

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 15 września 2016 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 11 sierpnia 2016 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami MUNDO Sp. z o.o. w Lubinie wobec informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 sierpnia 2016 roku znak: UZP/DKD/DWKZ/420/1(7)//16/AP, KUD/1/16/DKD w zakresie naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

| | |
|------------------------|---------------------------------|
| Przewodniczący: | Magdalena Grabarczyk |
| Członkowie: | Anna Chudzik |
| | Dagmara Gałczewska-Romek |

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami MUNDO Sp. z o.o. w Lubinie wobec informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 sierpnia 2016 roku nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Lubinie – wszczął w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako „ustawa” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rekultywacja kwatery I składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Lubinie przy ul. Zielonej 1.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 kwietnia maja 2016 r. pod pozycją 85226.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej również jako „Prezes Urzędu” lub „kontrolujący”, przeprowadził kontrolę doraźną postępowania i w informacji o wyniku kontroli

z 5 sierpnia 2016 r. sformułował następujące oceny dotyczące naruszeń przepisów ustawy oraz zalecenia:

1. Zamawiający przez opis warunków wiedzy i doświadczenia oraz dotyczącego osób niezbędnych do wykonania zamówienia, w którym zamawiający wymagał dwóch robót budowlanych polegających na rekultywacji składowiska odpadów komunalnych lub jego wydzielonej części, wyposażonych (każde) w czynną instalację do produkcji i przetwarzania biogazu o wartości 5.000.000 zł brutto (każda), o powierzchni każdego zadania nie mniejszej niż 8,5 ha, w sytuacji, gdy nie dopuszczono możliwości sumowania zamówień naruszył z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Kontrolujący ocenił ponadto, że naruszeniem powołanych przepisów jest również wymaganie przez zamawiającego średniorocznego wskaźnika zatrudnienia na poziomie 20 osób.

W związku z tymi naruszeniami Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

2. Kontrolujący zalecił ponadto wykluczenie wykonawcy Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż stwierdził, że oferta tego wykonawcy po 29 lipca 2016 r. nie była zabezpieczona wadium, a w konsekwencji unieważnienie postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.
3. Zamawiający nie dopuścił możliwości wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kilku formach określonych w art. 148 ust. 1 Pzp. Powyższe działanie zamawiającego ograniczało zatem uprawnienia wykonawcy wynikające z tego przepisu, co stanowi jego naruszenie.
4. Żądanie złożenia wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331, ze zm.), dalej jako „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” lub oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej od podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, narusza § 3 ust. 4 § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), dalej jako „rozporządzenie w sprawie dokumentów”.

5. Zamawiający żądając od wykonawców oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz personelu kierowniczego, gdy nie sprecyzował zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ warunków dotyczących posiadania potencjału kadrowego w zakresie wykazania się przez wykonawcę określoną liczbą personelu kierowniczego, naruszył art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 3 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp.

Zamawiający zgodnie z art. 167 ust. 1 Pzp pismem z 11 sierpnia 2015 r. wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, w których odniósł się do naruszeń ustawy stwierdzonych przez Prezesa Urzędu:

Ad. 1. Kontrolujący porównał wartość szacunkową zamówienia podaną w kwocie netto, podczas gdy żądana przez zamawiającego wartość zamówienia dotyczy kwoty brutto. Porównanie obu wartości brutto wskazuje, że zamawiający żądał doświadczenia w wykonaniu umów o wartości 60% zamierzonego zamówienia (5.000.000 zł w stosunku do 7.503.000 zł), co jest wymaganiem proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Również na poziomie 60% pozostaje relacja wymaganej powierzchni do powierzchni składowiska będącego przedmiotem zamówienia (8,5 ha w stosunku do 12,32 ha). Poszczególne etapy rekultywacji będą odbywać się jednocześnie na całym składowisku i nie stanowią odrębnych zadań inwestycyjnych, stąd również zakaz sumowania umów zrealizowanych przez wykonawców jest uzasadniony, gdyż zamawiający oczekiwał doświadczenia w wykonywaniu dużych zadań.

Za niezrozumiały uznał zamawiający zarzut dotyczący liczebności personelu wykonawcy. Oceniał, że zarzut został postawiony arbitralnie, gdyż kontrolujący nie odniósł się do czasu trwania inwestycji i jej szczegółowego przedmiotu.

Wyjaśnił, że określając sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie rozważał teoretycznej liczby podmiotów spełniających te warunki, lecz odniósł się jedynie do własnych uzasadnionych potrzeb, tak aby do postępowania przystąpili wyłącznie wykonawcy, którzy mają doświadczenie i możliwości prawidłowego wykonania umowy.

Ad. 2. Zamawiający wskazał, że oferta Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. była nieprzerwanie zabezpieczona wadium. Załączył pismo tego wykonawcy z 27 lipca 2016 r. wraz z aneksem do gwarancji bankowej.

