

UZP/DKUE/KD/103/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Gmina Chełm Pokrówka, ul. Gminna 18 22 – 100 Chełm
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, polegających na montażu kompletnych instalacji solarnych w ramach projektu: Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii szansą na poprawę jakości środowiska naturalnego w Gminie Chełm
Tryb postępowania:	licytacja elektroniczna
Data wszczęcia postępowania:	18.02.2015 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	22291 - 2015
Wartość zamówienia:	8 155 590,00 zł (1 930 362,85 euro)
Środki UE:	EFRR Regionalny Program Operacyjny Województwa Lubelskiego na lata 2007 – 2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał m.in., aby wykonawca wykazał dysponowanie przynajmniej dwoma osobami posiadającymi uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Ponadto zamawiający wskazał, iż osoby wskazane do pełnienia określonych funkcji powinny posiadać uprawnienia bez ograniczeń.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawca konsorcjum firm EcoExperts s.c. w wykazie osób na ww. stanowisko przedstawił m.in. p. Andrzeja . Wykonawca załączył jednocześnie dokument na potwierdzenie spełnienia ww. warunku pn.: „Stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie” wydany na podstawie art. 18 ust. 5 i art. 57 ust. 3 ustawy z dnia 24 października 1974 r. – prawo budowlane oraz § 2 ust. 1 p. 2 i ust. 2 p. 2, § 5 ust. 1 p.2 i ust. 2, § 6 ust. 3, § 7, § 13 ust. 1 p.2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46 ze zm.). Z treści decyzji wynika, iż p. Andrzej posiada przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej:

- „do sporządzania projektów w zakresie rozwiązań konstrukcyjno – budowlanych budynków i innych budowli – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych (...)”.

Z powyższego wynika wprost, iż zakres ww. uprawnień jest ograniczony do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych. Powyższe ograniczenie znajduje swoje uzasadnienie także w treści 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.), na podstawie którego ww. osoba uzyskała uprawnienia budowlane. Zgodnie z § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia, osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne (...), wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, co oznacza, że osoby te posiadają uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Dodatkowo, zgodnie z art. 104 ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. 2016 poz. 290) 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 nie można uznać, że p. Andrzej – technik budowlany w zakresie specjalności budownictwo ogólne posiadający uprawnienia, w których zostały wpisane ograniczenia do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, dysponuje uprawnieniami budowlanymi o charakterze nieograniczonym, równoznacznym nadawanym w obecnym stanie prawnym uprawnieniom bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno budowlanej, wymaganym przez zamawiającego.

W wyjaśnieniach z dnia 07.12.2016 r. zamawiający wskazał, iż „O fakcie i zakresie ograniczenia uprawnień będzie decydowała, zatem każdorazowo treść decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych, a nie jej nazwa. (...) w przedmiotowej sprawie decydujące znaczenie ma treść orzeczenia - decyzji wydanej wobec p. Andrzeja. Pan Andrzej posiada kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie odpowiednie do funkcji, jakie zostały mu powierzone. Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - 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.” Powyższy przepis deklaruje poszanowanie praw słuszenie nabytych. Oznacza to, że uprawnienia budowlane uzyskane pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów pozostają w mocy, a zakres ich nie ulega zmianie. Pan Andrzej uprawnienia budowlane uzyskał w oparciu o przepisy ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...). Błędym stanowiskiem jest tłumaczenie pojęcia „bez ograniczeń” przez pryzmat rozporządzenia z 1975 r., które takiego pojęcia nie zawierało. W decyzji o nadaniu uprawnień dla p. Andrzeja nie ma w niej żadnych zapisów, które ograniczają mu prawo projektowania i kierowania robotami takimi jak objęte przedmiotem zamówienia. Przedmiotem zamówienia nie były roboty budowlane o charakterze pionierskim, czy też trudnym lub złożonym (proste systemy montażu instalacji, które zgodnie z zasadami wiedzy technicznej - należałoby uznać, że bazują one na powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych - montaż instalacji solarnych nie wymaga uzyskania decyzji pozwolenia na budowę ani też nie wymaga zgłoszenia zamiaru rozpoczęcia robót budowlanych zgodnie z ustawą Prawo budowlane). Mając na uwadze wykładnię przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku KIO z dnia 8 lipca 2011 r. (sygn. akt. KIO 1332/11; KIO 1333/11) „Niecelowe jest hipotetyczne i teoretyczne porównywanie nadawanych niegdyś i obecnie uprawnień. Przy wszystkich różnicach terminologicznych i historycznych dotyczących ich regulacji wymaganie równości i absolutnej odpowiedniości uprawnień prowadziłyby jedynie do ograniczenia konkurencji w opisach

