

Sygn. akt: KIO/KD 54/16

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 7 września 2016 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 19 sierpnia 2016 r. przez:

Zamawiającego: Gminę Korfantów, ul. Rynek 4, 48-317 Korfantów

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 5 sierpnia 2016 r., (znak: UZP/DKUE/W2/421/100(7)/16/PF)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: budowę sieci wodociągowej SUW Korfantów - Puszcyna

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Marek Szafraniec

Ryszard Tetzlaff

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP lub Kontrolującym, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził z urzędu kontrolę doraźną następczą, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego: Gminę Korfantów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci wodociągowej SUW Korfantów Puszczyzna”.

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania Prezes UZP ustalił, iż przedmiot zamówienia obejmował:

- budowę magistrali wodociągowej Ø 160 mm długości 1183 mb przesyłającej wodę ze Stacji Uzdatniania wody „Korfantów” do węzła rozgałęzienia Puszczyzna;
- budowę dwóch zasuw odcinających Ø 150 mm z obudową i skrzynką uliczną;
- roboty odtworzeniowe nawierzchni dróg gminnych;
- obsługę geodezyjną.

Po przeprowadzeniu kontroli Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 5 sierpnia 2016 r., (znak: UZP/DKUE/W2/421/100(7)/16/PF) zwrócił uwagę, że Zamawiający dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymagał od wykonawców wykazania, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej wykonali i prawidłowo ukończyli co najmniej dwie roboty budowlane zbliżone do przedmiotu zamówienia – tj.: budowa, rozbudowa, przebudowa, modernizacja sieci wodociągowej tranzytowej, a także o wartości co najmniej 160.000,00 zł brutto każda.

W ofertach złożonych przez wykonawców: A. P. Renowacja Obiektów Zabytkowych (oferta najkorzystniejsza) oraz PLUSPOL-BUDOWA R. M., K. S., wykonawcy w celu wykazania spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, załączyli do ofert formularze: „Wykaz Ważniejszych realizacji (doświadczenie zawodowe)”. Wykazane roboty budowlane w obydwu formularzach zostały wykonane przez BERIW Sp. z o.o.

Prezes UZP ustalił również, że Wykonawcy: A.P. Renowacja Obiektów Zabytkowych oraz PLUSPOL-BUDOWA R.M., K.S. powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, załączyli do ofert zobowiązania tego podmiotu (formularz przygotowany przez

zamawiającego, stanowiący załącznik nr 7 do siwz), w którym wpisano, że „w przypadku wyboru wykonawcy (...) oświadczam, że ww. wykonawca może polegać na mojej:

- wiedzy i doświadczeniu;
- potencjalne technicznym;
- osobach zdolnych do wykonania zamówienia;
- zdolnościach finansowych;

i zobowiązuje się do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”.

Zdaniem Kontrolującego w sprawie tej ze złożonych przez ww. wykonawców zobowiązań podmiotów trzecich wynika jedynie ogólne oświadczenie o oddaniu do dyspozycji wykonawców zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, bez wskazania rodzaju i formy udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, charakteru stosunku łączącego wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu dostępnych wykonawcy zasobów tego podmiotu.

Według Prezesa UZP zobowiązania o takiej treści nie precyzują przede wszystkim, jakie zasoby zostaną udostępnione wykonawcom i w jaki sposób ma to nastąpić, a tym samym treść powyższych dokumentów nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawcy mają rzeczywisty dostęp do wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego tego rodzaju zasób i czy jest to dostęp w zakresie wystarczającym do należytej realizacji zamówienia.

Nadto, Kontrolujący zauważył, że z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawców: A.P. Renowacja Obiektów Zabytkowych oraz PLUSPOL-BUDOWA R.M., K.S. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. nie wezwał wykonawców do uzupełnienia zobowiązań podmiotu trzeciego potwierdzających udostępnienie zasobów w wystarczającym do należytego wykonania zamówienia zakresie i w wystarczający sposób, a zatem zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazał na fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, tj. A.P. Renowacja Obiektów Zabytkowych, 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, a wobec tego zastosowanie w tej sprawie powinny mieć przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Kontrolujący stwierdził również, że w przedmiotowej sprawie wykonawca A.P. Renowacja Obiektów Zabytkowych nie wykazał, że w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie zasobów wiedzy i 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 tego wykonawcy w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. opisany warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego.

