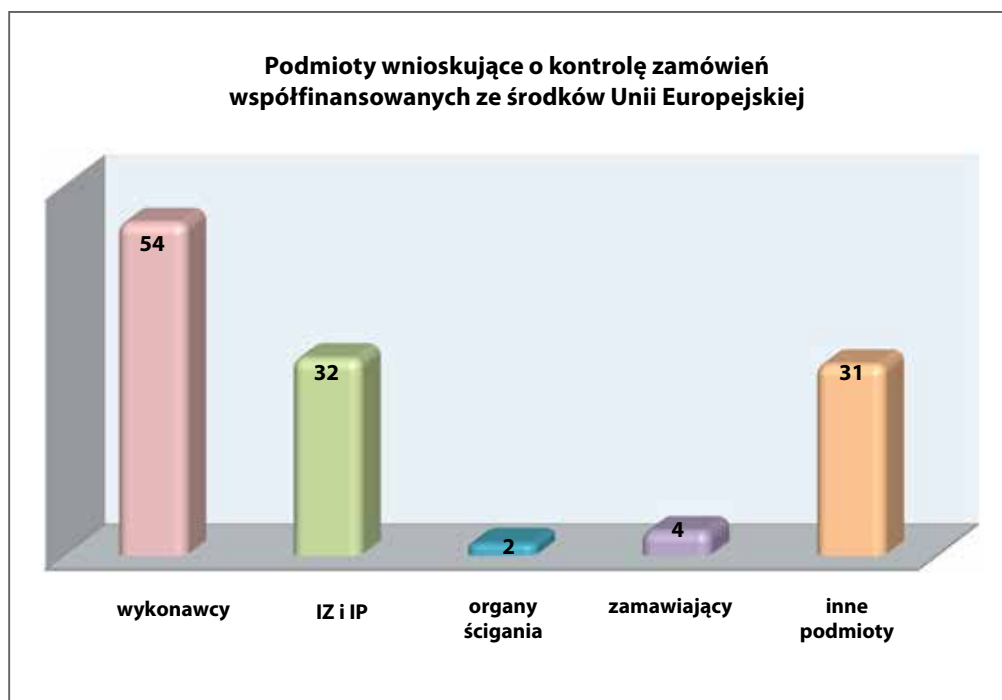
II. STATYSTYKA KONTROLI ZA 2017 ROK

W 2017 r. do Urzędu Zamówień Publicznych **wpłynęły 123 wnioski o przeprowadzenie kontroli doraźnej** zamówień współfinansowanych ze środków UE. Wnioski te kierowali przede wszystkim wykonawcy (59 wniosków), ale także instytucje zaangażowane we wdrażanie funduszy unijnych w Polsce (35 wniosków). Pozostałe wnioski o kontrolę doraźną składały m.in. organy ścigania, zamawiający oraz podmioty nieuczestniczące w danych postępowaniach o udzielenie zamówień (np. osoby prywatne, organizacje zrzeszające przedstawicieli określonych zawodów).

Wyżej wymienieni wnioskodawcy podnosili zarzuty¹:

¹ Łączna liczba zarzutów jest większa niż 119, gdyż w jednym wniosku może być zawartych kilka różnych zarzutów.

- dotyczące oceny ofert – 35 zarzutów,
- dotyczące opisu warunków udziału w postępowaniu – 23 zarzuty,
- dotyczące opisu przedmiotu zamówienia – 40 zarzutów,
- dotyczące trybu udzielenia zamówienia – 2 zarzuty,
- dotyczące braku stosowania ustawy Pzp – 1 zarzut,
- dotyczące unieważnienia postępowania – 1 zarzut,
- dotyczące zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ – 17 zarzutów,
- dotyczące realizacji umowy – 6 zarzutów,
- dotyczące szacowania wartości zamówienia – 21 zarzutów,
- dotyczące innych kwestii – 43 zarzuty,
- dotyczące innych kwestii niż regulowane przepisami ustawy Pzp – 1 zarzut.



W badanym okresie Prezes Urzędu rozpatrzył **129² wniosków o wszczęcie kontroli doraźnych** zamówień współfinansowanych ze środków UE. W ramach rozpatrywania ww. wniosków przeprowadzono 54 postępowania wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy zachodzi podstawa do wszczęcia kontroli doraźnej.

Dodatkowo przeprowadzono też **34 postępowania wyjaśniające wszczęte z urzędu**.

Łącznie, w roku 2017, przeprowadzono zatem **88 postępowań wyjaśniających**.

Ostatecznie, na skutek przeprowadzenia wskazanych powyżej 88 postępowań wyjaśniających, wszczęto **36 kontroli doraźnych** następczych zamówień współfinansowanych ze środków UE, z czego zakończono 29 kontroli.

Kontrole doraźne dotyczyły zamówień o wartościach na ogół nie przekraczających tzw. progów unijnych³. Były to głównie zamówienia na roboty budowlane w zakresie przebudowy lub remontu dróg i tras rowerowych, ale też zamówienia na dostawy pojazdu specjalnego, sprzętu komputerowego. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom doraźnym wyniosła ok. 88 mln zł.

Ponadto w 2017 r. przeprowadzono **218 kontroli uprzednich obligatoryjnych**. Zamówienia objęte kontrolą uprzednią obligacyjną były najczęściej współfinansowane w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom obligacyjnym uprzednim wyniosła ponad 38 mld zł.

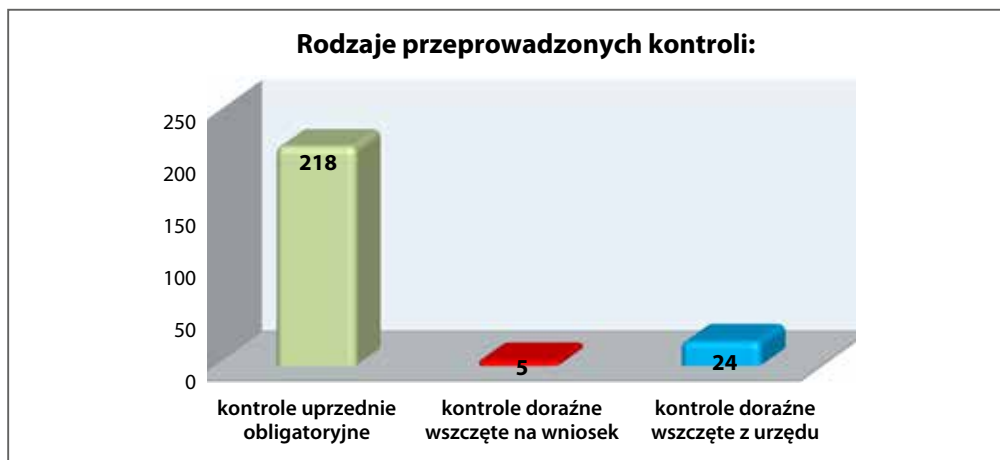
Przedmiotem przeprowadzonych kontroli uprzednich były w przeważającej większości roboty budowlane – 147 kontroli (67,4% z 218). W obszarze dostaw Urząd przeprowadził 37 kontroli (16,9% z 218), natomiast kontrolę, w której przedmiot zamówienia stanowiły usługi, przeprowadzono w odniesieniu do 34 zamówień (15,5% z 218). Zamówienia na roboty budowlane objęte tymi kontrolami dotyczyły przede wszystkim inwestycji drogowych, kolejowych, jak również, choć w mniejszym zakresie inwestycji energetycznych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Wśród kontrolowanych usług znalazły się usługi związane z utworzeniem i modernizacją baz danych, jak również ich dostosowaniem do wymogów zintegrowanych systemów informacji, usługi nadzoru nad inwestycjami budowlanymi, w tym w szczególności kolejowymi, naprawy i utrzymanie wagonów. Wśród dostaw natomiast dominowały dostawy zespołów trakcyjnych, autobusów, tramwajów i trolejbusów. W obszarze tym występowały również zamówienia na dostawy jednostek pływających, samochodów specjalnych, radarów, jak również dostawy materiałów do inwestycji kolejowych (tj. szyny, podkłady strunobetonowe, podsypka tłuczniowa) i dostawy żywności dla potrzebujących.

W sumie w 2017 r. Prezes Urzędu przeprowadził i zakończył **247⁴ kontroli zamówień współfinansowanych ze środków unijnych. Łączna wartość objętych kontrolą zamówień wyniosła ponad 38 mld zł.**

² Część rozpatrzonych wniosków o kontrolę została wniesiona w 2016 r.

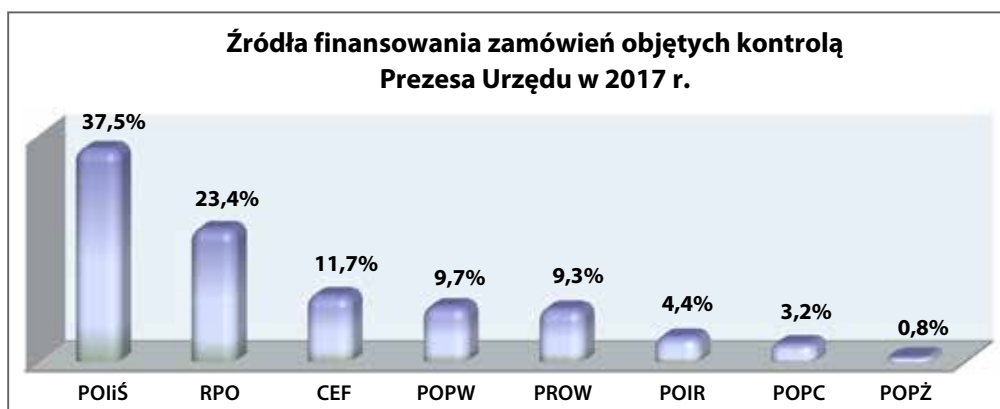
³ Zgodnie z obowiązującym w 2017 r. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28.12.2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2015 r., poz. 2263 ze zm.) progi te wynosiły 135 000 euro lub 209 000 euro lub 418 000 euro dla dostaw i usług – w zależności od rodzaju zamawiającego oraz 5 225 000 euro dla robót budowlanych. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.08.2016 r. dodane zostały też progi dla usług społecznych w wysokości 750 000 euro dla zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz 1 000 000 – dla zamówień sektorowych.

⁴ Obliczonych jako suma 218 kontroli uprzednich i 29 kontroli doraźnych.



Z analizy kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu wynika, iż kontrole dotyczyły zamówień objętych następującymi programami operacyjnymi⁵:

- 94 zamówienia (ok. 37,5%) z PO Infrastruktura i Środowisko,
- 58 zamówień (ok. 23,4%) z Regionalnych Programów Operacyjnych,
- 29 zamówień (ok. 11,7%) – Instrument „Łącząc Europę” (CEF),
- 24 zamówienia (ok. 9,7%) z PO Polska Wschodnia,
- 23 zamówienia (ok. 9,3%) z PROW,
- 11 zamówień (ok. 4,4%) z PO Inteligentny Rozwój,
- 8 zamówień (ok. 3,2%) z PO Polska Cyfrowa,
- 2 zamówienia (ok. 0,8%) z PO Pomoc Żywnościowa 2014–2020.



⁵ Jedną z przeprowadzonych kontroli była współfinansowana z dwóch różnych programów operacyjnych.

III. WYNIKI KONTROLI

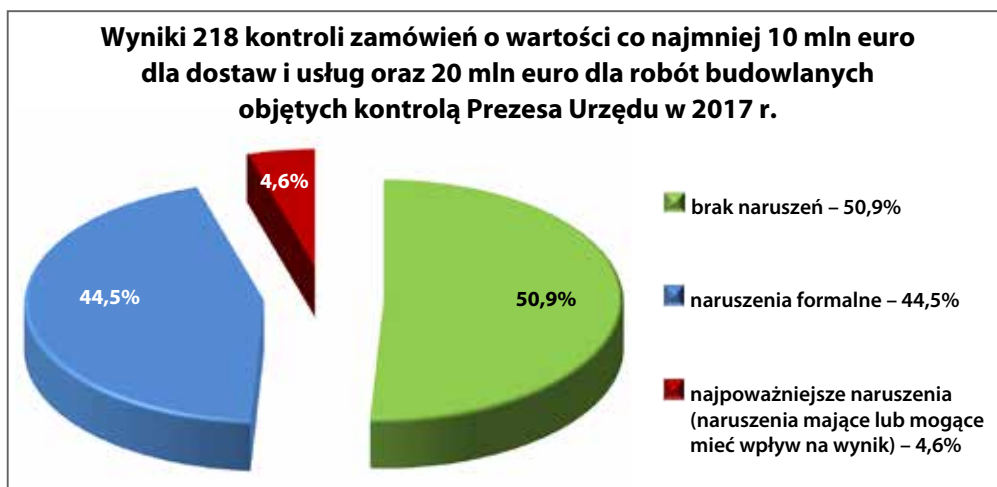
Z analizy rezultatów przeprowadzonych w 2017 r. wszystkich zakończonych kontroli dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków unijnych, wynika, iż⁶:

- **W 116 kontrolach (47% z 247) nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp.** Przy czym absolutna większość takich przypadków (111) dotyczyła największych zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych.
- **W 131 skontrolowanych postępowaniach (53% z 247) stwierdzono naruszenia ustawy Pzp,** w tym 113 kontroli (45,7% z 247) wykazały naruszenia niemające wpływu na wynik postępowania, natomiast 18 kontroli (7,3% z 247) wykazało naruszenia mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

W związku z wykryciem w toku kontroli naruszeń mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania:

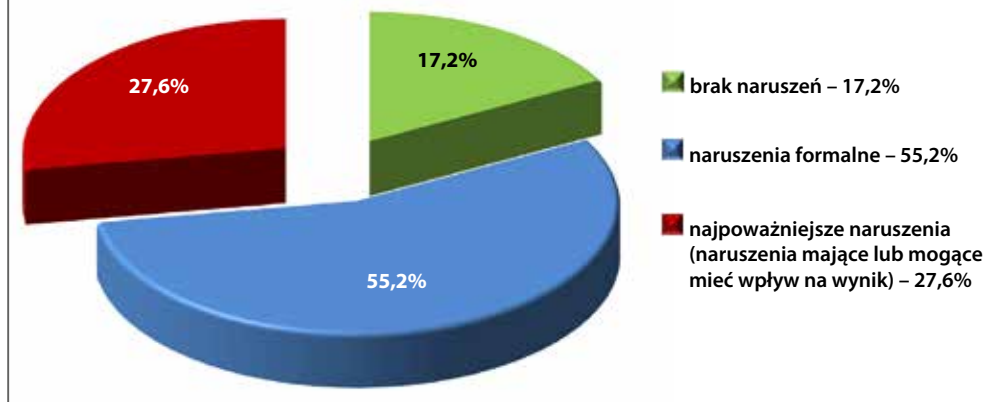
- w przypadku 7 kontroli doraźnych następczych, w zależności od rodzaju zamawiającego i rodzaju stwierdzonych naruszeń, zawiadamiano rzecznika dyscypliny finansów publicznych lub wnioskowano o nałożenie kary pieniężnej oraz wnioskowano o wystąpienie do sądu o unieważnienie umowy,
- w przypadku 11 kontroli uprzednich wydawano zalecenia usunięcia naruszeń.

Ponadto o wyniku każdej kontroli zawsze informowana była właściwa instytucja zarządzająca i instytucja pośrednicząca, a w przypadku regionalnych programów operacyjnych – właściwa instytucja zarządzająca.



⁶ Przedstawiono wyniki ostateczne, po rozpatrzeniu zastrzeżeń zamawiających.

Wyniki 29 kontroli zamówień o wartości niższej niż 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych objętych kontrolą Prezesa Urzędu w 2017 r.



W 2017 r. Prezes Urzędu przeprowadził m.in. 29 kontroli doraźnych postępowań o udzielenie zamówień współfinansowanych ze środków UE. 83% z nich (tj. 24 kontrole) zostało wszczętych z urzędu. W większości powodem wszczęcia kontroli doraźnych z urzędu było badanie zgodności prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy Pzp współfinansowanych ze środków Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich (22 kontrole).

Kontrole te wykazały, że w znaczącej większości postępowań wytypowanych do przeprowadzenia czynności kontrolnych, postępowania te obarczone były nieprawidłowościami związanymi ze stosowaniem ustawy Pzp. Wyłącznie w 18,2% przypadków postępowań poddanych kontroli nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp. Natomiast w pozostałym zakresie (81,8%) stwierdzone zostały naruszenia, które w przeważającej ilości nie miały wpływu na wynik postępowania (63,6%). Najpoważniejsze nieprawidłowości stwierdzone w ramach prowadzonych kontroli, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania odnotowano w 4 przeprowadzonych postępowaniach (18,2%).

W toku kontroli stwierdzono, że naruszenia, które mogły lub miały wpływ na wynik postępowania dotyczyły zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jak również zaniechania weryfikacji doświadczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Do naruszeń, które nie miały wpływu na wynik postępowania, należy zaliczyć przede wszystkim nieuprawnione odrzucenie ofert, nieujednoczenie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, zaniechanie określenia w dokumentacji postępowania wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących opisane czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

W pozostałych przeprowadzonych kontrolach doraźnych postępowań o udzielenie zamówień współfinansowanych ze środków UE najpoważniejsze naruszenia ustawy Pzp obejmowały naruszenia zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia oraz zasady, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji

oraz równe traktowanie wykonawców, jak również naruszenie związane z opisem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Rok 2017 był pierwszym pełnym rokiem, w którym funkcjonowały przepisy znowelizowanej ustawy Pzp implementującej nowe dyrektywy unijne 2014/24/UE i 2014/25/UE. W znaczącej większości czynności kontrolne przeprowadzone w odniesieniu do postępowań, w których stosowano nowe przepisy obejmowały największe zamówienia realizowane ze współfinansowaniem ze środków UE przedkładane Prezesowi Urzędu do przeprowadzenia obowiązkowej kontroli uprzedniej.

Wprowadzone zmiany przepisów ustawy Pzp i ich stosowanie przez zamawiających miały wpływ na zaobserwowany w odniesieniu do lat ubiegłych wzrost kontroli uprzednich, które zakończyły się stwierdzeniem naruszeń w ramach prowadzonych procedur. Podkreślenia jednakże wymaga, iż nie dotyczy to najpoważniejszych naruszeń, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż w odniesieniu do tych naruszeń w ostatnich latach nadal utrzymuje się tendencja spadkowa (2015 r. – 11,5%; 2016 r. – 8%, 2017 r. – 4,6%). W 2017 r. zanotowano natomiast wzrost naruszeń formalnych, które nie miały wpływu na wynik postępowania.