Ad. 3. Zamawiający podniósł, że nie ograniczył uprawnień wykonawców do wyboru formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdyż przez sformułowanie „może” użyte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) dał wykonawcom możliwość jego wniesienia w jednej lub kilku formach zgodnie z przepisami ustawy.

Ad. 4. Zamawiający zgodził się z Prezesem Urzędu, że nie powinien żądać od wykonawców listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów lub oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej od podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, które będą brały udział w realizacji części zamówienia. Podniósł jednak, że jest to jedyne naruszenie, którego dopuścił się w postępowaniu i nie miało ono wpływu na jego wynik.

Ad. 5. Zdaniem zamawiającego kwestionowany dokument w zakresie dotyczącym wysokości średniorocznego zatrudnienia był powiązany z warunkiem dysponowania 20 osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający wyjaśnił również, że z uwagi na sposób działania Biuletynu Zamówień Publicznych nie był w stanie zrezygnować z wymogu dotyczącego personelu kierowniczego.

Zamawiający podniósł również niezaskarżenie do Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń i pismem z 31 sierpnia 2016 r. przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Prezes Urzędu podtrzymał dotychczasowe stanowisko w zakresie punktu 1, 3 i 5 stwierdzonych naruszeń. Uwzględnił zastrzeżenia w zakresie punktu 2.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wydała opinię na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz stosuje się przepisy dotychczasowe.

Opinia dotyczy naruszeń opisanych w pkt 1, 3 i 5 informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu po ocenie zastrzeżeń zamawiającego nie podtrzymał stanowiska dotyczącego naruszenia opisanego w pkt 2 informacji o wyniku kontroli, a zamawiający uznał naruszenie stwierdzone w pkt 4 informacji.

Pozostałe zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Ad. 1. Przedmiotem zamówienia jest rekultywacja kwatery I składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Lubinie przy ul. Zielonej 1. Prace wykonywane będą na czynnym składowisku odpadów z czynną instalacją odgazowania. Z załącznika nr 13 do SIWZ pn. „Projekt technicznego zamknięcia składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Lubinie przy ul. Zielonej 1” wynika, że „istniejąca kwatera nr 1 składowiska ma kształt zbliżony do trapezu i zajmuje powierzchnię ok. 9,5 ha na działkach o nr ew. 339/5 i 339/6 AM 19 obręb 6, gmina Lubin Miasto. Kwatera nr 2 od strony północnej przylega do kwatery nr 1. Kwatera nr 2 zajmuje powierzchnię ok. 3,5 ha, zlokalizowana jest na terenie dwóch działek o nr ew. 339/13, 339/18. Łącznie teren składowiska odpadów Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki odpadami MUNDO Sp. z o.o. w Lubinie zajmuje powierzchnię 14,8 ha”.

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 2 SIWZ o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia i wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – na podstawie decyzji o wyrażeniu zgody na zamknięcie składowiska odpadów komunalnych lub jego wydzielonej części, wykonali co najmniej 2 zadania polegające na rekultywacji składowiska odpadów komunalnych lub jego wydzielonej części, wyposażonych (każde) w czynną instalację do produkcji i przetwarzania biogazu, o powierzchni każdego składowiska odpadów komunalnych lub jego wydzielonej części nie mniejszej niż 8,5 ha oraz o wartości brutto każdego zadania nie mniejszej niż 5 mln zł. Zamawiający nie dopuścił sumowania zakresu zadań w celu wykazania spełnienia ww. warunku.

Z pkt 1.5. STWiORB wynika, że przedmiot zamówienia wykonywany będzie w trzech kolejnych etapach. Potwierdza to również decyzja Nr Z 70/2015 Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 28 października 2015 r. stanowiącej załącznik nr 12 do SIWZ wynika, że prace objęte przedmiotem zamówienia realizowane będą w 3 następujących po sobie etapach (etap I – skarpa południowa i wschodnia, etap II – skarpa północna i wierzchowina, etap III – skarpa zachodnia i wierzchowina). Wykonanie poszczególnych prac w ramach kolejnych etapów miało być dokonywane w wyznaczonych w decyzji administracyjnej terminach, tj. etap I do 30.09.2016 r., etap II do 30.06.2017 r., etap III do 30.06.2018 r.

W rozdziale IV pkt 4 SIWZ zamawiający wymagał, by wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wielkość średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy wynosiła nie mniej niż 20 osób.

