

UZP/DKUE/KD/110/16

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:****Zamawiający:** Szkoła w K.**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane**Przedmiot zamówienia:** przebudowa sali kinowej oraz przynależnych jej pomieszczeń**Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony**Wartość zamówienia:** 3 550 920,65 zł (tj. 840 474,48 euro)**Środki UE:** Małopolski Regionalny Program Operacyjny na lata 2007-2013**2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

1. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu było wykonanie przebudowy sali kinowej oraz przynależnych jej pomieszczeń w Szkole w K., polegające na kompleksowej przebudowie z podniesieniem standardu pomieszczeń, wyposażenia audiowizualnego oraz instalacji i dostosowaniem do aktualnych obowiązujących przepisów i norm.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do siwz, w którym zamawiający zawarł zapisy co do możliwości przyjęcia równoważności proponowanych elementów składających się na przedmiot zamówienia, w brzmieniu: „*Tam gdzie zamawiający wskazał pochodzenie (marka, znak towarowy, producent,*

dostawca itp.) zamawiający dopuszcza oferowanie przedmiotu zamówienia równoważnego pod warunkiem, że zapewnia on parametry nie gorsze od założonych w SIWZ". Specyfikacja, w stosunku do foteli kinowych nie zawiera zapisów precyzujących mierniki równoważności, czy też wymagania zamawiającego co do dokumentów wymaganych na potwierdzenie równoważności. Opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 do siwz, zawiera natomiast odesłanie do dokumentacji projektowej oraz przedmiarów robót.

Projekt Budowlany, z grudnia 2013 r., zawiera wskazanie na założone przez zamawiającego rozwiązanie projektowe foteli kinowych: „O” firmy D. Dokument ten zawiera dokładny opis ww. fotela kinowego. Dalsze części opracowań dołączonych do siwz, tj. Rysunek A10 i Rysunek A10a pn. „Przebudowa sali kinowej oraz przynależnych jej pomieszczeń” w legendzie (wg. ustaleń z inwestorem) w pkt nr 1 zawierają wskazanie dwóch różnych typów foteli kinowych: „C” firmy M. lub „O” firmy D. Dalej przedmiar robót ogólnobudowlanych wskazuje na przykładowe rozwiązania fotela kinowego w pozycji 253, tj.: „Kalkulacja indywidualna - Demontaż starych 250 miejsc oraz montaż nowych foteli np. „E” firmy A. lub np. „O” firmy D. lub np. „Os” firmy N., szt. 226”.

W odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców w trakcie trwania postępowania, m.in.: na pytanie w brzmieniu: *„Opis fotela oraz podany model nie są spójne. Bardzo proszę o podanie jednoznacznych parametrów fotela kinowego”*, zamawiający w odpowiedzi nr 14 w piśmie z dnia 04.03.2015 r. wskazał: *„Zamawiający dołączył do specyfikacji (uzupełnienie) dane techniczne fotela (Załącznik nr 39)”*. Załącznik nr 39 to dokument o nazwie: *„Opis techniczny foteli audytoryjno-kinowych tapicerowanych serii „O”*”. Dokument ten dotyczy wyłącznie jednego rozwiązania firmy D.

W terminie składania ofert (tj. 12.03.2015 r.) do zamawiającego wpłynęło 6 ofert. Dwóch wykonawców (konsorcjum firm: I. Sp. z o.o., Sp. K., Żywiec (lider), P. Sp. z o.o., Żywiec oraz A. G.) zaproponowało fotele typu „O” firmy D., dwóch wykonawców (konsorcjum firm: M. Sp. z o.o. Sp. K. (lider), Z. M. oraz A. Sp. z o.o., Kraków) zaproponowało fotele „Os” firmy N., jeden wykonawca (B. Sp. z o.o., Kraków) zaproponował fotele „A” firmy M. i jeden wykonawca (P., Skawa) zaproponował fotele „B PL” firmy E.

W dniu 14.05.2015 r. została zawarta umowa nr 14/2015 na realizację przedmiotowego zamówienia z konsorcjum firm: I. Sp. K., Żywiec, P. Sp. z o.o., Żywiec.