warunków udziału w postępowaniu i w trakcie prowadzenia postępowań przez dyskryminację wykonawców dysponujących osobami zdolnymi do wykonania danego przedmiotu zamówienia, a posiadającymi uprawnienia wydane na podstawie uchylonych przepisów." oraz dalej „Jedynym sensownym sposobem interpretacji spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i wymaganej w warunkach odpowiedniości uprawnień wydawanych niegdyś i obecnie, jest stwierdzenie czy uprawnienia te umożliwiają wykonywanie danych robót” wskazujemy, że - zgodnie z powszechnymi zasadami wiedzy technicznej - Andrzej posiadał uprawnienia umożliwiające wykonywanie konkretnych robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, ze względu na ich charakter - Zamawiający pozostaje na stanowisku, że spełniony został warunek przedstawiony w ogłoszeniu o zamówieniu.”

Nie ulega wątpliwości, że zakres uprawnień, jakie posiada p. Andrzej jest ograniczony do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, a fakt posiadania przez ww. osobę wykształcenia technicznego – technik budowlany w chwili wydania uprawnień jest bezsporny. Ponadto, jeżeli w ocenie zamawiającego wykonanie przedmiotu zamówienia obejmowało roboty o prostym charakterze, bazujące na powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych i tym samym nie wymagało posiadania uprawnień do projektowania w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń, zamawiający przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do licytacji mógł dokonać modyfikacji ogłoszenia w tym zakresie. W przedmiotowej sprawie do takiej zmiany ogłoszenia nie doszło, zatem zamawiający zobligowany był do badania spełnienia warunku zgodnie z jego brzmieniem w treści ogłoszenia. Niedopuszczalne jest bowiem interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji do konkretnego wykonawcy.

W tym miejscu warto wskazać na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.11.2011 r. sygn. akt KIO 86/11, w której Izba wskazała, iż „(...) rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.) w § 5 ust. 2 stanowi, że osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą 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 tego rodzaju pojęcie funkcjonowało w nomenklaturze branżowej. Tego rodzaju rozróżnienie funkcjonowało już w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 lutego 1928 r. o prawie budowlanym i zabudowaniu osiedli (Dz. U. z 1928 r. Nr 23, poz. 202), które wprowadzało ograniczenia w pełnieniu technicznych funkcji w zakresie budownictwa dla osób posiadających wykształcenie średnie techniczne. Zatem użycie, zarówno w decyzji potwierdzającej uzyskanie uprawnień budowlanych, jak również w treści przepisów, które zostały przywołane w powyższej decyzji zwrotu "o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych" powoduje, iż niezależnie od użytej w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie terminologii mamy do czynienia, w niniejszym stanie faktycznym, z uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie. (...)

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego 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.