Z analizy przeprowadzonych postępowań kontrolnych wynika, że w przeważającej większości zamawiający stosują procedurę określoną w art. 24aa ustawy Pzp, tzw. procedurę odwróconą. Niewątpliwie wynika to z ekonomiki prowadzenia przez zamawiających postępowań o udzielenie zamówień publicznych, gdyż zastosowanie tej procedury przyspiesza i usprawnia proces związany z oceną ofert w przetargu nieograniczonym. Zastosowanie tych przepisów pozwala ograniczyć znaczącą część procesu badania złożonych ofert wyłącznie do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W przedmiotowym zakresie nie stwierdzono większej liczby zagadnień, które mogłyby stanowić dla zamawiających problem ze stosowaniem tych przepisów.

Do zagadnień, które sprawiały zamawiającym trudności w stosowaniu znowelizowanych przepisów, zaliczyć należy przepisy związane ze stosowaniem obowiązkowych i fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp). Zamawiający stosowali w postępowaniach różny zakres możliwych do określenia przesłanek fakultatywnych, jednakże problematycznym w wielu postępowaniach okazał się aspekt związany ze wskazaniem właściwych dokumentów potwierdzających przewidziane w dokumentacji przesłanki wykluczenia. Stwierdzone naruszenia żądania dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania, dotyczyły najczęściej nieuprawnionego żądania przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126), tj. zaświadczenia urzędu skarbowego i ZUS-u, w sytuacji gdy zamawiający nie przewidzieli stosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Powyższe zaświadczenia służą bowiem potwierdzeniu tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia, w odróżnieniu od dokumentów wymaganych w ramach obowiązkowej przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, tj. oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zażegnanie z uiszczaniem podatków, opłat lub składek. Wskazać należy, iż stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp dotyczyły również sytuacji, w których zamawiający zaniechali żądania od wykonawców niezbędnych oświadczeń lub dokumentów, np. w przypadku zaniechania żądania od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innego podmiotu na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

Do stwierdzonych naruszeń zaliczanych do kategorii formalnych, niemających wpływu na wynik postępowania, które występowały najczęściej, zaliczyć należy nieprawidłowości związane z terminem zamieszczenia przez zamawiających ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej oraz w swojej siedzibie przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Zamawiający również niezgodnie z przepisami ustawy Pzp udostępniali specyfikację istotnych warunków zamówienia na własnych stronach internetowych przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ponadto zamawiający przygotowywali ogłoszenia o zamówieniu niezgodnie z obowiązującymi wzorami standardowych formularzy, określonymi w akcie wykonawczym Komisji Europejskiej ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień wydanych na podstawie dyrektyw. Dodatkowo stwierdzić należy, iż zamawiający w ramach prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania dokonując zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wymagały odpowiednich zmian w treści ogłoszenia, często nie dokonywali tych czynności, tym samym naruszając przepisy ustawy Pzp. Podobnie w przypadku gdy niezgodność pomiędzy specyfikacją a ogłoszeniem o zamówieniu istniała od chwili wszczęcia postępowania, a pomimo to zamawiający nie ujednolicił tych dokumentów, w ramach prowadzonej kontroli stwierdzane było naruszenie przepisów ustawy w tym zakresie.

Podkreślenia wymaga, iż w wyniku prowadzonych czynności kontrolnych stwierdzono znacznie mniejszą liczbą naruszeń związanych z opisem przedmiotu zamówienia, jak również opisu kryteriów oceny ofert. Należy zauważyć, że zamawiający coraz częściej stosują pozacenowe kryteria oceny ofert. Wyłącznie w jednym z kontrolowanych przypadków doszło do naruszenia związanego z zastosowaniem przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp wyłącznie kryterium ceny. Zamawiający nie stosowali w kontrolowanych postępowaniach kryterium kosztu.

Część stwierdzonych naruszeń dotyczyła również nieokreślenia bądź wadliwego określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane czynności, których wykonanie w ramach realizacji zamówienia wymaga zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę.

Prezentowane w Dziale II niniejszego opracowania przykłady naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzone w ramach kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej dotyczą postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczynanych w różnych okresach. Stąd też przy stwierdzeniu konkretnego naruszenia przepisów ustawy Pzp znaczenie ma brzmienie tych przepisów, biorąc pod uwagę datę wszczęcia każdego postępowania. Data ta została każdorazowo przywołana w opisie wstępnym każdego z przykładów przywołanych w niniejszym opracowaniu.

DZIAŁ II

PRZYKŁADY NARUSZEŃ USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

IV.1. NARUSZENIA DOTYCZĄCE BADANIA I OCENY OFERT

IV.1.1. Przedmiot zamówienia: przebudowa drogi gminnej oraz przebudowa sieci gazowej

Wartość zamówienia: 413 801,99 zł (99 116,62 euro)

Wszczęcie postępowania: 12.08.2016 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 6.1.2 SIWZ zamawiający określił warunek dotyczący zdolności zawodowej poprzez wymóg wykazania m.in. co najmniej jednego zadania w zakresie budowy, rozbudowy, przebudowy lub remontu sieci gazowej o wartości nie mniejszej niż 90.000,00 zł brutto. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku wykonawca zobowiązany był przedłożyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty, tj. dokument, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 1 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”.

Ponadto zamawiający w pkt 6.3 SIWZ wskazał, iż „wykonawca, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy, może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych albo sytuacji finansowej lub eko-

nomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. 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 – przedłożone w oryginale do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ww. zapisem, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba, że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy”.

Wykonawca T w pkt 9 formularza złożonej oferty wskazał, iż cyt.: „zamówienie zrealizujemy sami”. Jednocześnie wykonawca wraz z ofertą przekazał zamawiającemu wszystkie dokumenty wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. wykaz robót budowlanych, w pkt 3 którego na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej wskazał inwestycję pn.: „Budowa gazociągu i przyłączy gazowych ś/c do budynków mieszkalnych w m. J” realizowaną przez firmę H, na kwotę 201.026,61 zł brutto. Na potwierdzenie należytego wykonania wskazanej inwestycji wykonawca załączył stosowne referencje.

Wykonawca do oferty dołączył także zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego (H) o treści cyt.: „Ja niżej podpisany (...) będąc upoważnionym do reprezentowania H (...) niniejszym oświadczam, że wyżej wymieniony podmiot, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, odda wykonawcy T (...) do dyspozycji niezbędne zasoby:

– wiedzy i doświadczenia;

– osób zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia, tj. (...) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (...),

przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania,

sposób wykorzystania ww. zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia to:

Kierownik robót branży instalacyjnej – gazociąg,

charakter stosunku jaki będzie łączył nas z wykonawcą:

Umowa o współpracy”.

Wskazując na powyższe, należy podnieść, że stosownie do art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Ponadto z § 9 ust. 1 rozporządzenia wynika, że w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;

b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

d) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zatem nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania podmiotu trzeciego o przekazaniu potencjału, jeżeli z tego zobowiązania ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia zamawiającemu ocenę, czy wy-

konawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. Innymi słowy, aby zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, tj. w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać.

Jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym przez ww. wykonawcę jest oświadczenie podmiotu trzeciego na temat zamiaru udostępnienia niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osoby na stanowisko Kierownika robót branży instalacyjnej – gazociąg bez wskazania rodzaju i formy udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia oraz zakresu dostępnych wykonawcy zasobów tego podmiotu. Zobowiązanie o takiej treści nie precyzuje przede wszystkim, w jaki sposób zasoby wiedzy i doświadczenia zostaną udostępnione wykonawcy, a zwłaszcza czy ich udostępnienie będzie realne. Tym samym treść powyższego dokumentu nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawca ma rzeczywisty dostęp do wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego tego rodzaju zasób i czy jest to dostęp w zakresie wystarczającym do należytej realizacji zamówienia.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy, lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia, lub poprawienia, lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia, lub poprawienia, lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy T do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. w szczególności nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie zasobów w wystarczającym do należytego wykonania zamówienia zakresie i w wystarczający sposób. Zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, że zasoby wiedzy i doświadczenia zostały mu udostępnione przez podmiot trzeci w sposób realny i że wykonawca spełnia w ten sposób opisany warunek wiedzy i doświadczenia, należy wskazać na mające także zastosowanie w sprawie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

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

Zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, co do którego nie zachodzą wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu spełnia.

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

Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykazał, że w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wymaganej zdolności zawodowej (doświadczenia). Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie w toku kontroli zostało stwierdzone, że zamawiający nie podjął czynności weryfikacji doświadczenia tegoż wykonawcy w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. opisany warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego. Tym samym zamawiający zaniechał dokonania weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, a co więcej – następnie udzielił mu zamówienia.

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

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 9/18).

IV.1.2. Przedmiot zamówienia: budowa sieci tras rowerowych

Wartość zamówienia: 5.251.033,24 zł (1.257.762,64 euro)

Wszczęcie postępowania: 15.04.2016 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt II.1.3.1 SIWZ zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego, wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje osobą na stanowisko kierownika budowy posiadającą odpowiednie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wykonawca miał złożyć wraz z ofertą dokument i oświadczenie, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem”, tj.:

- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wg wzoru zał. nr 5 SIWZ Wykaz osób;
- oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień – wg wzoru zał. nr 6 SIWZ Oświadczenie o uprawnieniach.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca P załączył do oferty ww. oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia oraz Wykaz osób, w którym na stanowisko Kierownika budowy wskazał p. A. Z przedstawionego przez wykonawcę dokumentu wynika, że p. A posiada następujące kwalifikacje zawodowe: „technik budownictwa w specjalności drogowej, doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika budowy 20 lat, uprawnienia nr (...) do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie dróg i nawierzchni lotniskowych”. Przywołane w ww. wykazie „kwalifikacje zawodowe” p. A nie wskazują, że ww. osoba posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności drogowej.

W związku z powyższym w toku kontroli następczej Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie uznał, że osoba proponowana przez wykonawcę P na stanowisko Kierownika budowy posiada wymagane uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności drogowej.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający wyjaśnił, co następuje: „Całość informacji podanych przez wykonawcę, zawartych w złożonych dokumentach potwierdza, iż pan A wskazany na stanowisko Kierownika budowy posiada wymagane, wynikające z przepisów prawnych uprawnienia do kierowania robotami będącymi przedmiotem zamówienia (co potwierdza złożone przez wykonawcę oświadczenie o posiadaniu przez tę osobę wymaganych uprawnień). (...) Ponadto

należy też wskazać na kontekst przedmiotowego warunku w zakresie podanych przez Wykonawcę informacji na temat uprawnień p. A. Zgodnie z informacjami podanymi w Wykazie osób osoba ta – technik budownictwa w specjalności drogowej posiada uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie dróg i nawierzchni lotniskowych oraz dwudziestoletnie doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika budowy. Opis ten wskazuje, iż z punktu widzenia formalno-prawnego uprawnienia te były w zupełności adekwatne do przedmiotu niniejszego zamówienia i w świetle wskazanego warunku udziału w postępowaniu nie były to uprawnienia ograniczone, tzn. zgodnie z przepisami osoba ta mogłaby pełnić funkcję Kierownika budowy na robotach wykonywanych w ramach niniejszego zamówienia (osoba posiadająca uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie dróg i nawierzchni lotniskowych może jak najbardziej kierować w pełni robotami dotyczącymi budowy ścieżek rowerowych). Toteż Wykonawca wykazując dysponowanie tą osobą, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu co do ich ustawowej istoty, czyli potwierdził w tym aspekcie zdolność do należytego wykonania zamówienia.

Z kolei opis określonego w cz. II pkt 1.3.1. SIWZ warunku udziału w postępowaniu posługujący się sformułowaniem „uprawnienia (...) bez ograniczeń” odnosił się de facto do obecnie funkcjonującego rodzaju uprawnień regulowanego Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Tymczasem p. A posiadał uprawnienia nadane pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów, na gruncie których nie występowało formalne rozgraniczenie uprawnień na te bez ograniczeń i te z ograniczeniami – uprawnienia pozyskane w 1994 r. nr (...) (Zamawiający urzędowo posiada wiedzę na temat treści dotyczącej tej osoby decyzji o nadaniu uprawnień, jako że p. A pełnił już obowiązki Kierownika budowy na zadaniach realizowanych na rzecz samego Zamawiającego, w trakcie realizacji których osoba ta przekazała m.in. kopie dokumentów poświadczających nadanie uprawnień).

To właśnie zagadnienie szczegółowo przeanalizowała Krajowa Izba Odwoławcza na gruncie uchwały z dnia 17 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO/KD 7/17) uznając, iż jeżeli Zamawiający w ramach warunku udziału w postępowaniu nie zawarł użytego odnośnie rodzaju uprawnień budowlanych parametru „bez ograniczeń” wyraźnego wskazania, iż ma na myśli jakiegokolwiek ograniczenia formalne kiedykolwiek występujące w ustawodawstwie dotyczącym uprawnień budowlanych, to należy przyjąć, iż parametr ten należy rozpatrywać jedynie w świetle aktualnego prawnego znaczenia tego sformułowania (na gruncie przywołanego rozporządzenia z 2014 r.), a nie nadawać mu treść dostosowującą go do innego stanu prawnego, na gruncie którego taki formalny parametr w ogóle nie funkcjonował (a zatem na gruncie stanu prawnego nieznającego formalnego podziału uprawnień na „bez ograniczeń” i „z ograniczeniami”: jak to miało miejsce właśnie w przypadku p. A).

Należy przy tym wspomnieć, iż na przestrzeni ostatnich trzydziestu lat, czyli w okresie obejmującym czynne zawodowo osoby występujące jako potencjał kadrowy Wykonawców uczestniczących w prowadzonych postępowaniach przetargowych o udzielenie zamówień publicznych na roboty budowlane, przepisy prawne w odniesieniu do nadawania uprawnień zawodowych często się zmieniały – regulowało tę kwestię kilka następujących po sobie rozporządzeń. Zgodnie jednak z zasadą ochrony praw nabytych osoby, które uzyskały uprawnienia budowlane przed wejściem w życie kolejnych przepisów znacznie zmieniających reguły nadawania tychże uprawnień, zachowały je w dotychczasowym zakresie. Należy tu powołać się m.in. na art. 104 ustawy – Prawo budowlane zgodnie z którym osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie – zatem wejście w życie nowych przepisów nie zmienia zakresu uprawnień wcześniej nadanych.

Toteż Zamawiający na bazie informacji podanych na temat rodzaju uprawnień posiadanych przez p. A w Wykazie osób uznał, iż osoba ta posiada uprawnienia jak najbardziej wystarczające z punktu widzenia przedmiotu niniejszego zamówienia i spełniające wymogi określone w ramach warunku udziału w postępowaniu (nieposiadające ograniczeń w obecnym formalno-prawnym rozumieniu tego pojęcia) – posiadana wiedza urzędowa na temat zakresu uprawnień p. A, których nie można uznać za ograniczone w obecnym formalnym rozumieniu tego pojęcia, stanowiła jedynie potwierdzenie powyższej konkluzji. Takowe stanowisko jest spójne z interpretacją KIO przedstawioną w przywołanej wyżej uchwale z dnia 17 lutego 2017 r. Przedmiotowa interpretacja uznawana jest również na gruncie wyjaśnień w przedmiocie zakresu uprawnień dokonywanych przez Ministerstwo”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, że z załączonego przez wykonawcę dokumentu – Wykaz osób wynika, że p. A jest technikiem budownictwa, który uzyskał uprawnienia budowlane w 1994 r., tj. na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 8, poz. 46 ze zm.), dalej: „rozporządzenie sftb z 1975 r.” Należy podnieść, że zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia sftb z 1975 r. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót wymagane było następujące przygotowanie zawodowe: 1) ukończenie wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem, oraz co najmniej dwuletnia praktyka na budowie, 2) ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie, 3) dyplom mistrza w rzemiośle budowlanym, 4) świadectwo czeladnicze lub tytuł robotnika wykwalifikowanego w rzemiośle budowlanym oraz co najmniej dwuletnia praktyka po uzyskaniu świadectwa lub tytułu. Z kolei, zgodnie z § 5 ust. 2 rozporządzenia sftb z 1975 r. osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogły pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4 – wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem.

Choć powyższe rozporządzenia nie posługuje się pojęciem „uprawnienia bez ograniczeń”, wprowadzonym do obrotu prawnego wraz z wejściem w życie rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 1995 r. Nr 8, poz. 38) nie ulega wątpliwości, iż uprawnienia budowlane posiadane przez osoby ze średnim wykształceniem technicznym mają węższy zakres niż uprawnienia osób, które ukończyły wyższą szkołę techniczną. Zatem przywołana powyżej dyspozycja § 5 ust. 2 rozporządzenia sftb z 1975 r. nakazuje użycie w decyzji potwierdzającej uzyskanie uprawnień budowlanych zwrotu „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”, co z kolei powoduje, iż niezależnie od użytej w rozporządzeniu sftb z 1975 r. terminologii, w niniejszym stanie faktycznym – ze względu na ujawnienie w Wykazie osób, iż p. A posiada jedynie średnie wykształcenie, mamy do czynienia z uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie. Jednocześnie zgodnie z art. 104 ustawy Prawo budowlane osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

W związku z powyższym należy uznać, że p. A posiadający tytuł zawodowy technika budownictwa w specjalności drogowej, uzyskał ze względu na posiadanie średniego wykształcenia technicznego uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. A zatem wykonawca przedstawiając ww. osobę na stanowisko kierownika budowy nie spełnił opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału kadrowego.

Jednocześnie nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego wynikającym z cytowanych powyżej wyjaśnień, że oceniając spełnianie warunku dysponowania Kierownikiem budowy mógł oprzeć się jedynie na oświadczeniu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia. Zamawiający ma obowiązek badania spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie wszystkich dokumentów złożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia ich spełnienia. Tym samym za niezasadne należy uznać oparcie się przez zamawiającego wyłącznie na oświadczeniu, w sytuacji dołączenia przez wykonawcę także innych dokumentów, tj. przedmiotowego Wykazu osób.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że z Wykazu osób załączonego do oferty wykonawcy P nie wynika, że osoba proponowana na stanowisko Kierownika budowy posiada opisane w warunku udziału w postępowaniu uprawnienia budowlane bez ograniczeń. Ponadto, również z wyjaśnień zamawiającego nie wynika, aby ww. osoba posiadała takie uprawnienia. Należy zwrócić uwagę, że w złożonych wyjaśnieniach zamawiający przede wszystkim dowodzi, że do prawidłowej realizacji kontrolowanego zamówienia wystarczające są uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Nie wynika z nich natomiast, że mimo wskazania w Wykazie osób wykształcenia średniego, p. A posiada jednak wymagane uprawnienia bez ograniczeń.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający wymagał posiadania przez osobę, która będzie pełnić funkcję Kierownika budowy legitymowania się odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń. Oznacza to, że zamawiający miał obowiązek zweryfikować wykonawców pod kątem spełniania opisanego przez siebie warunku. Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu na składanie ofert, gdyż stałoby to w sprzeczności z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w uzasadnionych przypadkach zamawiający może jedynie przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny ofert zgodnie ze sformułowanymi przez siebie w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ warunkami udziału w postępowaniu. Zatem jeśli zamawiający wymagał posiadania przez osobę proponowaną na stanowisko Kierownika budowy uprawnień budowlanych bez ograniczeń, nie mógł następnie uznać spełniania warunku przez osobę, która nie wykazała ich posiadania, gdyż uznał opisany przez siebie warunek za nadmierny czy też zbędny.

Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), np. uchwała KIO z dnia 15.11.2016 r. (sygn. akt KIO/KD 70/16), zgodnie z którym *uznanie przez zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który nie wykazał dysponowania osobą posiadającą wymagane literalnie w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu uprawnienia budowlane, stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści SIWZ i godziłoby jednocześnie w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*

Reasumując, zaniechanie wezwania przez zamawiającego wykonawcy P o złożenie dokumentów potwierdzających dysponowanie osobą na stanowisko Kierownika budowy posiadającą odpowiednie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej stanowi naruszenie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.3. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi

Wartość zamówienia: 182.025.000,00 zł (43.599.846,70 euro)

Wszczęcie postępowania: 19.10.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zgodnie z pkt. 5.5.2.13. SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia dysponował m.in. osobą na stanowisko Kierownika robót elektrycznych, legitymującą się „doświadczeniem zawodowym w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych dla budowy lub przebudowy trasy tramwajowej/tras tramwajowych lub trasy kolejowej I tras kolejowych wraz z budową lub przebudową elektrycznej napowietrznej sieci trakcyjnej lub budowę i przebudowę dróg lub ulic klasy min. G, których zakres obejmował budowę lub przebudowę infrastruktury branży elektrycznej”.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku, konsorcjum firm reprezentowane przez Z przedstawiło p. D, który zgodnie z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”), jak również zgodnie z wykazem osób, uzupełnionym na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, posiada doświadczenie na następujących inwestycjach:

- „Budowa węzła komunikacyjnego wraz z budową ul. M w miejscowości R – wartość kontraktu (...) zł brutto – od 06.2014 r. do nadal (Kierownik Robót Elektrycznych)”;
- „Budowa sieci elektroenergetycznej SN i nN, etap II – budowa linii kablowych nN 0,4 kV, budowa przyłączy kablowych 0,4 kV demontaż linii napowietrznych 0,4kV demontaż linii kablowych 0,4 kV demontaż przyłączy kablowych nN 0,4 kV demontaż przyłączy napowietrznych 0,4 kV demontaż oraz montaż szafek kablowych, złączy kablowych oraz złączy kablowo-licznikowych nN 0,4 kV w miejscowości K – wartość kontraktu (...) zł brutto – od 08.2015 r. do 12.2015 r. (Kierownik Budowy)”.

Ponadto wykonawca w oświadczeniu JEDZ i wykazie osób dodał, że jest to osoba legitymująca się „doświadczeniem zawodowym w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych dla budowy lub przebudowy trasy tramwajowej/tras tramwajowych, lub trasy kolejowej I tras kolejowych wraz z budową, lub przebudową elektrycznej napowietrznej sieci trakcyjnej, lub budowę i przebudowę dróg, lub ulic klasy min. G, których zakres obejmował budowę lub przebudowę infrastruktury branży elektrycznej”.

Zamawiający wezwał konsorcjum Z do wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp m.in. rozbieżności w zakresie podstawy dysponowania osobą na stanowisko Kierownika robót elektrycznych (p. D) – do oferty załączono kserokopię zobowiązania, natomiast w uzupełnieniu wskazano, że ww. osoba jest pracownikiem partnera konsorcjum. W terminie wyznaczonym przez zamawiającego wykonawca poinformował, że wskazana osoba będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia zgodnie z treścią zobowiązania załączonego do oferty (wykonawca nie załączył jednak oryginału zobowiązania). Zamawiający wezwał ww. konsorcjum do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in. oryginału zobowiązania p. D. Wykonawca uzupełnił stosowany dokument w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na potrzeby kontroli uprzedniej wynika, że zamawiający nie wzywał ww. wykonawcy do wyjaśnień w zakresie doświadczenia posiadanego przez osobę proponowaną na stanowisko Kierownika robót elektrycznych.

W ramach prowadzonych czynności kontrolnych Prezes Urzędu wezwał zamawiającego do wyjaśnienia, na jakiej podstawie uznał, że osoba proponowana przez konsorcjum Z na stanowisko Kierownika robót elektrycznych, tj. p. D, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający wyjaśnił, iż „P. D spełnia drugą część wymagania, tj. w zakresie budowy i przebudowy dróg lub ulic klasy min. G, których zakres obejmował budowę lub przebudowę infrastruktury branży elektrycznej na podstawie oświadczenia Wykonawcy”. Zamawiający nie załączył żadnych innych informacji w zakresie doświadczenia ww. osoby. W odpowiedzi na kolejne wezwanie Prezesa Urzędu zamawiający poinformował, że uznał spełnianie warunku przez ww. osobę na podstawie oświadczenia wykonawcy oraz na podstawie powszechnie dostępnej informacji pod linkiem – zamawiający przesłał link do strony internetowej Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji, na której zostały zamieszczone dokumenty dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Przetarg nieograniczony nr 1.2014 na budowę węzła komunikacyjnego wraz z budową ulicy M na odcinku od ulicy G do połączenia z obwodnicą południową w R”.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że zamawiający uznał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez osobę proponowaną na stanowisko Kierownika robót elektrycznych na podstawie inwestycji opisanej w oświadczeniu JEDZ i wykazie osób jako: „Budowa węzła komunikacyjnego wraz z budową ul. M w miejscowości R – wartość kontraktu (...) zł brutto – od 06.2014 r. do nadal (Kierownik Robót Elektrycznych)”. Z powyższej informacji nie wynika po pierwsze klasa drogi (zgodnie z opisem warunku powinna to być droga lub ulica min. klasy G), po drugie – czy zakres inwestycji obejmował „budowę lub przebudowę infrastruktury branży elektrycznej”. Również z informacji przekazanej przez zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu (link do dokumentacji postępowania) nie można jednoznacznie wywieść, czy dotyczy dokładnie tego samego postępowania, które zostało wskazane w wykazie osób („Budowa węzła komunikacyjnego wraz z budową ul. M w miejscowości R”), i w związku z tym, czy dotyczy budowy drogi lub ulicy min. klasy G. Natomiast opieranie się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy należy uznać za niewystarczające w sytuacji, gdy zamawiający wezwie wykonawcę do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a wykonawca dokumenty te przedstawi. W takim przypadku ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu należy przeprowadzić na podstawie złożonych dokumentów, z których w sposób jasny powinno wynikać spełnianie tych warunków. W innym przypadku zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów bądź do udzielenia stosownych wyjaśnień, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

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

lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy, lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W konsekwencji stwierdzić należy, że poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum reprezentowanego przez Z do udzielenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko Kierownika robót elektrycznych (tj. informacji dotyczącej klasy drogi oraz czy inwestycja dotyczyła budowy lub przebudowy infrastruktury branży elektrycznej) lub ewentualnie do uzupełnienia nowych dokumentów, z których wynikałoby spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu sformułował zalecenie usunięcia naruszenia przez zamawiającego poprzez wezwanie ww. wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko Kierownika robót elektrycznych – p. D (tj. informacji dotyczącej klasy drogi/ulicy oraz czy inwestycja dotyczyła budowy lub przebudowy infrastruktury branży elektrycznej) lub ewentualnie do uzupełnienia nowych dokumentów, z których będzie wynikało spełnianie warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie. Zalecenie zostało wykonane przez Zamawiającego.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.1.4. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi

Wartość zamówienia: 182.025.000,00 zł (43.599.846,70 euro)

Wszczęcie postępowania: 19.10.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający poinformował w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.1.1) i SIWZ (pkt 7), że „dokona oceny i badania ofert zgodnie z art. 24 aa ustawy Pzp, tj. najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu” (tzw. procedura odwrócona). Ponadto, zgodnie z pkt. 7 SIWZ, „przedstawione oświadczenia lub dokumenty winny być aktualne na dzień ich złożenia”.

W terminie składania ofert, tj. do dnia 28.12.2016 r., do zamawiającego wpłynęło 5 ofert. Za najkorzystniejszą zamawiający wstępnie uznał ofertę konsorcjum firm Z.

Pismem z dnia 24.01.2017 r. zamawiający wezwał ww. konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do „złożenia w nieprzekraczalnym terminie 10 dni, tj. do dnia 03.02.2017 r., dokumentów aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (...)”. W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, wykonawca uzupełnił dokumenty, w tym m.in. opinię banku potwierdzającą posiadanie wymaganych środków finansowych z datą 17.01.2017 r., oraz zaświadczenie z ZUS potwierdzające niezaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne z datą 10.01.2017 r.

Pismem z dnia 16.02.2016 r. zamawiający wezwał ww. konsorcjum do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów, wskazując m in., że wykonawca:

- „załączył opinie bankowe dla X oraz Y, wystawione w dniu 17.01.2017 r. przez Bank, z których nie wynika potwierdzenie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na dzień złożenia oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ);
- załączył zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek przez Y, wystawione w dniu 10.01.2017 r. przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, z którego nie wynika potwierdzenie nie posiadania zaległości na dzień złożenia oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ)“.

Konsorcjum reprezentowane X uzupełniło dokumenty w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, w tym m.in. przedstawiło opinię banku, potwierdzającą posiadanie wymaganych środków finansowych z datą 20.12.2016 r. oraz zaświadczenie z ZUS, potwierdzające niezaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczanie zdrowotne z datą 07.11.2016 r.

Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Natomiast z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Należy odróżnić pojęcie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia od procedury dokumentowania tych okoliczności. Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres trwania postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Natomiast dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, powinny dokumentować spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, potwierdzonych wstępnie w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na względzie, wskazać należy, iż w świetle obowiązujących przepisów nie ma przeciwwskazań, aby dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, były wystawione po upływie terminu składania ofert, np. w dniu realizacji przedmiotowego wezwania, o ile tylko dokumentują spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i pozostają aktualne w momencie ich składania.

Aktualność poszczególnych dokumentów określa z kolei Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, zgodnie z którym w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać m.in.:

- informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (§ 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów),
- zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu (§ 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Zatem informacja banku, uzupełniona przez wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie powinna być wystawiona wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, natomiast zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS – nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W kontrolowanym postępowaniu oznacza to, że opinia banku uzupełniona przez konsorcjum nie mogła być wystawiona wcześniej niż dnia 28.11.2016 r., natomiast zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS – wcześniej niż dnia 28.09.2016 r. W konsekwencji dokumenty wystawione po tych datach pozostają aktualne, o ile potwierdzają okoliczności wstępnie wskazane przez wykonawcę w oświadczeniu załączonym do oferty.

Tym samym, uzupełniona przez konsorcjum Z na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp opinia bankowa z dnia 17.01.2017 r. oraz zaświadczenie ZUS z dnia 10.01.2017 r. pozostawały aktualne na dzień ich złożenia i potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia. Zamawiający nie był zatem uprawniony do wzywania wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie ziszcila się żądania z przesłanek wskazanych w tym przepisie („Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”).

Należy jednocześnie zauważyć, że wnioskowanie zamawiającego, jakoby dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia nie mogły mieć daty po terminie składania ofert oznacza de facto, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie powinni już z chwilą złożenia oferty dysponować wszystkimi dokumentami wymaganymi przez zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ, na wypadek, gdyby ich oferta została wstępnie uznana za najkorzystniejszą i otrzymaliby wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Taka sytuacja stanowiłaby zaprzeczenie intencji ustawodawcy, który w nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22.06.2016 r. odszedł od formalizmu postępowania, polegającego na obowiązku złożenia dokumentów wraz z ofertą przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. W obecnym stanie prawnym wykonawca składa oświadczenie wynikające z jego wiedzy, że na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępo-

wania, natomiast dokumentuje powyższe okoliczności dopiero po uznaniu jego oferty wstępnie za najkorzystniejszą i wezwaniu przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia odpowiednich oświadczeń i dokumentów w tym zakresie. Oznacza to jednocześnie, że dokumenty złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie mogą mieć datę po terminie składania ofert, o ile potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia zgodnie ze złożonym oświadczeniem.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, że poprzez wezwanie konsorcjum firm reprezentowanego przez X do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów, które wcześniej zostały prawidłowo uzupełnione przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.5. Przedmiot zamówienia: dostosowanie baz danych do wymagań zintegrowanego systemu informacji oraz dostosowanie danych do zgodności z obowiązującym modelem danych

Wartość zamówienia: 28 954 803,68 zł (6 935 448,45 euro)

Wszczęcie postępowania: 03.08.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa

Zgodnie z punktem II.5 SIWZ „zamawiający dopuszcza do składania ofert częściowych na sześć części zamówienia z zastrzeżeniem, że wykonawca może złożyć ofertę:

- a) maksymalnie na trzy części zamówienia dowolnie wybrane spośród części od 13 do części 27 oraz
- b) maksymalnie na trzy części zamówienia dowolnie wybrane spośród części od 28 do części 41”.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania wykonawca X złożył oferty w części 28, 35 i 39, natomiast konsorcjum firm reprezentowane przez Y – w części 30, 31 i 37. Ponadto, z dokumentacji postępowania na części 13–27 wynika, że wykonawca X złożył również oferty w częściach 13 i 23, natomiast konsorcjum reprezentowane przez Y – w częściach 16, 22 i 25. Łącznie ww. wykonawcy złożyli 11 ofert w postępowaniu.

Jednocześnie ww. wykonawcy złożyli oświadczenie, że przynależą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, załączając „Informację z otwarcia ofert z dnia 10.11.2016 r.” jako dowód, że powiązania między nimi nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Wykonawca Z poinformował zamawiającego o zaistnieniu podstaw wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty w stosunku do wykonawców: X (oferty w części 28, 35, 39) oraz Y (oferty w części 30, 31, 37). Zdaniem informującego ww. wykonawcy tworzą grupę kapitałową i stanowią jedno przedsiębiorstwo, co oznacza, że złożenie przez nich ofert częściowych może zakłócić uczciwą konkurencję oraz stanowi obejście zakazu składania ofert na więcej niż 3 części zamówienia (w częściach od 28 do 41).

Należy jednocześnie zauważyć, że konsorcjum reprezentowane przez Z wniosło do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w części 25 zamówienia wobec zaniechania wykluczenia konsorcjum reprezentowanego przez Y m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że ww. wykonawca wraz z wykonawcą X pozostają w tej samej grupie kapitałowej, a suma złożonych przez nich ofert przekracza ustalony przez zamawiającego limit ofert częściowych, co prowadzi do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Odwołanie o podobnej treści złożył również wykonawca T w części 13 zamówienia.

Zamawiający w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy uwzględnił w całości ww. zarzuty, jednak wobec wniesienia sprzeciwów przez przystępujących do odwołań, Izba rozpatrzyła obydwie ww. odwołania.

W wyroku z dnia 6 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 283/17, 291/17, 298/17) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ww. odwołania, stwierdzając m.in., iż „złożenie ofert przez podmioty z grupy kapitałowej na części zamówienia, w ilości przekraczającej limit części ustalony przez Zamawiającego, na jakie wykonawcy mogli składać oferty, prowadziło do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu, chociaż samo złożenie ofert częściowych przez te podmioty, w ocenie Izby, nie wywołuje znamion czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie uczciwej konkurencji i konsumentów. (...). W niniejszej sprawie istotnym elementem stanu faktycznego było wprowadzenie przez Zamawiającego ograniczenia, co do możliwości złożenia nie więcej niż sześciu ofert częściowych przez poszczególnych wykonawców. Stanowiło ono warunek ograniczający dostęp do zamówienia i ubiegania się o realizację wybranych części, w ilości nie większej, niż ustalona przez Zamawiającego. W sytuacji kiedy oferty częściowe zostały w niniejszym postępowaniu złożone przez podmioty z grupy kapitałowej, jak wynika z oświadczeń pełnomocników, działające w porozumieniu, którego celem było ustalenie, na jakie części oferty będą składane, doszło faktycznie do obejścia zapisu SIWZ, który w równym stopniu był wiążący dla wszystkich wykonawców. Sytuacja ta pokazuje, w jaki sposób mogło dojść do zakłócenia konkurencji, będącego wynikiem porozumienia podmiotów z grupy kapitałowej, które umożliwiło im faktycznie złożenie ofert częściowych w takiej konfiguracji, aby ze sobą nie konkurować, a jednocześnie umożliwić szerszy udział w zamówieniu, niż byłby on udziałem pozostałych wykonawców”. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wykluczenie z postępowania konsorcjum Y (w części 25) oraz wykonawcy X (w części 13) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Mając na uwadze ww. wyrok stwierdzić należy, że złożenie przez wykonawców pozostających w tej samej grupie kapitałowej, tj. konsorcjum reprezentowane przez Y oraz wykonawcę X, większej liczby ofert niż wynosi wyznaczony przez zamawiającego limit, doprowadziło do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, bowiem wykonawcy ci uzyskali – wbrew zapisom SIWZ – szerszy dostęp do zamówienia niż pozostali wykonawcy. W związku z tym zamawiający zobligowany był do wykluczenia ww. wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp we wszystkich częściach, w których złożyli swoje oferty.

W konsekwencji stwierdzić należy, że poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum reprezentowanego przez Y w części 30, 31 i 37 oraz wykonawcy X w części 28, 35 i 39 zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.6. Przedmiot zamówienia: dostosowanie baz danych do wymagań zintegrowanego systemu informacji oraz dostosowanie danych do zgodności z obowiązującym modelem danych

Wartość zamówienia: 28 954 803,68 zł (6 935 .448,45 euro)

Wszczęcie postępowania: 03.08.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa

Dnia 24.02.2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszych ofert w częściach 30, 35 i 37. Jednocześnie w części 35 i 37 zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawcy U na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 i art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 876/16) ww. wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ww. wykonawca dopuścił się złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. „Przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp odnosi się również do porozumień zawieranych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego aniżeli to, w którym prowadzona jest procedura udzielenia zamówienia”.

Należy wskazać, że wykonawca U złożył również ofertę w części 36, w której zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty dnia 02.02.2017 r. Zamawiający nie wykluczył w tej części ww. wykonawcy w związku z powyższymi ustaleniami, stanowiącymi podstawę wykluczenia w części 35 i 37.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Zgodnie natomiast z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy w powyższym przypadku następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zamawiający prawidłowo wykluczył z postępowania w części 35 i 37 wykonawcę U. Oznacza to, że zamawiający miał obowiązek wykluczyć ww. wykonawcę również w części 36, w której także złożył ofertę. Zamawiający wskazał wprawdzie w zawiadomieniu dotyczącym części 35 i 37, że „wykonawca U, składający ofertę nr 9 w części zamówienia nr 35, 36, 37 zostaje wykluczony z postępowania (...)”, jednak w żaden formalny sposób nie zmienił zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 36 z dnia 02.02.2017 r. i nie poinformował uczestników postępowania w tej części o wykluczeniu ww. wykonawcy z postępowania.