W informacji Prezes UZP uznał, że zamawiający zaniechał dokonania obowiązku weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, w żaden sposób nie usunąwszy wadliwości złożonej przez niego oferty, a następnie udzielił mu zamówienia.

Według Prezesa UZP 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 niedającego gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Dodatkowo, Kontrolujący podkreślił, że 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 nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

W ocenie Prezesa UZP naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w takim zakresie, jakim dotyczy wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ramach uznania kolejnych naruszeń prawa w tym przetargu Prezes UZP ustalił, że z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że w pkt XIII.2 siwz zamawiający wymagał, aby do oferty został załączony – Harmonogram rzeczowo-finansowy robót z podaniem okresu realizacji i wartości poszczególnych elementów robót.

Kontrolujący ustalił, że pismem z dnia 20 lutego 2015 r. zamawiający zwrócił się do wykonawców: Firma GEOMAR M. J. A., PLUSPOL-BUDOWA R.M., K.S. oraz B. W. SENT-

BUD na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z prośbą o uzupełnienie oferty o „Harmonogram rzeczowo finansowy”.

W odpowiedzi na powyższe pisma, jedynie wykonawca PLUSPOL-BUDOWA R.M. uzupełnił wymagany dokument, natomiast oferty pozostałych wykonawców zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na nieuzupełnienie harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Prezes UZP podkreślił, że z okoliczności sprawy wynika, iż harmonogram rzeczowo – finansowy był oświadczeniem woli wykonawcy, bowiem to do wykonawcy należało określenie poszczególnych wartości określonych prac w określonych okresach.

Zdaniem Prezesa UZP harmonogram w swojej treści odnosił się do wykonania zamówienia - w tym znaczeniu stanowił, więc część oferty wykonawcy.

W związku z powyższym, w ocenie Kontrolującego - wezwanie wykonawców: Firma GEOMAR M. J. A., PLUSPOL-BUDOWA R.M., K.S. oraz B. W. SENT-BUD o uzupełnienie oferty o harmonogram rzeczowo-finansowy, tj. o dokument, który nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Kontrolujący przyjął również, że brak wymaganego harmonogramu rzeczowo-finansowego (elementu oferty) oznacza konieczność odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – wszystkich ofert, które go nie zawierały. Zatem, za zasadne należy uznać odrzucenie ofert: Firma GEOMAR M. J. A. i B.W. SENT-BUD, choć winno ono nastąpić bez uprzedniego wadliwego wezwania o uzupełnienie harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Tym samym, odrzucona powinna zostać także – w ocenie Prezesa UZP - oferta wykonawcy PLUSPOL-BUDOWA R.M., K.S., gdyż brakujący w ofercie harmonogram rzeczowo-finansowy stanowiący jej część, nie podlega uzupełnieniu. W związku z powyższym, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PLUSPOL-BUDOWA R.M., K.S., której treść nie odpowiadała treści siwz stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zaznaczył, że naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W odniesieniu do stwierdzenia następnego naruszenia prawa Kontrolujący ustalił, że Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkową zamówienia podstawowego na kwotę 187.636,05 zł (44.411,95 euro), co brutto stanowi 230.792,34 zł.

Nadto stwierdził, on, że pismami z dnia 24 lutego 2015 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wszystkich wykonawców, z wyłączeniem wykonawców:

- 1) Firma GEOMAR M. J. A.;
 - 2) Zakład Instalacji Wod. Kan. Gazowej i Elektrycznej s.c.;
 - 3) P.P.H.U. PAGA-PRO Sp. o.o.;
 - 4) TEWI Sp. z o.o. Sp. k.,
- z prośbą o złożenie wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny.

W postępowaniu wykonawca Zakład Instalacji Wod. Kan. Gazowej i Elektrycznej s.c. złożył ofertę z ceną 159.862,55 zł brutto (niższa o około 31% wartości szacunkowej zamówienia).