Zamawiający ustalił ponadto, że warunek ten będzie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w wykonaniu zamówienia będą uczestniczyć:

1. kierownik robót – osoba posiadająca doświadczenie polegające na kierowaniu co najmniej 2 zadaniami polegającymi na wykonaniu rekultywacji składowisk odpadów komunalnych lub ich wydzielonych części, na podstawie decyzji o wyrażeniu zgody na zamknięcie składowiska odpadów komunalnych lub jego wydzielonej części, o powierzchni składowiska odpadów komunalnych lub jego wydzielonych części nie mniejszej niż 5,0 ha każde, w tym przynajmniej jedno wyposażone w czynną instalację do produkcji i przetwarzania biogazu;

2. kierownik robót budowlanych – osoba posiadająca ważne uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz doświadczenie polegające na kierowaniu robotami budowlanymi w ww. specjalności w ramach realizacji co najmniej 2 zadań polegających na wykonaniu rekultywacji składowisk odpadów komunalnych lub ich wydzielonych części, na podstawie decyzji o wyrażeniu zgody na zamknięcie składowiska odpadów komunalnych lub jego wydzielonej części, o powierzchni składowiska odpadów komunalnych lub jego wydzielonych części nie mniejszej niż 5,0 ha każde;

3. kierownik projektu – osoba posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie w kierowaniu projektami w zakresie inwestycji budowlanych, w tym doświadczenie w zarządzaniu co najmniej 1 umową o wartości brutto nie mniejszej niż 5 mln zł, obejmujące zarządzanie zakresem, harmonogramowanie, zarządzanie ryzykiem oraz zarządzanie podwykonawcami.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pięciu wykonawców występowało do zamawiającego z wnioskami o zmianę ww. postanowień treści SIWZ m.in. w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, wskazując iż postawione przez zamawiającego wymagania ograniczają krąg podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2016 r. zamawiający, w odpowiedzi na pytania wykonawców, wskazał iż nie przewiduje zmian treści SIWZ m.in. w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Jedyną ofertę w postępowaniu złożył wykonawcy Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. w Świdnicy.

Art. 22 ust. 4 Pzp nakazuje, aby opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Związek z przedmiotem zamówienia polega na tym, że podmiotowe wymagania zamawiającego dotyczące zdolności wykonawców do wykonania zamówienia muszą mieć oparcie w opisie przedmiotu zamówienia, jego rodzaju, rozmiarze, stopniu złożoności, lub warunkach wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunek jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia wówczas, gdy poziom wymagań zamawiającego nie eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 5 Pzp warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w postępowaniu, którego przedmiotem są dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Prawidłowe wypełnienie dyrektyw związku warunku udziału z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu umożliwia wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania umowy z należytą starannością, ale też jednocześnie powinno zapewnić konkurencję w postępowaniu. „Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji. Innymi słowy, zamawiający ma swobodę ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, jednak swoboda ta ograniczona jest przepisami art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp (...) (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1525/16 niepubl.).

Niewątpliwie zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 Pzp, gdyż ustalenie warunków udziału w postępowaniu na nieproporcjonalnie wysokim poziomie doprowadziło do wyłączenia konkurencji w postępowaniu i preferowaniu przez zamawiającego jednego z wykonawców. Nadmiernie restrykcyjny charakter wymagań zamawiającego przejawia się po pierwsze w łącznym wymaganiu wykonania dwóch umów dotyczących znaczącej powierzchni oraz wartości. Izba zgodziła się z Prezesem Urzędu, że wymaganie umowy dotyczącej powierzchni 8,5 ha, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia obejmuje 9,5 ha, ma charakter dyskryminujący. Nieproporcjonalność wymagań zamawiającego w stosunku do

przedmiotu zamówienia, jest tym większa, że wykonanie zamówienia, jak wynika z dokumentacji postępowania, a wbrew stanowisku zamawiającego, będzie podzielone na etapy obejmujące mniejszą powierzchnię. Również wartość umowy, nawet gdy oszacowanie dokonane przez zamawiającego zostanie powiększone o wartość podatku od towarów i usług i osiągnie proporcje 60 % wartości wymaganej umowy w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, odcina dostęp do zamówienia uczestnikom rynku usług rekultywacji. Wynika to przede wszystkim z niedopuszczenia przez zamawiającego sumowania wartości wykonanych umów. Przy restrykcyjnych wymaganiach dotyczących wartości i powierzchni zakaz ten uniemożliwił konkurencję w postępowaniu. Potwierdzają to liczne pytania zadawane zamawiającemu w czasie postępowania, których intencją było złagodzenie wymagań stawianych wykonawcom, czemu zamawiający się sprzeciwił.

Nie zasługuje na aprobatę pogląd zamawiającego, że przy określeniu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wystarczające jest odniesienie się przez zamawiającego wyłącznie do własnych uzasadnionych potrzeb. Należy uwzględnić, że zamawiający na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest do przestrzegania zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp. Poszanowanie tych zasad wymaga, aby zamawiający kształtując warunki stawiane wykonawcom miał świadomość sytuacji na rynku w danej branży i uwzględnił ją przy ustalaniu poziomu swoich wymagań, tak aby nie doszło do wyłączenia konkurencji między wykonawcami. Nastąpiło to w badanym postępowaniu, w którym zamawiający, mimo znacznego zainteresowania zamówieniem, doprowadził do sytuacji, gdy warunki udziału w postępowaniu mógł spełnić wyłącznie jeden wykonawca, podczas gdy mógł dopuścić sumowanie zamówień przy jednoczesnym zabezpieczeniu swego interesu przykładowo przez ograniczenie ich wartości.