W związku z tym poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy U z części 36 postępowania, z tych samych powodów, dla których wykonawca został wykluczony z części 35 i 37, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.7. Przedmiot zamówienia: zaprojektowanie i wykonanie robót na linii kolejowej

Wartość zamówienia: 259 104 585,00 zł (62 062 464,96 euro)

Wszczęcie postępowania: 26.11.2016 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 8.1 SIWZ zamawiający wskazał, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczy wykonawcę, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–23 Pzp (z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d i 14 ustawy Pzp) oraz w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie zgodnie z pkt 9.1.4 SIWZ zamawiający na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyższej oceniona, złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

- 1) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy (z wyłączeniem przesłanek określonych w ust. 1 pkt 13 lit d i pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp) oraz, odnośnie skazania za wykroczenia na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust 5 pkt. 5 i 6 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 2) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 3) aktualnego zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 4) aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 5) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności;
- 6) oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;

- 7) oświadczenia wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp;
- 8) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp;
- 9) oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 716).

Należy zauważyć, że zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1–4 oraz 6–8 ustawy Pzp.

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 i 9 rozporządzenia, tj. następujących dokumentów:

- 1) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy (z wyłączeniem przesłanek określonych w ust. 1 pkt 13 lit d i pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp) oraz, odnośnie skazania za wykroczenia na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust 5 pkt. 5 i 6 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 2) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 3) aktualnego zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 4) aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 5) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne, lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności;
- 6) oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;

- 7) oświadczenia wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy;
- 8) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy;
- 9) oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 716).

Należy wskazać, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Należy zauważyć, że dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2, 3, 4, 8 i 9 rozporządzenia, zamawiający nie mógł żądać na potwierdzenie jedynej określonej przez zamawiającego fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, iż żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1–4 i 7–8 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. W kontrolowanym postępowaniu powyższe fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy nie zostały przewidziane.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zwraca wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż żądanie przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2, 3, 4, 8 i 9 rozporządzenia stanowi nieuzasadniony wymóg w kontekście zakresu przyjętych w postępowaniu przesłanek wykluczenia wykonawców. Powyższe dokumenty nie odnosiły się do żadnej z określonych w sekcji III.1.1 ogłoszenia o zamówieniu (8.1 SIWZ) przesłanek wykluczenia z postępowania. Wobec tego żądanie dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2, 3, 4, 8 i 9 rozporządzenia nie było niezbędne do przeprowadzenia kontrolowanego postępowania.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że żądanie złożenia dokumentów określonych w § 5 pkt 2, 3, 4, 8 i 9 rozporządzenia, które w niniejszym postępowaniu nie służyły wykazaniu braku podstaw do wykluczenia nie znajduje uzasadnienia w treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i stanowi naruszenie tego przepisu. Żądanie złożenia ww. dokumentów przez wykonawcę, którego oferta została w kontrolowanym postępowaniu najwyżej oceniona stanowi jednocześnie naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Reasumując, zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 1–4 i 7–8 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 2, 3, 4, 8 i 9 rozporządzenia oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.8. Przedmiot zamówienia: modernizacja oczyszczalni ścieków

Wartość zamówienia: 22 595 246,23 zł (5 412 164,66 euro)

Wszczęcie postępowania: 06.01.2017 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

W Sekcji III.1.3.c) ogłoszenia o zamówieniu oraz w części V ust. 1 pkt 3 SIWZ zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować m.in. nw. osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

- Technologiem ds. oczyszczania ścieków,
- Kierownikiem budowy,
- Kierownikiem robót konstrukcyjno-budowlanych,
- Projektantem branży elektrycznej i automatyki kontrolno-pomiarowej.

Zamawiający pkt VI.4 SIWZ wskazał, że „Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów”.

Wykonawca A, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego do pełnienia ww. funkcji w Części IV.C „Zdolność techniczna i zawodowa” pkt 2, wskazał 4 osoby fizyczne, informując, iż posiadają one wymagane kwalifikacje i doświadczenie. Do JEDZ załączone zostały, dla trzech (z pominięciem dokumentów Projektanta branży elektrycznej i automatyki kontrolno-pomiarowej) z ww. osób: „Zobowiązanie oddania do dyspozycji zasobów w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia (Dotyczy osób fizycznych)” oraz „Oświadczenie w zakresie braku podstaw do wykluczenia (dotyczy osób fizycznych)”. Pierwszy z ww. dokumentów, w pkt 1 zawierał oświadczenie, że osoba składająca je, posiada wymagane kwalifikacje i doświadczenie, natomiast w pkt 2 – zobowiązanie o treści „...zobowiązuje się (na podstawie zawartej umowy cywilnoprawnej – umowa zlecenie) do oddania ww. Wykonawcy do dyspozycji na okres wykonania zamówienia niezbędnych zasobów w celu korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, polegających na udostępnieniu mojej osoby (osoby fizycznej) na stanowisko (...) i zobowiązuje się zgodnie ze zdobytą wiedzą zawodową i posiadanymi uprawnieniami do pełnienia funkcji (...) na ww. zadaniu przez cały okres jego realizacji przez ww. Wykonawcę”. Wykonawca nie dołączył do oferty JEDZ ww. osób.

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wobec wskazania w Części II C JEDZ, że wykonawca będzie polegać na zdolnościach innych podmiotów i załączenia do oferty zobowiązań podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji

zamówienia, wezwał wykonawcę A do uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie odrębnego formularza JEDZ dla tych innych podmiotów.

Wykonawca w zakresie wymogu złożenia JEDZ dla podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje, podniósł, iż „Pomimo wskazana (słowem TAK) w dokumencie JEDZ wskazujemy, iż będziemy polegać na zdolnościach innych podmiotów, a dokładniej na zdolnościach „osób fizycznych”. Wobec powyższego żądanie tego dokumentu w stosunku do tych „osób” przekracza normę prawną wynikającą z obowiązujących przepisów prawa Pzp”.

Zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykonawcy A, wobec niewykazania braku podstaw do wykluczenia podmiotów, na zasoby których się powoływał. Zamawiający podniósł, iż zgodnie z art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), (dalej – ustawa Pzp) wykonawca składa JEDZ dla każdego z podmiotów, których to dotyczy, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia. Ponadto przedmiotowe wymagania opisane zostało również w przypisie 41 do Części IV C pkt 2 JEDZ – „W przypadku pracowników technicznych lub służb technicznych nienależących bezpośrednio do przedsiębiorstwa danego wykonawcy, lecz na których zdolnościach wykonawca ten polega, jak określono w części II sekcja C, należy wypełnić odrębne formularze JEDZ”. Z powyższego zamawiający wywodzi, iż złożenie w ofercie oświadczeń podmiotów w zakresie braku podstaw do wykluczenia nie jest zgodne z art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, która nie definiuje „osoby fizycznej” a odnosi się jedynie do „podmiotu”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że w myśl postanowienia art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych, lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Zatem ustawa Pzp nie zastrzega formy prawnej owego dysponowania. Istotnym jest zatem to, czy dany wykonawca ma gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. Tak więc o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (osobą).

Należy wskazać, iż stosownie do dyspozycji art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Jednakże należy zważyć, iż nie dotyczy to jednak zasobów osobowych, którymi wykonawca dysponuje w sposób bezpośredni, tj. przypadków zaangażowania przez wykonawcę na podstawie różnych stosunków prawnych osoby fizycznej, niezależnie od tego, czy prowadzi działalność gospodarczą przy pomocy przedsiębiorstwa (zakładu pracy), czy też świadczącej usługę na podstawie m.in. umowy zlecenia, jeżeli osoba ta będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zamówienia publicznego, np. pełniła funkcję kierownika budowy. W takim bowiem przypadku mamy do czynienia z bezpośrednim dysponowaniem osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. O tej kwalifikacji rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a taką osobą.

W przypadkach gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd.

Natomiast o przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim. W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Przy czym ustawa Pzp nie zastrzega żadnych szczególnych wymogów prawnych co do charakteru takiego zobowiązania. Oznacza to, iż zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim (umowa przedwstępna, umowa o podwykonawstwo, umowa o współpracy, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy itd.). Tak więc z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Będzie to dotyczyło sytuacji, gdy podmiotem trzecim będzie zarówno jednostka organizacyjna (osoba prawna albo jednostka organizacyjna, nieposiadająca osobowości prawnej, wyposażona przez prawo w zdolność prawną), jak i osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca w tym celu pracowników albo uprawniona do dysponowania ich pracą na podstawie umów cywilnoprawnych.

W niniejszej sprawie w ocenie zamawiającego mamy do czynienia z dysponowaniem pośrednim, ponieważ wykonawca w dokumencie JEDZ wskazał, iż będzie polegał na zdolnościach innych podmiotów. Jednakże nie można w tym zakresie przyznać zamawiającemu racji. W niniejszej sprawie z zobowiązań osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia do udostępnienia zasobów, wprost wynika, iż one same, jako osoby fizyczne, na podstawie umowy zlecenia, udostępniają swój potencjał wykonawcy A. Przedmiotowy stosunek pomiędzy wykonawcą a osobami udostępniającymi zasoby ma zatem charakter dysponowania bezpośredniego – co za tym idzie, jak wykazano powyżej, osoby te nie były zobowiązane do złożenia dokumentu JEDZ.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, który nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia, lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy, lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, do ich złożenia, uzupełnienia, lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia, lub poprawienia, lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zamawiający nie był uprawniony w niniejszym stanie faktycznym do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów JEDZ dla podmiotów trzecich – osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia, udostępniających ww. wykonawcy swój potencjał w zakresie osób zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia i w konsekwencji do wykluczenia wskazanego wykonawcy z udziału

w postępowaniu z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału. Tym samym zamawiający naruszył treść art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.9. Przedmiot zamówienia: budowa nowej sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej

Wartość zamówienia: 4 513 380,47 zł (1 081 075,11 euro)

Wszczęcie postępowania: 24.04.2017 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Z treści postawionego przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej wynika, że o udzielenie zamówienia mógł się ubiegać wykonawca, który wykaże, że dysponuje własnymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości minimum 1.500.000,00 PLN. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca P złożył w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp informację banku – zaświadczenie wystawione przez Bank Spółdzielczy w S, z którego wynika, że „Pan (...) prowadzący przedsiębiorstwo P (...) posiada otwartą linię kredytową w wysokości 2 000 000,00 złotych z terminem spłaty do 2018-04-03.(...)”.

W ramach prowadzonych kontroli Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego o udzielenie informacji, czy wzywał ww. wykonawcę o wyjaśnienia, w jakim zakresie została wykorzystana przez niego linia kredytowa, o której mowa w informacji banku. W razie udzielenia odpowiedzi negatywnej, poproszono o wyjaśnienie, na jakiej podstawie zamawiający uznał, że ww. wykonawca spełnia warunek zdolności finansowej.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji z banku. „Zdaniem Zamawiającego Wykonawca, który został zobowiązany do wykazania dysponowania środkami własnymi lub zdolnością kredytową w wysokości minimum 1.500.000,00 zł, spełnia ten wymóg wykazując, że na dzień składnia oświadczeń dysponuje zdolnością kredytową do kwoty 2.000.000,00 zł. Istotą linii kredytowej jest umożliwienie przez Bank klientowi zadłużenia się do wysokości wskazanej w umowie o linię. Finansowanie przez ten typ usługi bankowej poprzedzone jest badaniem zdolności kredytowej, czyli zdolności do spłacenia zobowiązania wraz z odsetkami i ewentualnymi innymi kosztami. Z tego względu Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnił przedmiotowy wymóg”.

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

oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z treści złożonej przez wykonawcę informacji bankowej musi wynikać, czy wskazana w niej otwarta linia kredytowa powinna zostać pomniejszona o kwotę kredytu już wykorzystanego przez wykonawcę, a jeżeli tak, to o jaką, w celu prawidłowego ustalenia posiadanych środków/zdolności kredytowej wykonawcy w zakresie tego produktu. Linia kredytowa może bowiem zostać udzielona na dowolny cel, a więc na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, ale również na sfinansowanie jakiegokolwiek innego działania podmiotu, który ją uzyskał. Wykorzystana część otwartej linii kredytowej stanowi dług wykonawcy, o który powinna zostać pomniejszona jej ogólna wartość.

Wobec powyższego zamawiający był zobowiązany wezwać, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ww. wykonawcę o dodatkowe informacje/wyjaśnienia ww. banku, tj. czy i w jakim zakresie została wykorzystana przez niego otwarta linia kredytowa, o której mowa w złożonej przez wykonawcę informacji banku lub do przedstawienia nowej informacji bankowej zawierającej powyższe informacje. Brak dokonania przez zamawiającego powyższego wezwania, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił wezwanie wykonawcy P do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ww. dokumentu (informacji bankowej) o dodatkowe wyjaśnienia ww. banku, tj. czy i w jakim zakresie została wykorzystana przez ww. wykonawcę otwarta linia kredytowa, lub do przedstawienia nowej informacji bankowej zawierającej powyższe informacje.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.10. Przedmiot zamówienia: modernizacja systemu kanalizacyjnego

Wartość zamówienia: 8 950 000,00 zł (2 143 763,92 euro)

Wszczęcie postępowania: 13.03.2017 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający zapisał w pkt VIII.7 SIWZ – „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”, iż „wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając, w odpowiedzi na wezwanie i w terminie, o których mowa w pkt VIII.6 SIWZ, zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.” W ww. pkt VIII.6 SIWZ wskazano, że „zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia (...)” wskazanych dokumentów i oświadczeń.

W toku postępowania zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia ww. zobowiązań podmiotów trzecich, na których zasobach polegał.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących do z nim stosunków prawnych. Z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wynika, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w na podstawie wstępnego oświadczenia wykonawców składanego – w zamówieniach powyżej progów UE – na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument.

Jednocześnie zamawiający oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie wstępnych oświadczeń, w szczególności jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym zamawiający wskazując w SIWZ, iż wymaga przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego – w sytuacji kiedy wykonawca będzie się powoływał na jego zasoby – na etapie wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a nie wraz ze składaną ofertą, stanowi naruszenie art. 22a ust. 1–2 w zw. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiotowe naruszenie wynika z nieprawidłowego zastosowania art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Z treści tego przepisu wynika bowiem, iż zamawiający przed udzieleniem zamówienia wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw do wykluczenia.

Przepis ten zatem nie wskazuje na możliwość żądania przez zamawiającego zobowiązań podmiotów trzecich, na których potencjale polega wykonawca. W związku z tym nieuprawnionym było żądanie tych dokumentów przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający powinien wskazać konieczność ich przedłożenia wraz ze składaną ofertą.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.11. Przedmiot zamówienia: przebudowa ulicy

Wartość zamówienia: 359 712,45 zł (86 160,73 euro)

Wszczęcie postępowania: 07.09.2016 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający wezwał wykonawcę Z, „na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy (...) do udzielenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie ww. wykonawca przedstawił wyjaśnienia: „(...) zaoferowana przez nas cena jest adekwatna do zakresu prac związanych z realizacją zamówienia. Uwzględnia ona wszystkie elementy określone w dokumentacji przetargowej, koszty pośrednie, ryzyko oraz rozsądny zysk wykonawcy. Poszczególne ceny nie naruszają przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zostały obliczone, uwzględniając ceny materiałów, sprzętu obecnie obowiązujące na rynku wraz z wszystkimi niezbędnymi składnikami cenotwórczymi zgodnie z wymogami sztuki budowlanej i obowiązującymi przepisami prawnymi: robocizną, pracę sprzętu, wbudowanie materiałów, koszty wszelkich pomiarów i badań, koszty nadzorów branżowych, koszty wprowadzenia i utrzymania oznakowania robót i objazdów oraz wszelkie koszty ograniczenia lub zamknięcia ruchu wynikłe w trakcie prowadzonych prac, w tym koszty naprawy uszkodzeń nawierzchni dróg objazdowych spowodowanych zmianą organizacji ruchu, koszty geodezyjnego operatu powykonawczego, koszty zorganizowania, ochrony i likwidacji Zaplecza Budowy. Poszczególne składowe ceny ofertowej sporządzone zostały na podstawie wnikliwej analizy dokumentacji przetargowej z wykorzystaniem zarówno własnej wiedzy, jak i doświadczenia, a także bazowały na wiedzy i doświadczeniu specjalistów branżowych. Wycena robót opierała się na własnych zasobach sprzętowych i ludzkich, natomiast ceny materiałów zostały przyjęte od sprawdzonych dostawców, z którymi mamy wynegocjowane bardzo dobre warunki handlowe. Ceny mas mineralno-bitumicznych, emulsji asfaltowej oraz materiałów sypkich, tj. kruszywo zostały skalkulowane w oparciu o cenniki wytwórni oraz kamieniołomów należących do Z i jako ceny wewnętrzzakładowe, są niższe od oferowanych innym kontrahentom, a wartość robót bitumicznych stanowi one 31% wartości całego zamówienia. W poprzednim roku nastąpił znaczny spadek cen asfaltu (około 45% od końca 2014 r.), co umożliwiło znaczne obniżenie ceny masy bitumicznej. W szczególności należy wskazać, że staramy się pozyskać możliwie najwięcej

robót z dużą ilością robót bitumicznych na terenie naszego działania. W poprzednim roku złożyliśmy 378 ofert w zamówieniach publicznych, a uzyskaliśmy jedynie 62 zamówienia, stosując ceny jak w naszej ofercie. A w roku bieżącym złożyliśmy 321 ofert w zamówieniach publicznych, a uzyskaliśmy jedynie 62 zamówienia. Świadczy to niezbicie o tym, że ceny rynkowe są niższe. Informujemy, że nie korzystaliśmy przy kalkulacji z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów oraz nasza oferta zawiera kalkulację kosztów pracy nie niższą od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustaloną na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Ponadto wartość naszej oferty stanowi 95% średniej arytmetycznej cen ofert, które zostały złożone w przedmiotowym postępowaniu ofertowym”.