Prezes UZP uznał, że w przedmiotowym postępowaniu cena oferty wykonawcy Zakład Instalacji Wod. Kan. Gazowej i Elektrycznej s.c. była niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, a zatem zachodziła jedna z przesłanek zawartych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązujących zamawiającego do zwrócenia się również do ww. wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wobec powyższego, Prezes UZP przyjął, że zamawiający poprzez wezwanie innych wykonawców, a zaniechanie wezwania ww. wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp celem ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską – naruszył treść art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, lecz powyższe naruszenie nie miało ono wpływu na wynik postępowania.

Dalej, Kontrolujący ustalił, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz żądał od wykonawców przedłożenia dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem”.

Nadto, Kontrolujący zwrócił uwagę, że w sekcji III.4.3. ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający wymagał, aby wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tzw. „podmioty zagraniczne”, przedłożyli dokumenty wskazane w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret pierwszy, drugi i trzeci, tj. odpowiedniki dokumentów, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 2-4 i 6 rozporządzenia. Tym samym zamawiający w

ogłoszeniu o zamówieniu żądał od wykonawców zagranicznych złożenia także dokumentów potwierdzających brak zalegania z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz potwierdzających brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie, nie wymaganych ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w siwz od wykonawców krajowych.

Mając na uwadze powyższe Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców, a zatem zamawiający został zobowiązany do zapewnienia, aby wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także podmioty, które mają miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej miały możliwość ubiegania się o zamówienie na takich samych zasadach.

W konsekwencji – w ocenie Prezesa UZP - wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret drugi i trzeci ww. rozporządzenia, lecz nie miało ono wpływu na wynik postępowania.

Ostatecznie, Kontrolujący ustalił, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, na stronie internetowej oraz na tablicy ogłoszeń nie dokonał opisu sposobu oceny spełniania przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wpisując w poszczególnych punktach Sekcji III.3) – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, zwrot „zamawiający będzie oceniał powyższe warunki na podstawie złożonych dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku. Ocena dokonana będzie systemem spełnia/nie spełnia”. Natomiast w punkcie XI siwz zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie: wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej.

Mając na uwadze powyższe zauważył, że stosownie do brzmienia art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tegoż przepisu zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji.

Ponadto, zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, Prezes UZP zaznaczył, że ogłoszenie o zamówieniu zawiera m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Dodatkowo, podniósł on, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 6 ustawy Pzp wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych określone zostały w Rozporządzeniu, a zgodnie ze wzorem ogłoszenia o zamówieniu (załącznik nr 1 do ww. rozporządzenia), w Sekcji III.3) ogłoszenia o zamówieniu – „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający określa zawartość treści wskazanej pozycji w odniesieniu do poszczególnych warunków zamówienia.

Tym samym, według Kontrolującego - zamawiający zobowiązany był podać w ogłoszeniu o zamówieniu „Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku”.

W związku z powyższym, Prezes UZP uznał, że nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym dokonaniu ww. opisu w siwz, zamawiający naruszył art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 oraz art. 11 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z przepisami ww. rozporządzenia, które nie ma wpływu na wynik postępowania.

Po przeprowadzonej kontroli poinformował Zamawiającego w powyższym piśmie, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2016 r., doręczonym Prezesowi UZP w dniu 19 sierpnia 2016 r., Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W swoich zastrzeżeniach Zamawiający podniósł między innymi:

1) błąd w ustaleniach faktycznych, poprzez przyjęcie, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę,

2) błąd w ustaleniach faktycznych, poprzez uznanie, że Zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem art.26 ust.3, art.24 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp oraz art.7 ust.3 ustawy Pzp.

Zamawiający stwierdził, że Zakład Instalacji Wod. Kan. Gazowej i Elektrycznej s.c. złożył ofertę z ceną 159.862,55 zł brutto, która nie przekraczała żadnego z progów, tzn. nie

była niższa o 30% od wartości zamówienia ani od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Dodatkowo podniósł również, że wartość zamówienia, która w brzmieniu art.32 ust.1 ustawy Pzp jest szacunkowym wynagrodzeniem bez podatku od towarów i usług, wynosiła 187 636,05 zł, a zatem cena w/w wykonawcy była niższa od wartości zamówienia o około 14%, dlatego Zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Według Zamawiającego – nie miał on żadnych podstaw prawnych, aby w celu obliczenia rażąco niskiej ceny, do wartości szacunkowej dodać należny podatek VAT, a wobec tego nie naruszył art.90 ust.1 w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Dalej Zamawiający stwierdził, że nie naruszył przepisów art.26 ust.2b, art.24 ust.2 w związku z art.7 ust.3 ustawy Pzp, bowiem załączone zobowiązanie wraz referencjami BERIW udawadniały mu, że wykonawcy A.P. Renowacja Obiektów Zabytkowych i PLUSPOL-BUDOWA R.M., K.S. zostaje oddany do dyspozycji zasób w trakcie realizacji zamówienia.