Z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie co do prawidłowości działania zamawiającego w niniejszym postępowaniu (m.in. czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne

produkty) nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp do biegłego z prośbą o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

1. Czy opis przedmiotu zamówienia wskazywał na jednego producenta foteli? Jeśli tak - który to producent, i które zapisy siwz o tym przesądzają?
1. Czy możliwe było opisanie foteli za pomocą dostatecznie dokładnych określeń bez wskazywania znaków towarowych foteli?
2. Czy jeśli opis foteli wskazuje na konkretny produkt/producenta, możliwe było zaoferowanie foteli równoważnych, tj. foteli o parametrach nie gorszych niż opisane w siwz? Jeśli tak - które fotele dostępne na rynku można uznać za równoważne?
3. Czy oferta A. Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie była zgodna z siwz, tj. czy zaoferowane fotele miały parametry zgodne lub równoważne z wymaganiami opisanymi w siwz?
4. Czy oferta konsorcjum firm: I. Sp. z o.o. Sp. K Żywiec, P. Sp. z o.o. Żywiec była zgodna z siwz, tj. czy zaoferowane fotele miały parametry zgodne lub równoważne z wymaganiami opisanymi w siwz?

Odnosząc się do powyższych pytań biegły w opinii, przy uwzględnieniu dokumentacji postępowania przedstawił poniższe stanowisko:

Ad. 1. Dokładne parametry foteli wskazane w załączniku nr 39 do siwz na przykładzie fotela „One to one” firmy D. *„są zbyt szczegółowe aby można było zgodnie z nimi przedstawić fotel innego producenta, który by te parametry spełnił, są to:*

- 1.1. *wymiary stopy mocującej fotel do podłoża 292 x 77mm;*
- 1.2. *kolor elementów metalowych o nazwie „gunmetal” jest kolorem własnym producenta. Właściwe określenie koloru to podanie jego numeru z palety kolorów RAL lub NCS;*
- 1.3. *dokładny opis nogi fotela, z określeniem kształtu jego przekroju;*
- 1.4. *wymiary osłony podłokietnika określone jednoznacznie co do milimetra tj. 415x16x450 mm;*
- 1.5. *dokładne określenie szerokości podłokietnika - w tym przypadku 77 mm;*
- 1.6. *dokładny opis siedziska z podaniem jego wymiarów z dokładnością do 1 mm. Podobnie opisano oparcie;*
- 1.7. *mechanizm zamykania siedziska dokładnie określono na grawitacyjny;*
- 1.8. *dokładne określenie trzech stopni regulacji oparcia pod kątem 11°, 16°, 21°;*
- 1.9. *dokładne wymiary blatu do pisania tj. 250 x335 mm i grubości 8 mm”;*

Ad.2. *„Możliwe było opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych wytycznych takich jak funkcja, graniczne wymiary gabarytowe oraz użytkowe np. wymiary siedziska, oparcia, podłokietnika, wymagania dotyczące bezpieczeństwa np.*

trudnopalność, atesty higieniczne. Biegły wskazał, że „w przypadku foteli do sali audytoryjnej lub kinowej ważnym parametrem jest rozmiar foteli, tak aby przy zachowaniu ich liczby w ilości 226 szt. zachować powierzchnię potrzebną do ewakuacji osób znajdujących się w sali, co jest bardzo istotne w kontekście spełnienia wymogów przeciwpożarowych”. Z kolei „konieczność wyposażenia fotela w blat do pisania można uwarunkować jego wymiarami minimalnymi np. takimi aby można było zmieścić na nim kartkę papieru o formacie A4”, natomiast „możliwość regulacji kąta pochylecia oparcia można uwarunkować bez podawania kątów rozwarcia 11, 16 oraz 21 °”.