Do złożonych wyjaśnień wykonawca nie dołączył dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, wymaganych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzających ww. informacje i ich wpływ na cenę oferty.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że stosownie do treści art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zatem oceniając wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. Ocena złożonych wyjaśnień dokonana przez zamawiającego, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jest podstawą do stwierdzenia, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie w przypadku art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę lub koszt, tak by potwierdziły prawidłowość w ich obliczeniu przez wykonawcę.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż treść wystosowanego przez zamawiającego do ww. wykonawcy wezwania opierała się na dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż wykonawca miał obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość w terminie wskazanym w ww. piśmie. Przedstawione przez wykonawcę Z wyjaśnienia zawierały ogólne informacje dotyczące własnych zasobów ludzkich i sprzętowych, cen materiałów pozyskiwanych od sprawdzonych dostawców na podstawie korzystnie wynegocjowanych warunków handlowych oraz kalkulacji cen mas mineralno-bitumicznych, emulsji asfaltowej oraz materiałów sypkich, tj. kruszywa w oparciu o cenniki wytwórni oraz kamieniołomów należących do wykonawcy z zastosowaniem, niższych od oferowanych innym kontrahentom, cen wewnątrzzakładowych.

W złożonych wyjaśnieniach brak jednak informacji szczegółowych, takich jak np. wyczerpanie w zakresie oszczędności wynikających z uzyskanych rabatów, jak też wykazania, w jaki sposób ww. okoliczności wpłynęły na cenę oferowaną w ramach przedmiotowego postępowania. Dodatkowo wykonawca nie załączył dowodów potwierdzających ww. informacje, jak również z treści przedłożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1049/14) „w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również

sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami”.

Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie zamawiającego o wyjaśnienia wraz z dowodami, należy uznać, że wykonawca Z nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi zamawiającemu na dokonanie oceny, czy cena oferty nie jest rażąco niska.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.2. NARUSZENIA DOTYCZĄCE OPISU SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

IV.2.1. Przedmiot zamówienia: przebudowa drogi gminnej oraz przebudowa sieci gazowej

Wartość zamówienia: 413 801,99 zł (99 16,62 euro)

Wszczęcie postępowania: 12.08.2016 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Zamawiający w sekcji III.1.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale I pkt 6.1.1 SIWZ wymagał przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, tj. dokumentu wskazanego w § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia. Jednocześnie z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej wykonawców, którego spełnienie mieliby oni potwierdzać ww. dokumentem.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,

w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Tym samym zamawiający zobowiązany jest doprecyzować warunek udziału w postępowaniu poprzez jego opisanie w taki sposób, aby z jednej strony wykluczyć z postępowania wykonawców niebędących w stanie zrealizować zamówienia, a z drugiej strony umożliwić wzięcie w nim udziału wszystkim tym, którzy obiektywnie są zdolni wykonać przedmiot zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do dokonania opisu warunków udziału w postępowaniu, które są niezbędne do zweryfikowania wykonawców pod kątem prawidłowego wykonania przez nich udzielanego zamówienia. W sytuacji gdy zamawiający nie dokonał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ opisu danego warunku, nie może żądać dokumentów na jego potwierdzenie.

Powyższe znajduje również potwierdzenie w treści przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Stosownie do cytowanego przepisu zamawiający nie musi żądać wszystkich dokumentów wyszczególnionych w rozporządzeniu, ale wyłącznie tych, które są niezbędne do jego przeprowadzenia. Jak wynika z treści § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać wskazanych w pkt 1 – 4 ww. przepisu dokumentów.

W związku z powyższym w sytuacji, kiedy zamawiający nie dokonał opisu warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykonawców, należy uznać, iż żądanie dokumentów wskazanych w § 2 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia było zbędne. Tym samym, działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 9/18).

IV.2.2. Przedmiot zamówienia: dostawa autobusów miejskich

Wartość zamówienia: 30 000 000,00 zł (7 185 800,86 euro)

Wszczęcie postępowania: 11.06.2013 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego

Przedmiotem zamówienia objętego kontrolą, zgodnie rozdz. III SIWZ, była dostawa 30 sztuk fabrycznie nowych ekologicznych autobusów miejskich, niskopodłogowych jednej marki. Zamawiający nie dopuszczał składania ofert częściowych, jednak dla opisu przyjęto podział zamówienia na dwie grupy:

- 1) dostawa 15 sztuk nowych autobusów miejskich, niskopodłogowych spełniających wymagania określone w punkcie III. 6.1.a SIWZ, zwanych dalej autobusami przegubowymi,
- 2) dostawa 15 sztuk nowych autobusów miejskich, niskopodłogowych spełniających wymagania określone w punkcie III. 6.1.b SIWZ, zwanych dalej autobusami jednoczłonowymi.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą należyte

wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- dostawy dla jednego odbiorcy w ramach jednego zamówienia w liczbie co najmniej 15 sztuk miejskich autobusów niskopodłogowych spełniających podstawowe parametry techniczne określone w punkcie III.6.1.a SIWZ oraz
- dostawy dla jednego odbiorcy w ramach jednego zamówienia w liczbie co najmniej 15 sztuk miejskich autobusów niskopodłogowych spełniających podstawowe parametry techniczne określone w punkcie III.6.1.b SIWZ.

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego należy wskazać, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zauważyć należy, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest formułowanie opisu warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób bowiem zamawiający wyznacza pewien zakres decydujący o tym, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których droga ta będzie zamknięta.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Należy podkreślić, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis warunków proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można zatem dokonywać opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

W opisie warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający żądał wykazania się realizacją dostaw obejmujących odrębnie dwie kategorie zamawianych autobusów niskopodłogowych – autobusy jednoczłonowe i autobusy przegubowe. Zamawiający wymagał wykazania dostarczenia dla jednego odbiorcy w ramach jednego zamówienia co najmniej 15 sztuk miejskich autobusów niskopodłogowych przegubowych spełniających podstawowe parametry techniczne określone w pkt III.6.1.a SIWZ oraz dostarczenia dla jednego odbiorcy w ramach jednego zamówienia co najmniej 15 sztuk miejskich autobusów niskopodłogowych jednoczłonowych spełniających podstawowe parametry techniczne określone w pkt III.6.1.b SIWZ. Określony w postępowaniu warunek wiedzy i doświadczenia przewidywał zatem konieczność wykazania jednorazowego dostarczenia takiej samej liczby – w stosunku do przedmiotu zamówienia – autobusów niskopodłogowych przegubowych oraz odrębnie – jednorazowego dostarczenia takiej samej liczby autobusów niskopodłogowych jednoczłonowych. Wykazywane autobusy musiały spełniać również te same parametry, w stosunku do autobusów zamawianych, w zakresie podstawowych parametrów technicznych określonych odpowiednio w pkt III.6.1.a oraz w pkt III.6.1.b SIWZ.

W świetle przepisów art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie można uznać, że w przedmiotowym postępowaniu warunek wykazania doświadczenia w zakresie dostawy 15 szt. autobusów przegubowych i 15 szt. autobusów jednoczłonowych został określony na poziomie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia. Przede wszystkim nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na dostarczeniu opisanych w SIWZ 15 szt. autobusów przegubowych i 15 szt. autobusów jednoczłonowych, niezbędnym jest posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia takiej samej liczby analogicznych autobusów. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca, mający doświadczenie w dostarczeniu mniejszej liczby tego rodzaju autobusów, również posiada zdolność do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich autobusów oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia. Nie ma natomiast podstaw do twierdzenia, że nabycie zdolności do wykonania danego przedmiotu zamówienia może być potwierdzone wyłącznie wcześniejszym wykonaniem takiego samego zamówienia. Warto zwrócić uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w uchwale z dnia 12.08.2011 r. (sygn. akt KIO/KU 63/11), w której Izba stwierdziła: „Izba podziela pogląd Prezesa Urzędu, iż wymaganie w przedmiotowym postępowaniu obejmującym między innymi dostawę 30 szt. autobusów przegubowych posiadania doświadczenia w należyтым dostarczeniu co najmniej takiej samej ich liczby, stanowi dokonanie opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia ograniczającego uczciwą konkurencję, gdyż uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego wykonania, tym samym narusza przepisy art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp”. Należy stwierdzić, że w kontrolowanym postępowaniu zamawiający wymagał wykazania doświadczenia tożsamesego z przedmiotem zamówienia w kontekście liczby dostarczonych autobusów i ich podstawowych parametrów technicznych. Z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wynika natomiast obowiązek takiego opisu warunku, który zachowa właściwe proporcje do wielkości zamówienia, do jego zakresu, charakteru i stopnia skomplikowania.

W kontrolowanej sprawie zamawiający przekazał do Urzędu Zamówień Publicznych wyjaśnienia, w których przedstawił swoje stanowisko w kwestii zasadności określenia opisu warunku wiedzy i doświadczenia w przyjętym kształcie. Należy stwierdzić, że w ramach wyjaśnień nie przedstawiono okoliczności dotyczących np. znacznego skomplikowania technologicznego przedmiotu zamówienia bądź niestandardowych wymagań technicznych, które uzasadniałyby określenie tak wysokich wymagań względem doświadczenia wykonawcy, w porównaniu do zakresu przedmiotu zamówienia. Nie ma podstaw by uznać, że przedmiotowe zamówienie wyróżnia się szczególną specyfiką, która uzasadniałaby określenie wymagań względem doświadczenia wykonawców na poziomie przekraczającym podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia.

Oceniając sposób opisu warunku wiedzy i doświadczenia, należy również zauważyć, że zarówno względem dostawy 15 szt. autobusów przegubowych, jak i 15 szt. autobusów jednoczłonowych zamawiający wymagał wykazania realizacji każdej z tych dostaw w ramach jednego zamówienia dla jednego odbiorcy. Zamawiający nie dopuścił zatem, aby wykonawca mógł wykazać spełnienie warunku poprzez przedstawienie kilku dostaw autobusów spełniających parametry techniczne określone w pkt III.6.1.a i kilku dostaw autobusów spełniających parametry techniczne określone w pkt III.6.1.b, które łącznie zawierałyby 15 szt. wymaganych autobusów jednoczłonowych i 15 szt. wymaganych autobusów przegubowych. Zamawiający pozbawił zatem możliwości złożenia oferty wykonawców, którzy mogli wykazać się realizacją dostaw obejmujących np. 10 szt. i oddzielnie 5 szt. odpowiednio autobusów przegubowych/jednoczłonowych o wymaganych parametrach. Powyższy wymóg stanowił zatem ograniczenie dla wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Ograniczenie możliwości wykazania doświadczenia do jednej dostawy w zakresie 15 szt. autobusów przegubowych i odpowiednio do jednej dostawy 15 szt.

autobusów jednoczłonowych dodatkowo potwierdza ocenę opisu warunku wiedzy i doświadczenia jako nadmiernego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, w wyjaśnieniach przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych, wskazał m.in., iż wymagał od wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przetargowym wylegitymowania się w formie referencji doświadczeniem analogicznym do przedmiotu zamówienia, co dawało większą gwarancję na wykonanie zamówienia w stosunkowo krótkim terminie, tj. 5 miesięcy od daty podpisania umowy bez możliwości jego przedłużenia. Jak wskazuje zamawiający ustalone terminy wynikają z zobowiązań względem Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, jako organizatora komunikacji miejskiej w Aglomeracji Śląskiej. Odnosząc się do powyższego, należy zauważyć, że obowiązek opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak również zasada zachowania uczciwej konkurencji wynikają z przepisów ustawy Pzp i stanowią istotne zasady zamówień publicznych. Okoliczności podniesione przez zamawiającego dotyczą organizacyjnych uwarunkowań działalności zamawiającego. Tego rodzaju przesłanki nie mogą wyłączyć obowiązywania kluczowych zasad zamówień publicznych określonych wprost w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji takiej samej liczby autobusów przegubowych i autobusów jednoczłonowych, jak w udzielanym zamówieniu, należy uznać za warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy wykonali mniejszą liczbę tego rodzaju autobusów. Jak wskazano wyżej okolicznością dodatkowo utrudniającą w nieuzasadniony sposób wykazanie spełnienia warunku było żądanie wykazania dostawy w zakresie 15 szt. autobusów przegubowych w ramach tylko jednego zamówienia dla jednego odbiorcy i odpowiednio dostawy 15 szt. autobusów jednoczłonowych również w ramach jednego zamówienia dla jednego odbiorcy. Okolicznością potwierdzającą ustalenie wymagań względem doświadczenia wykonawców na nadmiernie wysokim poziomie, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia jest fakt wpłynięcia tylko jednej oferty w postępowaniu. Należy zatem stwierdzić, że opis warunku udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia został opisany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i mógł prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 11/18).

IV.2.3. Przedmiot zamówienia: budowa odcinka drogi wraz z węzłem dwupoziomowym

Wartość zamówienia: 120 110 774,03 zł (28 769 736,77 euro)

Wszczęcie postępowania: 03.06.2016 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego

Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia ubiegać się mógł wykonawca, który spełnia m.in. warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej, tj. wykaże, iż „w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jego roczny

obróć wyniósł nie mniej niż 50 mln zł w każdym roku (przez pojęcie „obrotu” należy rozumieć przychód netto ze sprzedaży produktów oraz towarów i materiałów).”

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu [Sekcja III.1.2) pkt 1.a)] i w SIWZ [Rozdział XII pkt 2.4.1.a)] wymagał od wykonawców złożenia dokumentu: „część sprawozdania finansowego, tj. rachunek zysków i strat, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, inny dokument określający obroty – za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres”.

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanowił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z kolei art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanowi, że zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 03.06.2016 r. katalog tych dokumentów został określony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 321), dalej: „rozporządzenie”. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 9 niniejszego rozporządzenia, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej zamawiający mógł żądać od wykonawcy dokumentu w postaci „sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres”.

Treść § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia wskazuje, iż w stosunku do wykonawców zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego zamawiający ma możliwość żądania całości sprawozdania finansowego lub jedynie jego części w zakresie umożliwiającym weryfikację spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, tj. np. rachunku zysków i strat. Przy czym bez względu na to, czy zamawiający żąda całości sprawozdania, każdorazowo zobowiązany jest także do żądania opinii biegłego rewidenta od wykonawców, których sprawozdanie podlega badaniu biegłego rewidenta. Przepis § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w przypadku żądania przez zamawiającego złożenia całości sprawozdania finansowego, czy też jedynie jego części, nie pozostawia bowiem zamawiającemu możliwości rezygnacji z żądania od wykonawców złożenia opinii biegłego rewidenta. Powyższy obowiązek wynika wprost z użytego sformułowania „również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części”.

Powyższe wynika z celu badania sprawozdania finansowego, którym jest wyrażenie przez biegłego rewidenta pisemnej opinii wraz z raportem o tym, czy sprawozdanie finansowe rzetelnie i jasno przedstawia sytuację majątkową i finansową oraz wynik finansowy badanej jednostki zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami ustawy i przyjętymi zasadami (polityką) rachunkowości (art. 65 ust. 1 ustawy o rachunkowości). Biegły rewident ma zatem stwierdzić, czy sprawozdanie, jako całość i stanowiące podstawę jego sporządzenia księgi rachunkowe, są wolne od uchybień, polegających na pominięciu lub zniekształceniu informacji ważnych (istotnych) dla czytelnika, i czy można uznać za wiarygodne (rzetelne, zgodne z wymagającymi zastosowania zasadami (polityką) rachunkowości) i jasne informacje zawarte w tym sprawozdaniu. Bada-

nie sprawozdań finansowych jest więc czynnością mającą na celu uwiarygodnienie informacji finansowych, co służy zapewnieniu bezpieczeństwa obrotu gospodarczego.

Jednocześnie odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego, należy zauważyć, że zarówno na mocy przepisów obowiązujących w dniu wszczęcia postępowania, jak i przepisów wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016r. poz. 1020), w postępowaniach o wartości powyżej tzw. progów unijnych zamawiający ma obowiązek żądać dokumentów potwierdzających spełnianie opisanych warunków udziału w postępowaniu. Tym samym w niniejszym postępowaniu żądanie opinii biegłego rewidenta było nie tylko prawem, ale też obowiązkiem zamawiającego. Przy czym przepisy zawarte w załączniku nr XII do dyrektywy 2014/24/UE nie mają w tym wypadku bezpośredniego zastosowania, ponadto zauważyć należy, że nawet w tych przepisach przewidziana została możliwość żądania sprawozdania finansowego lub jego wyciągu, a przepisy implementujące w tym zakresie dyrektywę, tj. Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126) również przewidują żądanie sprawozdania wraz z opinią biegłego rewidenta.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż na gruncie przedmiotowego postępowania zamawiający, nie żądając w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej od wykonawców zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego opinii dotyczącej wymaganej części sprawozdania finansowego podlegającego obowiązkowi badania przez biegłego rewidenta, naruszył art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.2.4. Przedmiot zamówienia: dostawy artykułów spożywczych do magazynów organizacji partnerskich

Wartość zamówienia: 6 018 240,00 zł (1 441 529,14 euro)

Wszczęcie postępowania: 14.10.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa

O udzielenie kontrolowanego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12–23 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp (tj. „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wykluczy wykonawcę w stosunku do którego otwarto likwidację lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego”).

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu zamawiający wymagał w pkt XI.A SIWZ 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];

w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienia, oświadczenie w formie JEDZ miał złożyć każdy członek konsorcjum).

W pkt XI.A.3 SIWZ zamawiający wskazał, że w przypadku powoływania się przez wykonawcę na zasoby innych podmiotów, ww. oświadczenie miały złożyć również te podmioty. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, iż „UWAGA: zgodnie z Rozporządzeniem 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), JEDZ dotyczący ww. podmiotów, na których zasoby powołuje się wykonawca, obejmuje szerszy zakres oświadczeń w odniesieniu do wszystkich podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp”.

Treść powyższego zastrzeżenia zamawiającego odnośnie konieczności wypełniania JEDZ przez podmioty trzecie w zakresie wszystkich fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania jest nieprawidłowa.

Stosownie do dyspozycji art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbadać, czy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego potencjał nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5 ustawy Pzp. W świetle przepisów ustawy Pzp ocena, czy w stosunku do podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał realizują się przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ustawy Pzp, powinna przebiegać na podstawie takich samych zasad, jakie dotyczą wykonawcy, który tym potencjałem się posługuje. Tym samym jeżeli zamawiający w toku postępowania o udzielenie publicznego nie bada podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy, nie może zweryfikować w tym zakresie podmiotu trzeciego i żądać przedstawienia przez ten podmiot odpowiednich oświadczeń zawartych w JEDZ czy też dokumentów.

Należy wskazać, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Ponadto zgodnie z art. 25a ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Żądając wypełnienia JEDZ przez podmioty trzecie w zakresie wszystkich przesłanek fakultatywnych wykluczenia (tj. szerszym niż przez wykonawców, obejmującym również przesłanki wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 2–8 ustawy Pzp), tj. w zakresie, który nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania, zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 w zw. 25a ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.2.5. Przedmiot zamówienia: przebudowa drogi publicznej

Wartość zamówienia: 191 606,06 zł (45 894,76 euro)

Wszczęcie postępowania: 24.10.2016 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 SIWZ opisując warunek w zakresie zdolności technicznej, wymagał, aby wykonawcy wykazali, „że dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. (...) pracownikami fizycznymi i operatorami sprzętu zatrudnionymi na umowę o pracę”.