Zaniechanie powyższego obowiązku, tj. niewezwanie przez zamawiającego wykonawcy konsorcjum EcoExperts s.c. do uzupełnienia wykazu kadry w zakresie osoby do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Konsorcjum EcoExperts s.c, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, należy wskazać na mające także zastosowanie w sprawie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania 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 Pzp. 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 wykonawca Konsorcjum EcoExperts s.c. nie wykazał, że dysponuje osobami spełniającymi wymogi opisane w ww. warunku. Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie w toku kontroli zostało stwierdzone, że zamawiający nie podjął czynności weryfikacji dokumentów złożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu kadry w zakresie osoby do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Tym samym

zamawiający zaniechał dokonania obowiązku weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, w żaden sposób nie usunąwszy wadliwości złożonego przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w licytacji, a 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 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 Konsorcjum EcoExperts s.c. i stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenia mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w punkcie III. 3.2) ogłoszenia o zamówieniu dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że wykonawca zobowiązany był wykazać się m.in. wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na wykonaniu min. 400 instalacji solarnych o min. powierzchni czynnej 2000 m² dla każdej roboty budowlanej. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawcy mieli przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych, określony w § 1 ust. 1 pkt 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 (dalej: „rozporządzenie”).

Wykonawca Elektro – Bud Przemysław Gawda w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał obok własnej inwestycji także robotę budowlaną pn.: „Wykorzystanie energii słonecznej szansą na poprawę jakości środowiska w gminie Łysomice”, zrealizowaną na rzecz zamawiającego Gminę Łysomice przez wykonawcę GPEC

Serwis Sp. z o.o. Do wniosku wykonawca załączył zobowiązanie ww. podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres realizacji zamówienia. Ponadto w oświadczeniu z dnia 25.02.2015 r. firma GPEC Serwis Sp. z o.o. oświadczyła, iż „udostępniam firmie Elektro – Bud Przemysław Gawda swoją referencję na Dostawę i montaż indywidualnych instalacji solarnych dla Gminy Łysomice.”

Z treści ww. zobowiązania i oświadczenia nie wynika, w jaki sposób i w jakim zakresie podmiot trzeci udostępni zasoby. W związku z powyższym pismem z dnia 23.11.2016 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, na jakiej podstawie uznał, iż udostępnienie ww. zasobów będzie miało charakter realny.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 07.12.2016 r. zamawiający wskazał, iż „Art. 26 ust. 2b Pzp statuuje otwarty katalog środków dowodowych. Wykonawca może przedstawić przykładowo, w zależności od rodzaju zasobu podlegającego udostępnieniu i relacji istniejących między wykonawcą i podmiotem trzecim umowę stypizowaną w przepisach kodeksu cywilnego (umowę nazwaną), umowę nienazwaną lub oświadczenie podmiotu. Skoro przepis podaje przykładowo pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, to za wystarczające, na etapie składania oferty może być uznane samo oświadczenie złożone przez podmiot udostępniający zasób. Zobowiązanie takie może stanowić zatem dowód jedyny, a zarazem wystarczający dla wypełnienia normy art. 26 ust 2b Pzp, wespół z innymi złożonymi oświadczeniami i dokumentami ma umożliwić wykonawcy wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mocą oświadczenia podmiot trzeci zaciąga zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie wobec zamawiającego, a jedynie względem wykonawcy, który zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem jego obowiązkiem jest również ocena treści zobowiązania podmiotu trzeciego, które wykonawca składa w celu wykazania spełnienia tych warunków (tak wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 2 grudnia 1999 r. Sprawa C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari, przy udziale Ruhrwasser AG International Water Management LexPolonica nr 379275; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2011 r. XIX Ga 92/2011 Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2011/11). Istotne znaczenie w kwestii oceny mocy dowodowej takiego zobowiązania na etapie badania ofert ma użycie w art. 26 ust. 2b Pzp czasu przyszłego „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Ustawodawca przesądził, że do faktycznej możliwości rozporządzenia udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia. Na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, poza wiążącym zobowiązaniem oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do