W dalszej części opinii biegły dokonał porównania parametrów technicznych foteli „O” oraz „Os”, z którego wynika, że:

- przy założeniu, że w rzędzie jest 16 foteli - fotele „Os” są szersze łącznie o 48 cm (ich szerokość osiowa wynosi 550 mm podczas gdy foteli „O” 520), co nie wpływa ujemnie na spełnienie wymogów zawartych w przepisach przeciwpożarowych ponieważ pozostaje przejście o szerokości 139 cm w stosunku do wymaganych 120 cm;
- różnica w wysokości fotela (939 mm - „O”, 880 mm, 1060 mm z zagłówkiem – „Os”) nie wpływa na funkcjonalność;
- złożony pulpit nie wystaje poza obrys fotela w fotelu „O” (głębokość po złożeniu 463 mm), fotel „Os” wyposażony w pulpit zajmuje więcej miejsca o 8 cm co w przypadku 12 rzędów zwiększa ich łączny wymiar o 96 cm;
- różnica w szerokości podłokietnika wynosząca 3 cm (szerokość podłokietnika: w fotelu „O” 77 mm a w fotelu „Os” 80 mm) nie wpływa na komfort użytkowania fotela;
- wymiary stopy w przypadku fotela „O” (292x77 mm) są znacznie większe wykonane z blachy grubszej o 1/2 w stosunku do fotela „Os” (205x55 mm). Jednak sztywność stopy stalowej zależy nie tylko od wymiaru ale również od jakości stali użytej do produkcji, która nie została określona w siwz;
- wychylenie oparcia fotela „O” zwiększy jego głębokość o 10 cm z 463 mm do 563 mm, co w przypadku 12 rzędów (w opinii dokonano obliczeń dla 12 rzędów) zwiększa ich maksymalny rozmiar o 120 cm. Fotele „Os” zajmują więc łącznie mniej miejsca o 24 cm w osi podłużnej sali niż fotele „O”;
- rozwiązanie składania blatów nie wpływają na zwiększenie rozmiarów foteli względem siebie. Powierzchnia blatów jest porównywalna (fotel „O” – 250x335 mm, „Os” – 330x245);
- siedziska są równoważne;
- z punktu widzenia pełnionej funkcji mechanizmy są równoważne.

- Ad. 3. *„Opis foteli jednoznacznie wskazuje na konkretny produkt/producenta. Na rynku nie można znaleźć innych foteli, które odpowiadają wszystkim parametrom wymienionym w załączniku nr 39. Parametry są zbyt szczegółowe”. W sporządzonej opinii biegły dokonał tabelarycznego zestawienia fotela typu „O” z fotelem „Os”, które dowodzi, że „zastosowanie foteli innego producenta nie spowodowałoby kolizji z przepisami przeciwpożarowymi, jak również założona funkcja foteli zostałaby zapewniona”.*
- Ad. 4. *Odnośnie zgodności oferty wykonawcy A. Sp. z o.o., Kraków z siwz biegły wskazał, że „z odpowiedzi wykonawcy udzielonej w piśmie z dnia 27.04.2015 r. wynika, że w przypadku wyboru oferty tegoż wykonawcy podczas realizowania przedmiotowego postępowania inwestycyjnego zastosuje on fotele „Os” firmy N. W tym przypadku wymagania opisane w siwz nie zostaną spełnione z powodu rozbieżności parametrów foteli „Os” firmy N. względem foteli „O” firmy D. Parametry opisane w ww. punkcie 1.1. - 1.9 nie zostaną spełnione”.*
- Ad. 5. *Odnośnie zgodności oferty złożonej przez konsorcjum firm: I. Sp. z o.o., Sp. k., Żywiec, P. Sp. z o.o., Żywiec z siwz biegły wskazał, że „z odpowiedzi wykonawcy z dnia 26.03.2015 r. wynika, iż w przypadku wyboru oferty tegoż wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu zastosuje on fotele „O” firmy D. Wynika z tego że parametry zaproponowanych foteli są zgodne w całości z wymaganiami zawartymi w siwz”.*