Ponadto zamawiający w rozdziale III pkt 6 SIWZ zapisał, iż „na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przy realizacji zamówienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób na podstawie umowy o pracę, wykonujących czynności bezpośrednio związane z realizacją zamówienia. Wszędzie tam, gdzie przedmiot zamówienia wymaga zatrudnienia na umowę o pracę, wykonawca oraz podwykonawca zobowiązany jest zatrudnić wszystkich pracowników wykonujących dane czynności na podstawie umowy o pracę. W przypadku czynności związanych z nadzorowaniem budowy, zamawiający nie wymaga zatrudnienia osób na wyżej wymienionych warunkach. Wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy osób, które będą brały bezpośrednio udział w realizacji zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy”.

Natomiast w § 5 pkt 2 ppkt. 7 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ zamawiający zapisał, iż „zamawiający określa obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia określonego niniejszą umową: wykonywanie prac fizycznych oraz operatorów sprzętu, jeżeli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu przepisów kodeksu pracy. Obowiązek ten dotyczy także podwykonawców; wykonawca jest zobowiązany zawrzeć w każdej umowie o podwykonawstwo stosowne zapisy zobowiązujące podwykonawców do zatrudnienia na umowę o pracę wszystkich osób wykonujących wskazane wyżej czynności”.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na treść art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Ponadto zgodnie z treścią § 2 ust. 4 pkt 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), w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej, wykonawca przedkłada wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Przy czym ustawa Pzp nie zastrzega formy prawnej owego dysponowania. Istotnym jest zatem to, czy dany wykonawca ma gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. Tak więc o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (osobą). Tym samym ustawa dopuszcza możliwość wykorzystania przez wykonawców do realizacji zadania osób (fachowców), niekoniecznie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, ale również na innych zasadach, np. umowa zlecenie czy umowa o dzieło.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z kolei w myśl art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Ponadto, zgodnie z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W świetle wskazanego art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określając warunek w zakresie zdolności technicznej, może żądać od wykonawców, aby osoby skierowane do realizacji zamówienia posiadały odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje zawodowe oraz doświadczenie, bez konieczności wykazywania faktu zatrudnienia wykazanych osób na podstawie umów o pracę.

Jednocześnie należy wskazać, iż zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego personelu, nie może odnosić się do zapisów art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zgodnie z którym, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.). Wskazany przepis ma bowiem na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Ponadto, przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, natomiast nie służy ocenie zdolności wykonawców do realizacji zamówienia.

W związku z powyższym zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego personelu poprzez wskazanie, aby wykonawca dysponował pracownikami fizycznymi i operatorami sprzętu zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, naruszył art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.3. NARUSZENIA DOTYCZĄCE OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

IV.3.1. Przedmiot zamówienia: dostawa fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody

Wartość zamówienia: 1 800 000,00 zł (426 045,57 euro)

Wszczęcie postępowania: 12.12.2014 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody. Zamawiający dokonał opisu właściwości technicznych zamawianego pojazdu w Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”.

W związku z koniecznością dokonania oceny opisu przedmiotu zamówienia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zwrócił się o opinię do stałego biegłego sądowego w zakresie specjalności: technika pojazdów samochodowych i mechanicznych, wycena wartości oraz kosztów i jakości napraw pojazdów samochodowych i mechanicznych, badania techniczne pojazdów, techniczna likwidacja szkód komunikacyjnych, wycena wartości i kosztów napraw maszyn budowlanych oraz maszyn rolniczych.

Powołany przez Prezesa Urzędu biegły sporządził ekspertyzę, w której dokonał analizy ofert potencjalnych dostawców pojazdów specjalnych do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, wyszczególnionych na ich stronach internetowych, informacji uzyskanych poprzez pocztę elektroniczną w formie odpowiedzi na zapytanie od potencjalnych innych wykonawców oraz doświadczenia własnego autora tego opracowania. Biegły stwierdził, iż najprawdopodobniej nie było możliwe zaoferowanie różnych pojazdów przy spełnieniu wymagań określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Celem badania było określenie, czy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretny pojazd/konkretnego producenta. W opinii z dnia 28.07.2017 r. biegły stwierdził, iż:

„1. Parametry techniczne wymienione w opisie przedmiotu zamówienia, dla pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, najprawdopodobniej wskazują na konkretny model/typ zamawianego pojazdu. Parametry te wskazują najprawdopodobniej na pojazd z zabudową firmy W.

Parametry, które na to wskazują to:

- a) ust. II.a pkt 9) – układ odzysku wody minimum 8-mio stopniowy bez żadnych filtrów, zapewniający pracę ciągłą przy wykorzystaniu maksymalnych parametrów pompy wysokociśnieniowej,
- b) ust. II.a pkt 10) – wydajność systemu odzysku wody nie mniejsza niż 1100 litra/min,
- c) ust. 11.b pkt 2) i 9) – zbiornik na wodę na stałe przymocowany do ramy podwozia lub ramy pośredniej; możliwość opróżnienia zbiornika osadu przez podniesienie wydzielonego zbiornika osadu pod kątem nie mniejszym niż 40°, bez konieczności podnoszenia zbiornika wody.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że tylko parametr z pkt a) jest niemożliwy do spełnienia przez wszystkich innych producentów tego typu pojazdów. Pozostałe parametry są najprawdopodobniej niemożliwe do spełnienia przez innych producentów tylko w przypadku ich łącznego występowania (...).

2. Najprawdopodobniej nie było możliwe zaproponowanie różnych pojazdów przy spełnieniu wymagań określonych przez zamawiającego w wyżej wymienionym opisie przedmiotu zamówienia.
3. Poza firmą V z siedzibą w P najprawdopodobniej nie istnieją wykonawcy, którzy byliby w stanie złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu na dostawę wymaganego pojazdu”.

W uzasadnieniu powyższych wniosków biegły wskazał, iż „odstąpił od wyszczególniania wszystkich zapisów SIWZ – opisane zostały tylko te, co do których istniały lub mogły istnieć jakiegokolwiek wątpliwości, tj.:

1. Układ odzysku wody minimum 8-mio stopniowy bez żadnych filtrów, zapewniający pracę ciągłą przy wykorzystaniu maksymalnych parametrów pompy wysokociśnieniowej – o ile nazywanie oferowanego przez firmę W systemu odzysku wody 8-mio stopniowym można jeszcze w jakiś sposób uzasadnić (układ 4 zbiorników sedimentacyjnych równie dobrze mógłby być traktowany jako 1 stopień), o tyle określanie go systemem bezfiltrowym jest całkowicie błędne. Jak wynika to wprost z opisu systemu odzysku wody przedstawionego przez firmę V, system ten posiada sito wstępne oraz sito samoczyszczące, które powinny być uznawane za filtry. Filtrem mechanicznym jest bowiem każdy rodzaj urządzenia, tkaniny lub błony, który powoduje, że pewne części (frakcje) przemieszczającego się medium zostają, a pewne podążają dalej. Nawet w tymże opisie systemu odzysku wody w stosunku do sita zamiennie używa się określenia „filtr” np. „(...) ściek przepływa poprzez filtr z zewnątrz do wewnątrz (...)”. Podobnie jest w przypadku układu zbiorników sedimentacyjnych gdzie zasadę działania opisano w następujący sposób: „(...) w poszczególnych komorach ściek pobierany jest z górnej powierzchni wody za pomocą filtrów pływających (...)”.

Wymaganie przez Zamawiającego układu odzysku wody bez żadnych filtrów, stanowi pewną sprzeczność z pozostałymi warunkami zapisanymi w SIWZ. Chodzi np. o konieczność usunięcia wszystkich frakcji zanieczyszczeń mechanicznych powyżej 0,2 mm oraz konieczność usunięcia wszystkich ziaren piasku. Aby usunąć wskazane wyżej zanieczyszczenia i piasek, niezbędne jest zastosowanie choćby najprostszego filtra (którym może być np. sito).

W ocenie biegłego Zamawiający powinien określić w opisie przedmiotu zamówienia skutek jaki chce osiągnąć, a nie wskazywać na konkretne rozwiązania techniczne. Określenie rodzaju oraz rozmiaru zanieczyszczeń, które muszą być usunięte byłoby w tym wypadku całkowicie wystarczające. Jeżeli opisany przez Zamawiającego w SIWZ układ odzysku wody w jakimś stopniu przewyższa inne dostępne systemy, to Zamawiający powinien wskazać inne parametry techniczne, które muszą zostać spełnione.

2. Wydajność systemu odzysku wody nie mniejsza niż 1100 litra/min – odpowiedzi udzielone biegłemu przez niektórych potencjalnych wykonawców zawierały wprawdzie deklarację spełnienia tego warunku, jednak żaden z wykonawców nie uzasadnił w wiarygodny sposób możliwości osiągnięcia wymaganej wydajności przy zastosowaniu pomp, którymi dysponują (o wydajności max. 500–600 l/min).

Również deklaracja firmy V dotycząca wydajności systemu odzysku wody nie zawiera jakichkolwiek danych lub informacji, które uwiarygodniłyby możliwość uzyskania 200 l/min wydajności systemu (taka deklaracja zawarta jest w dokumentacji), przy zastosowaniu pompy o wydajności 406 l/min.

3. Zbiornik na wodę na stałe przymocowany do ramy podwozia lub ramy pośredniej; możliwość opróżnienia zbiornika osadu przez podniesienie wydzielonego zbiornika osadu pod kątem nie mniejszym niż 40°, bez konieczności podnoszenia zbiornika wody – ten warunek zawarty w opisie przedmiotu zamówienia – podobnie jak ten z pkt 1 – wskazuje na konkretne rozwiązanie techniczne, zamiast określać skutek jaki ma zostać osiągnięty. Rozwiązanie opisane w SIWZ stosuje niewielu producentów pojazdów do czyszczenia kanalizacji (m.in. firma W), a więc liczba potencjalnych wykonawców została w ten sposób mocno ograniczona. Przy czym ograniczenie to, nie znajduje uzasadnienia w kontekście pozostałych postanowień SIWZ”.

W uzupełnieniu opinii z dnia 17.10.2017 r., sporządzonej na prośbę Prezesa Urzędu, biegły odniósł się do pytania „czy stwierdzenie zawarte w pkt 1, str. 2 opinii, tj. że „Parametry techniczne wymienione w opisie przedmiotu zamówienia, dla pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, najprawdopodobniej wskazują na konkretny model/typ zamawianego pojazdu.

Parametry te wskazują najprawdopodobniej na pojazd z zabudową firmy W.

Parametry, które na to wskazują to:

- a) ust. II.a pkt 9) – układ odzysku wody minimum 8-mio stopniowy bez żadnych filtrów, zapewniający pracę ciągłą przy wykorzystaniu maksymalnych parametrów pompy wysokociśnieniowej,
- b) ust. II.a pkt 10) – wydajność systemu odzysku wody nie mniejsza niż 11100 litra/min,
- c) ust. 11.b pkt 2) i 9) – zbiornik na wodę na stałe przymocowany do ramy podwozia lub ramy pośredniej; możliwość opróżnienia zbiornika osadu przez podniesienie wydzielonego zbiornika osadu pod kątem nie mniejszym niż 40°, bez konieczności podnoszenia zbiornika wody.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że tylko parametr z pkt a) jest niemożliwy do spełnienia przez wszystkich innych producentów tego typu pojazdów. Pozostałe parametry są najprawdopodobniej niemożliwe do spełnienia przez innych producentów tylko w przypadku ich łącznego występowania. Parametr opisany w pkt a) jest ponadto sprzeczny z innymi zapisami opisu przedmiotu zamówienia, a ponadto – w ocenie biegłego – nawet pojazd, który został zaoferowany, nie spełnia tego parametru (tą kwestię wyjaśniono szczegółowo w dalszej części opinii)“.

Oznacza to, że firma W. jako jedyny producent jest w stanie spełnić cytowany powyżej parametr z lit. a), pomimo faktu, że w niniejszym postępowaniu wykonawca V zaoferował pojazd ww. producenta W., który zgodnie z cytowaną powyżej treścią opinii nie spełnia parametru z lit. a), tj. układu odzysku wody minimum 8-mio stopniowego bez żadnych filtrów, zapewniającego pracę ciągłą przy wykorzystaniu maksymalnych parametrów pompy wysokociśnieniowej.

Biegły wskazał: „W systemie firmy W. znajduje się sito wstępne i sito samoczyszczące, które powinny być uznane za filtry. Tym samym „bezfiltrowość” tegoż systemu okazuje się wysoce wątpliwa. Najprawdopodobniej ani firma W., ani żaden inny producent, nie jest w stanie zaoferować systemu odzysku wody, który nie posiada jakiegokolwiek filtra zwłaszcza w sytuacji, gdy określona

jest wielkość frakcji jakie muszą zostać usunięte. Odnosząc się strictly do postawionego pytania: najprawdopodobniej ani firma W., ani żaden inny producent, nie są w stanie spełnić wymogów określonych w II.a pkt 9) SIWZ.”.

Jednocześnie zdaniem biegłego „Gdyby jednak uznać, że sito wstępne oraz sito samoczyszczące nie są filtrami (brak jest jednoznacznej definicji tych określeń, jednak większość uznanych firm produkujących artykuły techniczne, np. B, stosuje je zamiennie), to wówczas treść ust. II.a pkt 9) SIWZ i tak wskazywałaby na jednego producenta, czyli firmę W. Firma ta opisuje bowiem swój system jako 8-mio stopniowy przy czym jako 4 stopnie traktowany jest układ 4 zbiorników sedymentacyjnych (...).” Natomiast wymóg uzyskania wydajności na poziomie 1100 litra/min, przy zastosowaniu pompy o wydajności 406 litra/min, w opinii biegłego jest praktycznie niemożliwy do spełnienia. W uzupełnieniu opinii biegły wyjaśnił również, że „wybudowanie pojazdu spełniającego warunki zapisane w SIWZ, prawdopodobnie byłoby teoretycznie możliwe, także przez innych producentów. Wymagałoby to jednak opracowania od podstaw rozwiązań konstrukcyjnych, które firma W stosuje seryjnie, a więc żaden inny producent nie byłby w stanie złożyć oferty mieszczącej się w ramach czasowych przedmiotowego postępowania, nie wspominając o nawet jakiegokolwiek konkurencyjności cenowej, w stosunku do produktu zaferowanego przez firmę V”. W związku z powyższym, biegły uznał, że „wskazane wyżej zapisy SIWZ (występujące samodzielnie lub łącznie) wskazują na konkretny model/typ zamawianego pojazdu, a zapis dotyczący braku jakichkolwiek filtrów (przy założeniu, że sito jest filtrem) wyklucza możliwość złożenia skutecznej oferty przez któregokolwiek z producentów”.

Opis przedmiotu jest jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. W ustawie Pzp ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowane potrzeby, jednakże każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby potencjalnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić, że zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia.

Jak wskazuje biegły w sporządzonej opinii oraz opinii uzupełniającej z dnia 17.10.2017 r., parametry techniczne wymienione w opisie przedmiotu zamówienia dla pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, tj.:

- 1) układ odzysku wody minimum 8-mio stopniowy bez żadnych filtrów, zapewniający pracę ciągłą przy wykorzystaniu maksymalnych parametrów pompy wysokociśnieniowej,
- 2) wydajność systemu odzysku wody nie mniejsza niż 1 100 litra/min,
- 3) zbiornik na wodę na stałe przymocowany do ramy podwozia lub ramy pośredniej, możliwość opróżnienia zbiornika osadu przez podniesienie wydzielonego zbiornika osadu pod kątem nie mniejszym niż 40°, bez konieczności podnoszenia zbiornika wody),

najprawdopodobniej wskazują na konkretny model i typ zamawianego pojazdu, co potwierdza fakt, iż parametry wskazane w ww. punktach są możliwe do spełnienia tylko przez firmę W. Oznacza to, że pozostali producenci tego typu pojazdów nie są w stanie spełnić parametru opisanego w ww. pkt 1, podobnie jak pozostałych parametrów wskazanych w ww. pkt 2 i 3 – w przypadku wymogu ich łącznego występowania. Tym samym zdaniem biegłego „(...) należy stwierdzić, że wskazane wyżej zapisy SIWZ (występujące samodzielnie lub łącznie) wskazują na konkretny model/typ zamawianego pojazdu, a zapis dotyczący braku jakichkolwiek filtrów (przy założeniu, że sito jest filtrem) wyklucza możliwość złożenia skutecznej oferty przez którekolwiek z producentów”.

Powyższe wskazuje, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i wskazujący na jednego producenta, tj. firmę W, która wymagane przez zamawiającego rozwiązania konstrukcyjne stosuje seryjnie. Natomiast żaden inny producent nie byłby w stanie złożyć oferty mieszczącej się chociażby w ramach czasowych przedmiotowego postępowania.

Reasumując, zapisy SIWZ dotyczące ww. pojazdu będącego przedmiotem zamówienia naruszały zasadę sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia zawartą w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącą, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby ograniczyć uczciwą konkurencję oraz określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, co tym bardziej potwierdza fakt, że w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę. Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 64/17).

IV.3.2. Przedmiot zamówienia: modernizacja miejskiego systemu ciepłowniczego

Wartość zamówienia: 1 865 161,20 zł (441 468,72 euro)

Wszczęcie postępowania: 01.04.2014 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zgodnie z dokumentacją postępowania przedmiotem niniejszego zamówienia była modernizacja miejskiego systemu ciepłowniczego w miejscowości A, w tym wymiana sieci niskoparametrowej na wysokoparametrową wraz z budową indywidualnych węzłów cieplnych, likwidacja stacji grupowej i indywidualnych dwufunkcyjnych węzłów c.o. i c.w.u. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w poszczególnych załącznikach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców. Wszystkie złożone w postępowaniu oferty zawierały produkty tj. rury preizolowane firmy X.

Z nadesłanych Prezesowi Urzędu przez zamawiającego, w toku postępowania wyjaśniającego, informacji wynika m.in., że sformułowane wobec systemu rur preizolowanych warunki umożliwiały zaferowanie produktów od co najmniej dwóch producentów (X oraz Y) oraz 6 dystrybutorów tych produktów na terenie Polski.