realizacji przedmiotu zamówienia, brak jest konieczności wskazywania przez wykonawcę - z mocy samego przepisu - formy i zakresu przyszłego udostępnienia zasobów. W szczególności z samej normy art. 26 ust. 2b Pzp nie wynika konieczność wskazywania w treści zobowiązania essentialia negotii porozumienia między wykonawcą a podmiotem trzecim, ani też konkretyzacji ponad zakres wynikający ze zdania pierwszego art. 26 ust. 2b, udostępnianych zasobów, sposobu korzystania z niego przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia (vide: m.in.: wyrok KIO 162/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2010 r. KIO/UZP 1452/10, KIO/UZP 1453/10, KIO/UZP 1454/10 LexPolonica nr 2367323; z dnia 10 września 2010 r. KIO 1844/10 LexPolonica nr 2396808; z dnia 12 stycznia 2012 r. KIO 2704/11, KIO 2707111). Pogląd ten jest uprawniony niezależnie od tego, który z zasobów podlegać będzie udostępnieniu, gdyż stosowne wyłączenie lub zróżnicowanie nie zostało przewidziane przez ustawodawcę. Ustawa wyznacza granice stosowania prawa i nie można uzupełniać jej treści nie narażając się na zarzut dowolności stosowania przepisów wykraczającego poza granice dopuszczalnej swobody interpretacyjnej. W państwie prawnym interpretator musi brać pod uwagę przede wszystkim językowe znaczenie tekstu prawnego (vide: uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2000 r. K. 25/99 OTK 200015 poz. 141, uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 18 września 1998 r. III CZP 32/98 OSNC 1999/I poz. 2).

Odnosząc się do poglądu, co do konieczności uczestnictwa podmiotu udostępniającego swoje zasoby w wykonywaniu zamówienia Izba popiera pogląd, iż oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, musi łączyć się co do zasady z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Brak jest jednak podstaw prawnych do przyjęcia, że miałyby to nastąpić w charakterze podwykonawcy." W dalszej części zamawiający wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego w Gdańsku.

„(...) W efekcie uważamy, że wykonawca wykazał w sposób dopuszczalny przez cytowane orzecznictwo KIO spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie można obciążać negatywnymi skutkami rozbieżności w orzecznictwie KIO zamawiającego. Gmina Chełm przyjęła sposób interpretacji wskazany w zacytowanych orzeczeniach KIO i uznała że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu. Na marginesie należy zauważyć, że dopiero nowela wprowadzona w roku 2016 zmieniła zasady powoływania się na zasoby podmiotów trzecich. Cytowane orzecznictwo KIO (dotyczące analogicznych jak nasze stanów faktycznych) opierało się na tych samych przepisach art. 26 ust. 2b na jakich opiera się podczas kontroli Urząd Zamówień Publicznych.”

Stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, aktualnej w dniu wszczęcia postępowania, 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. Z powyższego wynika, że przedłożone przez wykonawcę dokumenty muszą określać, jakie zasoby, w jakim zakresie i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli ani z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Podkreślić należy, iż istotą udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest udowodnienie zamawiającemu realnego dysponowania udostępnionym zasobem podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym do realizacji zamówienia, tj. wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli zakres lub sposób udostępnienia zasobów nie jest wystarczający i nie gwarantuje właściwego wykonania zamówienia, zamawiający ma obowiązek żądać uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że zasoby będą udostępnione w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób, a także wykluczyć wykonawcę z postępowania.

W niniejszej sprawie ze złożonego przez wykonawcę zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę. W szczególności ze złożonych dokumentów nie wynika, że podmiot trzeci będzie w ogóle uczestniczył w realizacji zamówienia. Tymczasem w przypadku robót budowlanych w zasadzie jedynie udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w roli podwykonawcy jest jedynym realnym sposobem udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Reasumując w przedmiotowej sprawie nie można uznać, że wykonawca wykazał, że będzie realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, a co za tym idzie – że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą 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 oraz treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, należy stwierdzić, iż wobec okoliczności, że przedstawione przez wykonawcę Elektro – Bud Przemysław Gawda zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci będzie miało charakter realny w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu żądał od wykonawców przedłożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, tj. dokumentu wskazanego w § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, a w odniesieniu do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - dokumentów określonych w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret 1 – 3 rozporządzenia.

Zamawiający w ogłoszeniu nie wskazał, iż w odniesieniu do wykonawców krajowych żąda analogicznych dokumentów.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, 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. 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 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 1 - 3 ww. rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

4. W ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III.5) zamawiający wskazał, iż wymaga, aby wykonawcy do wniosku o dopuszczenie do udziału w licytacji załączyli m.in. certyfikat Solar Keymark. Wykonawca NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej Stanisław Markiewicz załączył na stronie 77 – 82 wniosku tłumaczenie ww. certyfikatu.