Jak wynika z opinii, sporządzonej na podstawie dostarczonych dokumentów, literatury oraz własnej wiedzy biegłego „opis foteli zamieszczony w załączniku nr 39 do siwz wskazuje jednoznacznie na konkretny model fotela, a tym samym jego producenta czyli fotel „O” firmy D.”. W opinii biegłego *„możliwe jest opisanie wymagań dotyczących parametrów foteli tak, aby nie wskazywały jednoznacznie na konkretny model. Zaznaczyć należy, że konstrukcja foteli stworzonych do pełnienia tych samych funkcji będzie zawsze podobna a ich wymiary będą się mieściły w ramach określonych norm dla mebli przeznaczonych do siedzenia. Różne będą rozwiązania konstrukcyjne, które zmierzają do osiągnięcia tego samego celu. Zatem niespełnienie parametrów zawartych w siwz na podstawie opisu fotela „O” nie oznacza, że inny wyrób będzie miał gorsze właściwości od fotela przyjętego za wzorcowy, w tym wypadku „O”. Parametry wskazane w punkcie 1.1. - 1.9. opinii nie są parametrami istotnymi dla funkcji użytkowych oraz dla trwałości mebla a ich zmiana nie będzie miała wpływu na walory użytkowe wyrobu”.*

Mając na uwadze wyżej przytoczony stan faktyczny należy podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku

przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. 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 Prawo zamówień publicznych 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. 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.

Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. 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.

Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłego zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty, tj. fotel kinowy typu „O” firmy D. Produkt ten został zarówno wskazany wprost w siwz, jak też został opisany za pomocą takich parametrów, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie produktów równoważnych, tj.: wymiary stopy mocującej fotel do podłoża 292 x 77 mm, kolor elementów metalowych o nazwie „gunmetal” (kolor własny producenta), dokładny opis nogi fotela, z określeniem kształtu jego przekroju, wymiary osłony podłokietnika określone jednoznacznie co do milimetra tj. 415x16x450 mm, dokładne określenie szerokości podłokietnika - 77 mm, dokładny opis siedziska i oparcia z podaniem jego wymiarów z dokładnością do 1 mm, dokładne określenie mechanizmu zamykania siedziska jako

grawitacyjny, dokładne określenie trzech stopni regulacji oparcia pod kątem 11°, 16°, 21°, dokładne wymiary blatu do pisania, tj. 250 x 335 mm i grubości 8 mm.

Jak wykazano powyżej, opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie uniemożliwił zaferowanie produktów innych producentów. Opisane przez zamawiającego ww. wymagania techniczne uniemożliwiły zatem zaferowanie produktów równoważnych, przez co zamawiający promował produkty konkretnego producenta. Świadczy o tym także fakt, że zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę z fotelem kinowym „O” firmy D., natomiast odrzucił z powodu zaferowania innego fotela oferty innych wykonawców. Jednocześnie podkreślić należy, iż wskazanie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt, tj. określenie ich w taki sposób, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia w siwz, wskazując na produkty konkretnego producenta, naruszył zasadę sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zawartą w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącą, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić 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. Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

2. Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą, w celu potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) albo informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej.

W ofertach złożonych przez wykonawców: „A.” Sp. z o.o., Kraków oraz P., Skawa brak jest wskazanego dokumentu.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 16.02.2015 r. W dniu 20.02.2013 r. weszła w życie ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271). Zgodnie z dodaną powyższą nowelizacją art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Celem weryfikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem zaistnienia powyższej okoliczności, ustawodawca treścią art. 26 ust. 2d ustawy Pzp zobowiązał wykonawcę do złożenia wraz z wnioskiem lub ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się.

Jak wynika natomiast z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, 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 wykonawca składający wniosek lub ofertę w postępowaniu ma obowiązek złożyć listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informację o braku przynależności do takiej grupy. Natomiast w sytuacji braku złożenia stosownej listy lub informacji zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia braków na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy: „A.” Sp. z o.o., Kraków oraz P., Skawa nie przedłożyli wraz z ofertą stosownego dokumentu. Jednocześnie, z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie wzywał wykonawców do uzupełnienia wskazanego dokumentu oraz, że oferty wykonawców B. Sp. z o.o., Kraków i P., Skawa zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji, zamawiający zobowiązany był więc do wezwania wykonawcy „A” Sp. j., Gorlice do uzupełnienia brakującego dokumentu.