W związku z wątpliwościami co do poprawności dokonania przez zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego, z prośbą o opinię w powyższej kwestii. Ze sporządzonej ekspertyzy wynikało m.in., że:

1. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretny produkt, tj. system rur preizolowanych X, a wskazują na to zapisy w SIWZ załącznik nr 7 i załącznik nr 8. Zamawiający posłużył się wielokrotnie nazwą własną producenta i wskazał jednoznacznie, że przy opracowaniu projektu budowlano-wykonawczego stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ korzystał jako z podstawy opracowania z Poradnika X.
2. Określenie podstawowego parametru żywotności pianki izolacyjnej na 30 lat nie powinno być kluczowe, gdyż rura przewodowa jako nośnik zmiennego medium grzewczego co do parametrów (temperatura i ciśnienie), występujących awarii magistrali dosyłowej, wyłączeń, przełączeń oraz sezonowości, a przede wszystkim wobec zachodzących procesów korozyjności nie jest stabilna i nie gwarantuje żywotności na 30 lat całego systemu rur preizolowanych. W praktyce żywotność materiałów instalacyjnych określa się na okres 20 lat. W związku z tym jeżeli pianka izolacyjna będzie miała swoją żywotność 30-letnią, to z praktyki inżynierskiej wynika, że systemy preizolowane oprócz uszkodzeń mechanicznych zewnętrznych ulegają naturalnemu zużyciu i awariom w okresie eksploatacji, tj. 25 lat systemów preizolowanych stosowanych w Polsce. Wynika to z faktu, że stan techniczny sieci jest bardzo zróżnicowany ze względu na stosowane technologie wykonania i na różny okres eksploatacji.

Wymagany parametr ciągłej temp. pracy minimum +160 stopni C jest również zawyżony w tym konkretnym przypadku, gdyż medium w magistrali dosyłowej zawiera się w temperaturach $T_z/T_p = 122/61$ stopni C.

W ocenie biegłego, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, działanie polegające na wymaganiu 30-letniego okresu żywotności systemu poliuretanowego przy założeniu, iż temperatura pracy ciągłej będzie wynosiła +160 stopni C, nie da się logicznie wytłumaczyć niczym innym, jak tylko zamiarem wskazania konkretnego Producenta.

Ponadto w ocenie biegłego, w załączniku nr 8 – Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, pkt 1 Przedmiot WTWiOR, zamawiający dokonał „martwego” zapisu, mówiącego o tym, że: „Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych systemów rur preizolowanych, które będą spełniały warunki określone w SIWZ i niniejszym dokumencie”.

Jednocześnie zdaniem biegłego wymienieni przez zamawiającego producenci rur preizolowanych, których produkty Zamawiający miał stosować od lat 90. ubiegłego wieku, produkuje swoje wyroby w jakościowym standardzie wykonania, tj. temperatura pracy sieci ciągłej 120 stopni C i krótkotrwałej temperaturze szczytowej 140 stopni C z okresem standardowym żywotności pianki liczoną na co najmniej 30 lat zgodnie z PN-EN 253. W związku z tym niezrozumiałym wydaje się wymóg stawiany wyrobom na końcówce sieci, aby koniecznie po-

siadały badania żywotności systemu poliuretanowego wykazujące trwałość sztywnej pianki izolacyjnej minimum 30 lat dla ciągłej temperatury pracy minimum +160 stopni C.

3. Biegły stwierdził, że wyjaśnienia zamawiającego nie uzasadniają „tendancyjnego” opisu przedmiotu zamówienia. Postawione wymogi nie są ekonomiczne, a przede wszystkim technicznie zasadne, gdyż eksploatowana przez zamawiającego sieć nie wymaga tak wysokich parametrów jakościowych opisanych wyrobów. W szczególności zapis dotyczący trwałości sztywnej pianki izolacyjnej przez okres 30 lat dla ciągłej temperatury pracy +160 stopni C jest niczym nieuzasadniony. Zamawiający w dokumentacji informuje, iż temperatura medium w modernizowanej sieci nie przekracza +122°C, więc niezrozumiały jest wymóg przedstawienia badań potwierdzających parametry izolacji znacznie wyższe niż te podane w normie PN-EN 253 dla izolacji stosowanej w systemach preizolowanych służących do przesyłu medium o takiej właśnie temperaturze. Gdyby przedmiot zamówienia oraz dokumentacja techniczna opisane zostały parametrami zawartymi w normach obowiązujących na terenie naszego kraju jak również UE, każdy potencjalny wykonawca mający uprawnienia do montażu systemów rur preizolowanych mógłby wziąć udział w postępowaniu.

Pomimo że ustawodawca pozostawił Zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji – m.in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z drugą wskazaną powyżej sytuacją. Dodatkowo działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Dodać też należy, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Z przedstawionej powyżej opinii biegłego wynika, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. W szczególności opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do systemu rur preizolowanych uniemożliwił złożenie oferty z produktami innych producentów niż X. Zamawiający zatem w sposób wadliwy dokonał opisu przedmiotu zamówienia. Potwierdza to także fakt, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty, zawierały produkty X. Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 9/17).

IV.3.3. Przedmiot zamówienia: wymiana nawierzchni drogi

Wartość zamówienia: 175 951,85 zł (42 145,17 euro)

Wszczęcie postępowania: 06.09.2016 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania, jak również z wyjaśnień zamawiającego wynika, że zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2018 r. poz. 108.), dalej: „Kp”.

Mając powyższe na uwadze należy zauważyć, iż interpretacja art. 29 ust. 3a ustawy Pzp stanowiącego, iż zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp, wymaga wykładni celowościowej. Jak bowiem wynika z uzasadnienia Rządowego projektu zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366) wolą ustawodawcy było uregulowanie statusu pracownika w zamówieniach publicznych z uwzględnieniem aspektów społecznych poprzez m.in. stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane w sytuacji, gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 Kp. Powyższy obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest zatem wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to niezasadnione charakterem stosunku. Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy lub podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kp. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu ww. art. 22 § 1 Kp, zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Należy podkreślić, że w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym spoczywa ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.

Przedmiotem kontrolowanego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie drogi gminnej wraz z poprawą odwodnienia przebudowywanego odcinka drogi. Z analizy dokumentacji technicznej uszczegółowiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że roboty niezbędne do wykonania przebudowy drogi obejmowały: rozebranie istniejącej nawierzchni wraz z podbudową, korytowanie i profilowanie istniejącej podbudowy do wymaganych rzędnych, wykonanie podbudowy dolnej z kruszywa łamanego (tłuczeń), wykonanie

podbudowy górnej z kruszywa łamanego (kliniec). Na przygotowanej podbudowie należało ułożyć warstwę wiążącą z betonu asfaltowego, a następnie warstwę ścieralną z betonu asfaltowego. Należało także:

- uzupełnić (naprawić) pobocza kruszywem łamanym (kliniec) stabilizowanym mechanicznie;
- przebudować zjazdy, tj. wykonać je z betonu asfaltowego układanego na warstwie wiążącej z betonu asfaltowego;
- udrożnić, oczyścić i wyprofilować rowy przydrożne, dostosowując ich spadek do przepustów pod zjazdami;
- udrożnić oraz oczyścić występujące na przedmiotowym odcinku drogi przepusty pod zjazdami;
- ułożyć we wskazanym w projekcie miejscu betonowy ściek korytkowy.

Analiza zakresu ww. robót wskazuje, iż polegają one na pracy osób wykonujących czynności budowlane.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż powyżej wymienione czynności stanowią wykonywanie pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 Kp, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zatem są to czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Ściśle z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp koreluje brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp, zgodnie z którym, gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez zamawiającego, wówczas zamawiający jest zobowiązany określić w SIWZ w szczególności:

- sposób dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a,
- uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań,
- rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wymagając zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących powyżej opisane czynności, dokonał wadliwie oceny czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.3.4. Przedmiot zamówienia: dostawa fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody

Wartość zamówienia: 1 800 000,00 zł (426 045,57 euro)

Wszczęcie postępowania: 12.12.2014 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, przedmiot zamówienia obejmował dostawę fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody.

Kontrolowane postępowanie zamawiający wszczął w dniu 12.12.2014 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej – www.bip.pwikminsk.pl oraz w siedzibie zamawiającego (tablica ogłoszeń). W dniu 12.12.2014 r. ogłoszenie zostało przekazane do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 243-427678 z dnia 17.12.2014 r.

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%.

Zamawiający, w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie Prezesa Urzędu do uzasadnienia m.in. zastosowania jedyne kryterium ceny w świetle art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w szczególności wyjaśnienia jakie cechy przedmiotu zamówienia powodują, że można go uznać za powszechnie dostępny i o ustalonych standardach jakościowych wskazał, iż „przy wyborze oferty zostało zastosowane kryterium ceny, gdyż na rynku występuje wielu producentów oferujących w pełni porównywalne wyroby, których dostępność jest nieograniczona. Poza tym wyroby tego typu mają ustalone standardy, które pozwalają realizować typowe dla branży wodociągowo-kanalizacyjnej zadania w zakresie hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na treść art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zgodnie z którym kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Użyte w ww. przepisie terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Kierując się znaczeniem nadawanym tym pojęciom w języku polskim, można przyjąć, że pod pojęciem „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług. Pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada zatem nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta.

Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim.

Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert wymaga zatem, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”. Odnosząc powyższe do przedmiotowego zamówienia na dostawę fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, stwierdzić należy, iż tego typu samochodów nie można zaliczyć do pojazdów powszechnie dostępnych i zaspokajających bieżące potrzeby konsumenckie, gdyż są to samochody wyposażone w specjalistyczne urządzenia i przeznaczone dla wąskiego grona odbiorców, a ich odbiorcami są głównie podmioty publiczne. Nie są też używane powszechnie przez przeciętnego nabywcę, ale przez podmioty wykonujące prace kanalizacyjne. Nie występują one w ofercie przeciętnego dealera samochodowego, ale oferowane są wyłącznie przez firmy wyspecjalizowane w branży pojazdów specjalnego przeznaczenia.

Powyższe świadczy o tym, że pojazd specjalny do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody nie jest pojazdem powszechnie dostępnym, ale pojazdem specjalnym, oferowanym przez wyspecjalizowane firmy dla wąskiego grona nabywców i realizacji szczególnych zadań.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż w przedmiotowym postępowaniu przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena. W związku z czym zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez ustalenie jako jedyne kryterium ceny (waga 100%), ponieważ dostawa, która stanowiła przedmiot udzielanego zamówienia nie była dostawą pojazdu powszechnie dostępnego o ustalonych standardach jakościowych. Tym samym zamawiający naruszył art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 64/17).

IV.4. INNE NARUSZENIA

IV.4.1. Przedmiot zamówienia: dostawa autobusów miejskich

Wartość zamówienia: 30 000 000,00 zł (7 185 800,86 euro)

Wszczęcie postępowania: 11.06.2013 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca X złożył ofertę, w której zastrzegł informacje zawarte w części dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa załącznik nr 1 do formularza ofertowego oraz załączniki do oferty: nr 9 oraz od nr 13 do numeru 21 (tj. dokumenty zawarte na stronach: 8, 9, 44, 45 oraz od 53 do 510). Zastrzeżony przez wykonawcę załącznik nr 9 do oferty stanowi listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. nr 50, poz. 331, z późn. zm.).

W załączniku nr 1 do oferty wykonawca zawarł uzasadnienie zastrzeżenia poszczególnych dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności wykonawca przedstawił ogólne uzasadnienie dotyczące zapewnienia poufności zastrzeganych informacji i nieujawnienia ich do publicznej wiadomości. Następnie wykonawca przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia poszczególnych dokumentów. W odniesieniu do zastrzeżenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawca poinformował: „Wyraźnego zaznaczenia wymaga, że krąg podmiotów zawartych w dokumencie zawierającym listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej Wykonawcy nie jest ujawniony w żadnym rejestrze ani w żadnym innym ogólnodostępnym zbiorze informacji. Oznacza to, że osoby trzecie nie mają możliwości ustalenia kręgu podmiotów ujętych w zestawieniu załączonym do oferty. To, że ujęte w zestawieniu informacje dotyczące poszczególnych spółek, takie jak firma i adres siedziby, są dostępne w rejestrach właściwych według ich siedzib nie oznacza, że ujawnione są w nich powiązania pomiędzy spółkami wchodzącymi w skład grupy kapitałowej. W oparciu zatem jedynie o informacje zawarte w tych rejestrach nie ma możliwości sporządzenia listy podmiotów należących do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Informacje zawarte w dokumencie spełniają zatem wymóg nieujawnienia ich do wiadomości publicznej, tym bardziej, że dokument ten jest zastrzegany jako tajemnica przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których udział bierze Wykonawca. Dodatkowo zaznaczyć należy, że wskazana wyżej lista podmiotów należących do grupy kapitałowej jest informacją organizacyjną oraz handlową, bowiem istniejące pomiędzy tymi podmiotami powiązania pozwalają na sprawne i efektywne prowadzenie działalności na rynku międzynarodowym, a co za tym idzie stanowią dla Wykonawcy wartość gospodarczą”.

W toku oceny oferty wykonawcy X zamawiający nie podważył zasadności zastrzeżenia żadnego z dokumentów uznanych przez wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji wszystkie zastrzeżone dokumenty, w tym lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, nie zostały ujawnione przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, że zasada jawności postępowania określona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wy-

nika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W świetle art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), dalej: „ustawa Znk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Konieczność wykazania powyższych okoliczności oznacza, iż w ramach uzasadnienia istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy Znk, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedstawić umotywowane stanowisko poparte dowodami, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Analiza uzasadnienia wykonawcy X objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej prowadzi do wniosku, że w uzasadnieniu nie zawarto informacji potwierdzających, że zastrzeżonemu dokumentowi powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym nie zostało wykazane, że zastrzegany dokument zawiera informacje organizacyjne i handlowe posiadające wartość gospodarczą. W ramach przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia wskazano w tym kontekście jedynie, że „Dodatkowo zaznaczyć należy, że wskazana wyżej lista podmiotów należących do grupy kapitałowej jest informacją organizacyjną oraz handlową, bowiem istniejące pomiędzy tymi podmiotami powiązania pozwalają na sprawne i efektywne prowadzenie działalności na rynku międzynarodowym, a co za tym idzie stanowią dla Wykonawcy wartość gospodarczą”.

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, należy wskazać, iż złożona przez wykonawcę X lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej zawiera wykaz powiązanych z wykonawcą podmiotów, ograniczający się do wskazania nazw podmiotów oraz adresów ich siedzib. Tego rodzaju informacje nie mają charakteru organizacyjnego ani handlowego o wartości gospodarczej, co podnosił zamawiający w uzasadnieniu załączonym do oferty. Dane podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, tj. ich nazwa i adres, nie stanowią informacji o charakterze organizacyjnym i handlowym. Nie zawierają bowiem informacji dotyczących sposobu organizacji przedsiębiorstwa, treści powiązań kapitałowych, sposobu zarządzania grupą kapitałową, relacji opartych na stosunkach nadrzędności, podrzędności itp. Dokument przedstawia tylko skład grupy kapitałowej bez wskazania procesów zachodzących w ramach takiej grupy. Informacje zawarte w przedmiotowym dokumencie nie zawierają również żadnych informacji o faktycznych relacjach handlowych między powiązаныmi spółkami.

Ponadto w złożonym wraz z ofertą uzasadnieniu wykonawca X nie wyjaśnił, jaką wartość gospodarczą przedstawia wykaz powiązanych z wykonawcą podmiotów. Wykonawca wskazał, że wartość gospodarcza jaką, zdaniem wykonawcy, posiada lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej stanowi jedną z przesłanek zastrzeżenia tego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Powołanie się na tę okoliczność powinno jednak nieść za sobą szczegółowe opisanie kwestii rzeczywistego posiadania przez powyższy dokument wartości gospodarczej, umotywowanie stanowiska i poparcie dowodami. Wykonawca X przedstawił jedynie ogólne wy-

jaśnienia, bez opisania dowodów na poparcie swoich tez. Wykonawca wskazał wyłącznie, że „istniejące pomiędzy tymi podmiotami powiązania pozwalają na sprawne i efektywne prowadzenie działalności na rynku międzynarodowym”. Należy zauważyć, że wiedza na temat sposobu prowadzenia działalności przez powiązane podmioty nie wynika z samej listy podmiotów powiązanych, lecz z wewnętrznej dokumentacji poszczególnych podmiotów, obrazującej wzajemne zależności, wymianę informacji i przedmiot współpracy gospodarczej. Tego rodzaju informacje mogłyby stanowić istotną wiedzę dla podmiotów konkurujących na rynku z X, jednakże lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej nie zawiera żadnych tego typu szczegółów działalności spółki i podmiotów powiązanych.

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, należy wskazać, iż wykonawca X nie wykazał, że informacje zawarte w tym dokumencie stanowią informacje o charakterze organizacyjnym bądź handlowym, posiadające wartość gospodarczą. Na podstawie wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę brak jest możliwości stwierdzenia, iż informacje zawarte w liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej posiadają znaczenie na tyle istotne, że uzasadniają ograniczenie ustawowej zasady jawności postępowania.

Tym samym nie można uznać, że informacje zawarte w powyższym dokumencie zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez zamawiającego. Zaniechanie zamawiającego ujawnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawcy X stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 11/18).

IV.4.2. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi wojewódzkiej

Wartość zamówienia: 16 259 791,67 zł (3 894 654,16 euro)

Wszczęcie postępowania: 12.04.2017 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Opolskiego

Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1, a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wystąpił m.in. do wykonawcy Z o udzielenie wyjaśnień oraz przedstawienie dowodów w przedmiocie wyceny konkretnych pozycji kosztorysu. Wraz z niniejszym pismem zamawiający przekazał wykonawcy zestawienie pozycji kosztorysowych, które budziły jego wątpliwości „co do należytego wykonania umowy”.

Wykonawca Z udzielił wyjaśnień oraz przedstawił dowody potwierdzające, iż skalkulowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia zastrzeżone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa, przy czym wykonawca wskazał jedynie: „(...) Z mając na względzie, iż informacje i dokumenty przedstawione w niniejszym piśmie, są elementem trwającej procedury przetargowej, zastrzega ich poufność i zwraca się do zamawiającego z prośbą o zachowanie ich w tajemnicy. W przypadku poniesienia jakiegokolwiek szkody z tytułu ujawnienia powyższych informacji, Z bę-

dzie zmuszony skorzystać z możliwości dochodzenia w tym względzie ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej”.

Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1, a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ponownie wystąpił do wykonawcy Z o dodatkowe wyjaśnienia i dowody dla wskazanych 6 pozycji kosztorysu ofertowego. Wykonawca udzielił wyjaśnień oraz przedstawił dowody potwierdzające, iż skalkulowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia zastrzeżone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa z przywołaniem uzasadnienia analogicznego do przedstawionego w poprzednim piśmie.

Następnie zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wezwał wykonawcę Z do złożenia wyjaśnień, dla czego informacje i dokumenty przedstawione w otrzymanych od wykonawcy odpowiedziach udzielonych poprzednimi pismami mają być objęte ochroną. Zamawiający wskazał, że „ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Brak uzasadnienia przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w zastrzeżeniu informacji i dokumentów”. Wykonawca przekazał stosowne wyjaśnienia.