Pismem z dnia 23.11.2016 r. zamawiający został poproszony o wskazanie, na której stronie ww. wniosku znajduje się certyfikat Solar Keymark w oryginalnej wersji językowej. W przypadku, gdyby powyższy dokument nie został dołączony do dokumentacji zamawiający został poproszony o jego przesłanie.

Pismem z dnia 07.12.2016 r. zamawiający udzielił wyjaśnień, iż „Wykonawca NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej Stanisław Markiewicz załączył uwierzytelnione tłumaczenie z języka angielskiego certyfikatu Solar Kymark, wystawiony dla firmy SUNEX S.A. z siedzibą w Raciborzu, ul. Piaskowa 7, produkującej kolektory słoneczne. Identyczne tłumaczenie wraz z oryginałem certyfikatu przedłożył wykonawca Konsorcjum: EcoEksperts s.c. Zgorzala i FLEKSIPOWER GROUP Sp. z o.o. Sp.k. Pabianice. Oceniając wniosek o dopuszczenie do udziału w licytacji firmy NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej Stanisław Mazurkiewicz komisja przetargowa uznała, że ma możliwość zapoznania się z dokumentem certyfikatu w języku angielskim i z jego tłumaczeniem, a zatem treść oferty była zgodna z treścią PFU i Specyfikacji Technicznej. Zaznaczamy, że obaj wykonawcy przedłożyli ten sam certyfikat wystawiony na tego samego producenta, którego produkty miały być przez nich wykorzystane. Żądanie uzupełnienia oryginału certyfikatu od jednego z wykonawców, w sytuacji gdy został on złożony w danym postępowaniu było w tym przypadku nieuzasadnione i byłoby przejawem nadmiernego formalizmu. (...)”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż w § 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów uregulowana została forma składanych dokumentów. W szczególności w § 7 ust. 4 ww. rozporządzenia wskazano, że dokumenty sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski. Zatem podstawowe znaczenie dla

zamawiającego ma dokument sporządzony w języku obcym, a jego tłumaczenie stanowi niejako konsekwencję przedłożenia dokumentu w oryginalnej wersji językowej.

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego 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.

W świetle powyższego fakt, iż w postępowaniu wykonawca EcoEksperts s.c. Zgorzała i FLEKSIPOWER GROUP Sp. z o.o. Sp.k. złożył „identyczny” certyfikat wraz z tłumaczeniem, nie stanowiło podstawy do odstąpienia od wezwania wykonawcy NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej Stanisław Markiewicz do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu. Przede wszystkim należy wskazać, iż zamawiający nie mógł ocenić, czy ww. wykonawca posiadał przedmiotowy certyfikat na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji, czy rzeczywiście jest on identyczny z certyfikatem złożonym przez konsorcjum EcoExperts.c. oraz czy złożone tłumaczenie dotyczyło właściwego dokumentu.

W związku z powyższym zaniechanie powyższego obowiązku, tj. niewezwanie przez zamawiającego wykonawcy NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej Stanisław Markiewicz do uzupełnienia certyfikatu Solar Keymark sporządzonego w języku obcym, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Umowa w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia zawarta została pomiędzy wykonawcą Konsorcjum EcoExperts s.c. a zamawiającym w dniu 08.05.2015 r. Natomiast

ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało przekazane i opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.08.2015 r. pod numerem 73633 – 2015.

Zgodnie z treścią art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Powyższe oznacza, iż zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych powinno nastąpić niezwłocznie (bez zbędnej zwłoki) po zawarciu umowy. Opublikowanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia ponad trzy miesiące po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie stanowi niezwłocznego wykonania powyższej czynności przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż zamawiający dokonał publikacji przedmiotowego ogłoszenia z naruszeniem art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu 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.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.