Zaniechanie zamawiającego, polegające na braku wezwania wyżej wymienionego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający rozdziale IIA „Warunki udziału w postępowaniu, dokumenty wymagane w celu potwierdzenia warunków udziału sposób dokonywania oceny ich spełnienia oraz wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia” w pkt 1.2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy spełniający warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, tj. którzy spełniają warunki dotyczące posiadania m.in. wiedzy i doświadczenia wskazując, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku, wykonawca zobowiązany był wykazać wykonanie co najmniej:
 - a) jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie/nadbudowie/rozbudowie budynku użyteczności publicznej, w ramach której wykonano salę audiowizualną (lub obiekt równoważny) wraz z wyposażeniem i dostawą mebli, wykonanej w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem jej rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów określających, czy robota ta została wykonana w sposób należyty oraz wskazujących, czy została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona (zgodnie z załącznikiem nr 5) o wartości co najmniej 2 500 000,00 zł brutto lub jej równowartość w innej walucie, oraz
 - b) co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie/nadbudowie/rozbudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 2 500 000,00 zł brutto lub jej równowartość w innej walucie zrealizowanej w ruchu ciągłym. Przez ruch ciągły należy rozumieć wykonanie obiektu w bezpośredniej bliskości innych obiektów Zamawiającego bez wpływu na ich użytkowanie w trybie 24/7 dni tygodni.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku zamawiający żądał dokumentów określonych w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia;

Pismem z dnia 27.07.2016 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego m. in. z prośbą wyjaśnienie:

- 1) Dlaczego zamawiający w opisie warunku wiedzy i doświadczenia żądał, aby wykonawca wykazał budowę budynku użyteczności publicznej w ruchu ciągłym, tj. w bezpośredniej bliskości innych obiektów Zamawiającego? Dlaczego wykonawcy, którzy wykonali budynki w ruchu ciągłym, ale nie w bezpośredniej bliskości obiektów Zamawiającego, nie byłoby w stanie należycie wykonać zamówienia?
- 2) Na jakiej podstawie zamawiający uznał, że wykonawcy spełnili ww. warunek udziału w postępowaniu? – poproszono o odniesienie się do konkretnych dokumentów złożonych w każdej ofercie.

Pismem z dnia 29.07.2016 r. zamawiający odpowiedział, iż „roboty budowlano - montażowe miały być realizowane w czterokondygnacyjnym budynku dydaktycznym (3-4 piętro, dach) w pomieszczeniach, do których dostęp wykonawca miał jedną klatką schodową. Powyższy trakt komunikacyjny był wspólny dla użytkowników: kuchni i stołówki zlokalizowanej na parterze oraz użytkowników gabinetów oraz sal wykładowych zlokalizowanych na poszczególnych piętrach. Roboty montażowe instalacji wentylacyjnych wymagały ustawienia wielkogabarytowych agregatów wentylacyjnych na specjalnej wsporczej konstrukcji stalowej, które można było realizować przy użyciu sprzętu ciężkiego (budynek o wysokości ponad 20 m) - tylko z terenu podwórca wewnętrznego. Prowadzone prace musiały wymagać uzgodnień i harmonogramów dotyczących wspólnego użytkowania budynku, a przede wszystkim zabezpieczenia przejezdności terenu do wyjazdu alarmowych wozów bojowych”. Dalej Zamawiający wskazał, „że postawił warunek wiedzy i doświadczenia dotyczącego prowadzenia robót w ruchu ciągłym, aby zapobiec ewentualnym kolizjom wynikającym z konieczności pogodzenia codziennego użytkowania sprzętu, obiektów oraz życia Szkoły z potrzebami dostaw, montażu i płynnej realizacji zadania budowlanego w krótkim okresie czasu”. Zamawiający uznał, „że wykonawcy spełnili ww. warunek udziału w postępowaniu na podstawie złożonych oświadczeń wykonawców zgodnie z załącznikiem nr 5 do siwz wraz ze złożonymi dowodami, że roboty wyszczególnione w wykazie zostały wykonane należycie”.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Pojęcie „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym warunki powinny być opisane w sposób uwzględniający te czynniki (np. rodzaj, zakres, poziom skomplikowania wykonywanych dotychczas robót, dostaw czy usług, wysokość środków finansowych, rodzaj i ilość sprzętu), które rzeczywiście są niezbędne do tego, aby wykonawca był w stanie należycie zrealizować zamówienie.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że wymóg dotyczący wykazania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie/nadbudowie/rozbudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 2 500 000,00 zł brutto lub jej równowartości w innej walucie zrealizowanej w ruchu ciągłym, tj. w bezpośredniej bliskości innych obiektów Zamawiającego bez wpływu na ich użytkowanie, jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, gdyż konieczność wykazania wykonania obiektów w bezpośredniej bliskości innych obiektów Zamawiającego nie jest niezbędna do realizacji celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. Zdolni do wykonania zamówienia byłiby też wykonawcy posiadający doświadczenie w wykonaniu wyżej opisanej przez zamawiającego roboty budowlanej wykonanej w ruchu ciągłym, ale w innym obszarze miasta, kraju lub świata, niż w bezpośredniej bliskości obiektów Zamawiającego. Wymóg ten w sposób nieuprawniony ograniczył zatem krąg potencjalnych wykonawców.