Z przekazanej do kontroli dokumentacji nie wynika, by zamawiający odtajnił informacje zawarte w powyżej przytoczonych pismach wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Brzmienie ww. przepisu wskazuje, że jednoznacznie określono termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego *nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu*. Z powyższego wynika, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakazujący wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien być stosowany w drodze analogii także do sposobu postępowania przez wykonawców i zamawiających w sytuacji, gdy dokumenty zawierające informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa są składane na innym etapie niż etap terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo terminu składania ofert. Należy podzielić w tym zakresie pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.09.2015 r. (sygn. akt KIO 1947/15), zgodnie z którym „jak wynika z art. 8 ust. 3 p.z.p., dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest, aby informacje te zastrzec nie później, niż w terminie ich składania zamawiającemu. Przepis ten odnosi się do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak z uwagi na okoliczność, iż zastrzegane informacje mogą znajdować się także w innych dokumentach, np. w wyjaśnieniach wykonawcy, zasadę tę należy stosować do wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu”.

W przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Określony w ustawie termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie, jak również wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa – czyli spełnienie obu warunków ustawowych w określonym terminie – składa się na wykonanie po stronie zastrzegającego tajemnicę obowiązku powzięcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca tego nie dokonał, nie ma ustawowych podstaw do wzywania go do składania wyjaśnień zawierających wykazanie przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Przesłanka „wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” wskazuje, że nie składając wyjaśnień, wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, nawet jeśli mogły ziścić się przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na niemożność uzupełnienia na późniejszym etapie braku „wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” wskazuje szerokie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok z dnia 02.03.2015 r. (sygn. akt KIO 279/15), wyrok z dnia 02.02.2015 r. (sygn. akt KIO 291/15), wyrok z dnia 26.02.2015 r. (sygn. akt KIO 306/15), wyrok z dnia 7.04.2015 r. (sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15).

Wobec powyższego należy uznać, że zamawiający wzywając wykonawcę Z na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do złożenia wyjaśnień, dlaczego informacje i dokumenty przedstawione w otrzymanych od wykonawcy odpowiedziach mają być objęte ochroną oraz nie odtajnając przedmiotowych pism, mimo braku złożenia przez wykonawcę wraz z nimi informacji uzasadniających, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz naruszył zasadę jawności wynikająca z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.4.3. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi wojewódzkiej

Wartość zamówienia: 109 260 997,47 zł (26 170 925,64 euro),

Wszczęcie postępowania: 11.02.2016 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji ustalono, że pismami z dnia 23.09.2016 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: X.

Pismami z dnia 27.09.2016 r. zamawiający zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił wada wszystkim wykonawcom poza ww. Konsorcjum firm: X, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Na powyższy wybór pismem z dnia 03.10.2016 r. wykonawca Y wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również powtórzyć czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum firm: X do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz do złożenia dodatkowych szczegółowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Pismem z dnia 08.11.2016 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż „wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (...) unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 23.09.2016 r.” oraz o zamiarze powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W tym samym dniu zamawiający poinformował wykonawców również, iż „w związku z ostatecznym rozstrzygnięciem (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej) w dniu 18.10.2016 r., odwołania z dnia 03.10.2016 r., (...) bieg terminu związania ofertą został przywrócony. Dzień 19.10.2016 r. staje się kolejnym 57 dniem terminu związania ofertą (...) Ponadto z uwagi na fakt, że w dniu 21.11.2016 r. upływa termin związania ofertą [zwrócono się] o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o 30 dni”. Jednocześnie wskazano, że „zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium albo, jeżeli jest to niemożliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres”. Przedmiotowe wezwanie skierowano do wszystkich wykonawców poza A oraz Konsorcjum firm: B, których oferty zostały skutecznie odrzucone na wcześniejszym etapie.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy zauważyć, iż zgodnie z art. 85 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy Pzp ogólną zasadą jest, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jednakże w zdaniu drugim przywołanego przepisu uregulowano sytuację szczególną – gdy przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej – wskazując, że wówczas „obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza”.

Powyższe oznacza, iż w opisanej sytuacji faktycznej obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczył jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Konsorcjum firm: X.

Tym samym wskazanie w ww. piśmie z dnia 08.11.2016 r. adresowanym do innych wykonawców (poza Konsorcjum firm: X), iż „przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium albo, jeżeli jest to niemożliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres” stanowi naruszenie dyspozycji art. 85 ust. 4 zd. drugie ustawy Pzp.

Na marginesie należy zauważyć, że kwestię zabezpieczenia wadium oferty, która została następnie wybrana w wyniku wniesionego odwołania, reguluje przepis art. 46 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu wadium zwrócono, dopiero wówczas, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym obowiązek żądania ponownego wniesienia wadium w kontrolowanym postępowaniu zaistniał jedynie wobec wykonawcy Y, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 11.01.2017 r.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.4.4. Przedmiot zamówienia: budowa nowej sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej

Wartość zamówienia: 4 513 380,47 zł (1 081 075,11 euro)

Wszczęcie postępowania: 24.04.2017 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 24.04.2017 r. Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25.04.2017 r. Ponadto ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej oraz w siedzibie zamawiającego od dnia 24.04.2017 r. do dnia 05.06.2017 r.

Powyższe oznacza, iż zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej oraz w swojej siedzibie (tj. w inny sposób niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej.

Zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, zamieszczenie ogłoszeń w sposób, określony w ust. 5, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w ust. 7c, nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Natomiast stosownie do art. 11 ust. 7c ustawy Pzp zamawiający może dodatkowo zamieścić ogłoszenie w inny sposób niż określony w ust. 1, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim.

Jak wynika z Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2017 r. (sygn. akt: KIO/KU 31/17) „(...) przepis art. 11 ust. 7d Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 72 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. Stanowi on, że ogłoszeń, o których mowa w art. 67–70, oraz informacji w nich zawartych nie można publikować na poziomie krajowym przed publikacją na mocy art. 71. Niemniej jednak publikacja na poziomie krajowym może tak czy inaczej mieć miejsce, gdy podmioty zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia zgodnie z art. 7.

Jak wskazano w wyroku TS UE w z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb. Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson), sąd krajowy stosując prawo krajowe, jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 wynika, że wykładnia pronunijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. so far as possible). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguły wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Brzmienie i cel przepisu art. 72 ust. 1 dyrektywy są jednoznaczne. Celem tym jest zapewnienie pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym. Powyższe ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, również na poziomie całej Unii. Skutek ten nie zostałby zapewniony, gdyby na poziomie krajowym treść ogłoszenia była publikowana wcześniej niż w oficjalnym unijnym publikatorze. Nie ulega także wątpliwości, że art. 72 dyrektywy dotyczy wszystkich ogłoszeń krajowych, o czym świadczy nie tylko jego brzmienie, ale i tytuł przepisu „publikacja na poziomie krajowym”.

Chcąc zatem zapewnić osiągnięcie celu i brzmienia art. 72 ust. 1 dyrektywy, należy wyklądać przepis art. 11 ust. 7d Pzp w ten sposób, że zakaz publikacji ogłoszeń przed dniem publikacji ich w Dzienniku Urzędowym Unii (lub upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia) dotyczy wszystkich bez wyjątku ogłoszeń publikowanych na poziomie krajowym, zarówno ogłoszeń dobrowolnych, jak i ogłoszeń obowiązkowych, w tym ogłoszeń z art. 40 ust. 1 Pzp”.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 11 ust. 7d ustawy Pzp jest w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasadny.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.4.5. Przedmiot zamówienia: przebudowa drogi powiatowej

Wartość zamówienia: 3 411 829,27 zł (817 224,19 euro)

Wszczęcie postępowania: 14.09.2016 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Zgodnie z treścią pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału 5A pkt 2.3 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej 2 roboty budowlane dla zamówień odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia (wykonanie min. dwóch robót budowlanych polegających na projektowaniu/budowie/przebudowie drogi publicznej posiadającej w swym zakresie nawierzchnie bitumiczne, o wartości co najmniej 3 600 000,00 zł brutto każda).

Dodatkowo jedynie w rozdziale 5.2.3 SIWZ zamawiający wskazał, że uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawcy wykażą, że:

- a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej dwie roboty budowlane polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu roboty budowlanej w zakresie remontu/budowy/przebudowy drogi publicznej posiadającej w swym zakresie nawierzchnie bitumiczne o wartości min. 3.600.000,00 zł brutto
lub
- b) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej dwie roboty budowlane polegające na wykonaniu roboty budowlanej w zakresie remontu/budowy/przebudowy drogi publicznej posiadającej w swym zakresie nawierzchnie bitumiczne o wartości min. 3 500 000,00 zł

brutto każda, oraz co najmniej dwie usługi polegające na opracowaniu i odebraniu przez zamawiającego dokumentacji projektowej/projektowo-kosztorysowej (projekty budowlane, wykonawcze) w zakresie budowy lub przebudowy drogi publicznej posiadającej w swym zakresie nawierzchnie bitumiczne o wartości usługi brutto min. 100.000,00 zł każda.

Ponadto, w celu potwierdzenia spełniania warunku dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówieniu, zamawiający żądał m.in. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wg załącznika nr 7 do SIWZ. Należy zwrócić uwagę, że w przedmiotowym załączniku zamawiający zamieścił w pkt 9 także „kierownika robót drogowych z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami drogowymi bez ograniczeń” – osobę, której nie wymienił w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 5A pkt 2.1 SIWZ.

Opisana powyżej niezgodność opisu sposobu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami pomiędzy zapisami SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania aż do jego zakończenia. Stosownie natomiast do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że skoro w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przepis art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści tych dokumentów od początku wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. uchwała KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 36/14. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie dokonując zmiany ogłoszenia o zamówieniu, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.4.6. Przedmiot zamówienia: budowa mostu przez rzekę wraz z budową nowego przebiegu drogi wojewódzkiej

Wartość zamówienia: 9 325 527,00 zł (2 233 712,66 euro)

Wszczęcie postępowania: 03.02.2017 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubuskiego

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, wykonawca zwrócił się do zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp z pytaniem dotyczącym treści zapisów SIWZ, cyt.: „wg zapisów SIWZ pkt 13.2. *zamawiający zgodnie z art. 36b ustawy Pzp żąda podania przez*

wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania ich nazw (firm). Jednocześnie z formularza oferty pkt 6 wynika, że w formularzu oferty jednoznacznie należy wskazać, czy inwestycja zostanie zrealizowana samodzielnie, czy przy udziale podwykonawców wraz powoływaniem się na konkretne firmy podwykonawcze, natomiast w JEDZ część II sekcja D, pozwala wstępnie wskazać, że zadanie zostanie wykonane przez podwykonawców i o ile jest to wiadome, należy podać nazwy tych podmiotów. Na etapie przetargu często nie można określić podwykonawców, zbierane są oferty od różnych firm na określone zakresy i dopiero po rozstrzygnięciu dochodzi do ostatecznego ustalenia z jakimi podwykonawcami zostaną podpisane umowy. Prosimy o wyjaśnienie:

- a) Czy w takim przypadku zamawiający dopuści wpisanie w formularzu oferty pkt (6) *na etapie przetargu nazwa podwykonawcy nie jest znana?*
- b) Czy jeżeli na etapie przetargu nie zostaną wskazani podwykonawcy – samodzielne wykonanie w pkt 6) Formularza Oferty, to czy po wybraniu oferty wykonawca będzie mógł powierzyć część zamówienia wybranym podwykonawcom?!

W odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający udzielił następującej odpowiedzi, cyt.: „ofertę należy sporządzić zgodnie z wymaganiami SIWZ – zamawiający zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Ponadto zgodnie z art. 25a ust. 5 wykonawcy, którzy zamierzają powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu składają JEDZ dotyczące tych podwykonawców – wymóg ten został zawarty w pkt 7.6.a) SIWZ. Natomiast zgodnie z pkt III–IV instrukcji wypełnienia JEDZ opracowaną przez Urząd Zamówień Publicznych (zmmieszczoną wraz z SIWZ na stronie (...)) wraz z ofertą przedstawia się formularze JEDZ dotyczące podwykonawców wskazanych przez wykonawcę, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia. Również w opisie części II sekcji D ww. instrukcji UZP wskazuje m.in. (...) wykonawca może zlecić wykonanie zamówienia bądź jego wyodrębnionej części podwykonawcy, chyba że zamawiający dokonał stosownego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy lub ma zastosowanie art. 36a ust. 2a. W sytuacji gdy wskazane zastrzeżenie nie zostało dokonane przez zamawiającego, a wykonawca zamierza zlecić wykonanie całości bądź części zamówienia podwykonawcom, określa on w formularzu odpowiedź „Tak”, wskazując jednocześnie wykaz proponowanych przez siebie podwykonawców i identyfikując ich.

Informacje o podwykonawcach zawarte w tym miejscu formularza JEDZ służą podmiotowej weryfikacji wykonawców (poprzez sprawdzenie podwykonawców). Zgodnie z art. 25a ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może żądać, by wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, złożył jednolite dokumenty w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania dotyczące podwykonawców (stwierdzenie istnienia podstawy do wykluczenia dotyczącej podwykonawcy nie skutkuje jednak wykluczeniem wykonawcy z postępowania, tylko brakiem możliwości dopuszczenia do realizacji zamówienia negatywnie zweryfikowanego podwykonawcy). W takim wypadku wykonawca składa osobny formularz JEDZ dla każdego ze wskazanych podwykonawców, wypełniony przez podwykonawcę w zakresie podstaw wykluczenia (część III) i przez niego (podwykonawcę) podpisany (...).

Ad. a) W związku z powyższym jeżeli wykonawca zamierza zlecić wykonanie całości bądź części zamówienia podwykonawcom:

- wskazuje w pkt 6 formularza oferty wymagane informacje na temat podwykonawców oraz
- określa w części II sekcji D formularza JEDZ odpowiedź „Tak”, wskazując jednocześnie wykaz proponowanych przez siebie podwykonawców i identyfikując ich, a także składa osobny formularz JEDZ dla każdego ze wskazanych podwykonawców, wypełniony przez podwykonawcę w zakresie podstaw wykluczenia (część III) i przez niego (podwykonawcę) podpisany.

Ad. b) Zgodnie z art. 36ba ustawy Pzp i informacją zawartą w pkt 13.8 SIWZ, jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia dokumenty i oświadczenia, o których mowa w pkt 7.3.5) – 7.3.10) SIWZ dotyczące tego podwykonawcy, z zastrzeżeniem pkt 7.4. i 8–9 SIWZ”.

Wskazując na powyższe, należy zauważyć, że zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

Przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp skierowany jest do zamawiającego, który żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Co do wykonawców zauważyć należy, że we wskazanym przepisie, ustawodawca posługuje się pojęciem „zamiaru”, co wskazywałoby, że wykonawca ma podać na etapie składania oferty – w przypadkach gdy część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, co zamawiający dopuścił – firmy, nazwy proponowanych podwykonawców, które są mu na daną chwilę znane. Także treść art. 71 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazuje, że „w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców”. Interpretacja przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp dokonana przez pryzmat przepisów wspólnotowych jest niewątpliwie właściwa, gdyż przepis ten odnosi się w swej treści do „podania ewentualnych proponowanych podwykonawców”, zatem „zamiar”, o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę.

Należy również wskazać, iż przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie wprowadza granicy czasowej, kiedy podanie tych firm, nazw podwykonawców ma nastąpić. Zamawiający nie dokonuje weryfikacji podwykonawców wyłącznie do upływu terminu składania ofert, a przeciwnie wobec możliwości dokonania takiej zmiany (firmy podwykonawcy) na późniejszym etapie postępowania zmuszony jest dokonać takiej weryfikacji na przykład na etapie wykonawstwa.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że skoro brzmienie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie odnosi się wyłącznie do etapu oceny oraz wyboru oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, nie można nakazać wykonawcy, aby już na etapie składania oferty, był on zmuszony do podania danych podwykonawców oraz informacji o zakresie prac, które zamierza powierzyć im do realizacji.

Tym samym zamawiający określając wymóg wskazania przez wykonawcę już na etapie składania ofert części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania ich nazw (firm), naruszył art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

V. ZAKOŃCZENIE

W odniesieniu do 2016 r. w zakresie kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych współfinansowanych ze środków UE, wynika, iż Prezes Urzędu w 2017 r. przeprowadził znacznie więcej obligatoryjnych kontroli uprzednich, natomiast wpływ wniosków o wszczęcie kontroli doraźnych, jak również liczba postępowań kontrolnych wszczętych z urzędu były niższe w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego. W 2016 r. przeprowadzono bowiem 101 kontroli uprzednich, natomiast w 2017 r. zakończono czynności kontrolne w odniesieniu do 218 postępowań przedłożonych do kontroli uprzedniej. Niewątpliwie wzrost ten wynika z faktu programowania inwestycji i harmonogramów prowadzenia postępowań przez zamawiających w perspektywie finansowej 2014–2020. Wskazać należy, iż przeważającą część w ramach przeprowadzonych kontroli uprzednich (166 kontroli) stanowiły postępowania wszczęte po wejściu w życie przepisów wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020). Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż w ramach postępowań wszczętych po ww. zmianie przepisów, znacząca większość zamawiających zdecydowała się na zastosowanie procedury określonej w art. 24aa ustawy Pzp, tzw. procedury odwróconej, której zastosowanie przyśpiesza i usprawnia proces związany z oceną ofert w przetargu nieograniczonym. Podobnie jak w latach ubiegłych największy odsetek kontroli uprzednich dotyczył postępowań, których przedmiotem były roboty budowlane. W 2017 r. odnotowano utrzymujący się od kilku lat trend spadkowy w odniesieniu do stwierdzanych najpoważniejszych naruszeń ustawy Pzp, tj. mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie zaobserwowano wzrost liczby postępowań, w których stwierdzono naruszenia formalne nie mające wpływu na wynik postępowania. Większa liczba tych naruszeń w części spowodowana była błędami wynikającymi ze stosowania zmian wprowadzonych nowelizacją ustawy Pzp z czerwca 2016 r. bądź niestosowania tych przepisów przez zamawiających. W obszarze kontroli doraźnych przeprowadzanych na wniosek lub z urzędu zaobserwowano również zmniejszenie się liczby kontroli, w których stwierdzono najpoważniejsze naruszenia i odnotowano nieznaczne zmniejszenie się liczby postępowań ze wskazanymi naruszeniami formalnymi nie mającymi wpływu na wynik postępowania. Jednocześnie z przeprowadzonej analizy wynika, iż wzrósł również odsetek kontroli doraźnych, w których nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp.

ISBN: 978-83-88686-58-0

Warszawa 2018