Rozpoznając przedmiotowe zastrzeżenia Prezes UZP pismem z dnia 26 sierpnia 2016r.podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko nie uwzględniając w całości zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, przekazując je, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów obowiązującego prawa.

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w granicach zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie. Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia, co do faktów są rzetelne i niebudzące wątpliwości.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z zastrzeżeń z dnia 12 sierpnia 2016r. odnoszących się do naruszeń wskazanych w pkt 2.1. i 2.3 informacji o wyniku kontroli. Izba zważyła, że w pozostałym zakresie (pkt. 2.2, 2.4, 2.5 informacji o wyniku kontroli) Zamawiający zastrzeżeń nie zgłosił, wobec czego należało przyjąć, iż podziela on w tym zakresie stanowisko Prezesa UZP.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących pkt 2.1. informacji o wyniku kontroli Izba doszła do przekonania, że nie wykazał on prawidłowego przekazania zasobu wykonawcy: A.P. Renowacja Obiektów zabytkowych oraz PLUSPOL-BUDOWA R.M., K.S. w myśl przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 6 pkt. 2 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.

Zgodnie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Jednocześnie stosownie do § 1 ust. 6 pkt. 2 cyt. wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust.

1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać: 2) dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zdaniem Izby Zamawiający w żaden sposób nie wykazał spełnienia przesłanek z powołanych wyżej z przepisów prawa. W ocenie Izby dla wykazania przez wykonawcę realnego przekazania potencjału jedynie łączne wykazanie zaistnienia powyższych okoliczności określonych w przytoczonych przepisach prawa mogłoby uzasadniać pogląd o spełnianiu warunku udziału w przedmiotowym przetargu.

W ocenie Izby wykonawca nie udowodnił zakresu dostępnego wykonawcy zasobu innego podmiotu oraz sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, co w konsekwencji powinno pociągać po stronie Zamawiającego uruchomienie procedury wynikającej z przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp (uzupełnienie dokumentów podmiotowych), a w razie nie wypełnienia przez wykonawcę dyspozycji tego przepisu lub dalszego nieudowodnienia przez wykonawcę realnego przekazania zasobu Zamawiający miał podstawę prawną do wykluczenia wykonawcy na zasadzie przepisu art.24 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zawiera żadnych szczegółowych informacji, co do rodzaju i zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jak też z żadnych innych dokumentów dołączonych do oferty nie wynika, aby podmiot trzeci miał pełnić rolę podwykonawcy w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przechodząc do oceny zastrzeżeń z pkt. 2.3 informacji o wyniku kontroli Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepisy art.90 ust.1 w związku z art. 90 ust.1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust.1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert,

zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Według Izby Zamawiający bezzasadnie zaniechał wezwania wykonawcy Zakład Instalacji Wod. Kan. Gazowej i Elektrycznej s.c.

Dokumentacja przedmiotowego postępowania wskazuje, że ten wykonawca złożył ofertę z ceną 159.862,55 zł brutto, która jest niższa o 30,73 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o obowiązujący podatek VAT – 23 %.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego wyrażonego w zastrzeżeniach do kontroli, iż Zamawiający nie miał żadnych podstaw prawnych, aby w celu obliczenia rażąco niskiej ceny, do wartości szacunkowej dodać należny podatek VAT.

W ocenie Izby wartość zamówienia w rozumieniu przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp stanowi pełną wartość pożądanego zamówienia obejmującą również podatek VAT.

Taka wykładania tego przepisu pozwala na dokonanie przez Zamawiającego porównania złożonych ofert cenowych.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż okoliczności naruszeń wskazanych przepisów ustawy Pzp podnoszone przez Prezesa UZP znalazły potwierdzenie w aktach kontroli.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