Wobec powyższego należy uznać, że dokonując ww. opisu sposobu dokonywania oceny warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, które to naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

4. W wyznaczonym terminie do zamawiającego wpłynęło 6 ofert złożonych przez następujących wykonawców: konsorcjum firm: I. Sp. z o.o., Sp. K., Żywiec, P. Sp. z o.o., Żywiec; P., Skawa; konsorcjum firm: M. Sp. z o.o. Sp. K., Węgrzce, Z., Miechów; „A” Sp. J., Gorlice; A. Sp. z o.o., Kraków; B. Sp. z o.o., Kraków.

Zamawiający wymagał spełnienia przez wykonawców warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie posiadania m.in. wiedzy i doświadczenia wskazując, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku, wykonawca zobowiązany był m.in. wykazać wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie/nadbudowie/rozbudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 2 500 000,00 zł brutto lub jej równowartości w innej walucie, zrealizowanej w ruchu ciągłym. Przez ruch ciągły należy rozumieć wykonanie obiektu w bezpośredniej bliskości innych obiektów Zamawiającego bez wpływu na ich użytkowanie w trybie 24/7 dni tygodnia.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku zamawiający żądał dokumentów określonych w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w tym wykonawca, który złożył ofertę uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą, na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykazali roboty budowlane o wymaganej wartości realizowane w ruchu ciągłym, jednakże żadna z wykazanych robót nie była zlokalizowana w bezpośredniej bliskości innych obiektów zamawiającego. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wskazał robotę - „Przebudowa pawilonu szpitalnego nr V zlokalizowanego w Chorzowie przy ul. Strzelców Bytomskich 11”. Pozostali wykonawcy w wykazach wskazali roboty wykonywane w Krakowie, jednak żadna z robót nie była wykonana w bezpośredniej bliskości innych obiektów Zamawiającego. Tym samym, żaden z wykonawców nie potwierdził spełniania postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp żadnego z wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej jednej wyżej opisanej roboty budowlanej zrealizowanej w ruchu ciągłym, tj. w bezpośredniej bliskości innych obiektów Zamawiającego. Zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – tj. konsorcjum firm: I. Sp. z o.o., Sp. K., Żywiec, P. Sp. z o.o., Żywiec, spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, należy wskazać na mające także zastosowanie w sprawie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 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 nie spełniający warunków, takiej zdolności nie posiada i zamówienie nie może zostać mu udzielone. Przy czym w świetle dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zauważyć należy, że 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 spełniania 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 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 wybrany wykonawca (jak również inni wykonawcy, którzy złożyli oferty) nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, tj. wykonał robotę budowlaną w bezpośredniej bliskości obiektów Zamawiającego. Jednocześnie w toku kontroli zostało stwierdzone, że zamawiający nie podjął czynności weryfikacji doświadczenia tegoż wykonawcy w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. opisany warunek. Tym samym zamawiający zaniechał dokonania obowiązku weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, w żaden sposób nie usunąwszy wadliwości złożonej przez niego oferty, a co więcej – następnie udzielił mu zamówienia.

Powyższe oznacza, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. wybrał ofertę wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający naruszył zakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Zakaz 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. zakazu świadczy o niedopuszczalności wyboru oferty wykonawcy konsorcjum firm: I. Sp. z o.o., Sp. K. (lider), P. Sp. z o.o. i stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej - następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.