Również warunek dotyczący średniego rocznego zatrudnienia nie mniejszego niż 20 osób należy uznać za nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem badanego postępowania.

Dziwi stanowisko zamawiającego, że zarzut został postawiony arbitralnie, gdyż kontrolujący nie odniósł się do czasu trwania inwestycji i jej szczegółowego przedmiotu. Dostrzec bowiem trzeba, że to obowiązkiem zamawiającego jest opisanie warunków udziału w postępowaniu z poszanowaniem przepisów ustawy, w szczególności art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 Pzp. Konsekwentnie to również zamawiający powinien wykazać na etapie kontroli – Prezesowi Urzędu, a na etapie wnoszenia zastrzeżeń - Krajowej Izbie Odwoławczej, że wymaganie średniorocznego zatrudnienia na poziomie 20 osób w ciągu ostatnich trzech lat znajduje uzasadnienie w opisie przedmiotu zamówienia i warunkach wykonania umowy. Tego zamawiający całkowicie zaniechał, w związku z czym Izba podzieliła ocenę Prezesa Urzędu. Skoro zamawiający nie powiązał wielkości średniego rocznego zatrudnienia u

danego wykonawcy z przedmiotem zamówienia, to nie każda z zatrudnianych 20 osób mogła i musiała być osobą zdolną i przeznaczoną do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia. Trafnie wskazał kontrolujący, że ustalenie przez zamawiającego średniorocznego wskaźnika zatrudnienia u wykonawcy na poziomie 20 osób w nieuzasadniony sposób wykluczało z udziału w przedmiotowym postępowaniu mikroprzedsiębiorców, o których mowa w art. 104 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2015 r. poz. 584). Za mikroprzedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych: 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 10 pracowników oraz 2) osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczył równowartości w złotych 2 milionów euro.

Izba uznała, że opisując warunki udziału w postępowaniu zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

Ad 3. W rozdziale XII SIWZ zamawiający wymagał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny brutto w jednej z form określonych w art. 148 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z powołanym przepisem zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Wyłączenie przez zamawiającego możliwości wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kilku formach wskazanych w art. 148 ust. 1 Pzp stanowi naruszenie tego przepisu. Art. 148 ust. 1 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący i zamawiający nie może go modyfikować. W okolicznościach sporu zamawiający ograniczył przyznane tym przepisem uprawnienia wykonawców. Samo użycie słowa „może” w kwestionowanym postanowieniu SIWZ jest niewystarczające, skoro zamawiający wyraźnie zastrzegł, że zabezpieczenie może być wniesione wyłącznie w jednej z wymienionych form.

Ad. 5. W rozdziale IV pkt 4 SIWZ zamawiający wymagał, by wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wielkość średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy wynosiła nie mniej niż 20 osób.

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 4 SIWZ dla wykazania spełniania warunku dotyczącego potencjału kadrowego zamawiający żądał od wykonawców załączenia do oferty m.in. oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy usług lub robót budowlanych oraz liczebności personelu kierowniczego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Zgodnie z art. 41 pkt 7 Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu należy wskazać warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Również w odniesieniu do SIWZ ustawodawca w art. 35 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp odrębnie traktuje warunki udziału w postępowaniu oraz oświadczenia i dokumenty, które mają potwierdzać spełnianie tych warunków. Żądanie złożenia oświadczenia lub dokumentu, który nie dotyczy potwierdzenia opisanego warunku udziału w postępowaniu, jest zbędne. Zgodnie bowiem z art. 25 ust. 1 Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokument niezbędny to taki, który potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ.

Skoro z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie sprecyzował zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ warunku dotyczącego posiadania potencjału kadrowego w zakresie wykazania się przez wykonawcę określoną liczbą personelu kierowniczego w wymaganym okresie, wymaganie zamawiającego stawiane treści oświadczenia nie ma oparcia w opisie warunku udziału w postępowaniu. Zarówno w SIWZ, jak i w treści ogłoszenia brak jest wskazania, że zamawiający nie oczekuje danych dotyczących liczby personelu kierowniczego, stąd zamawiający nie może powoływać się na techniczne ograniczenia elektronicznego Biuletynu Zamówień Publicznych.

Zamawiający żądając od wykonawców wskazanego oświadczenia naruszył art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 3 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp.

Fakt braku wniesienia odwołania wobec treści SIWZ i postanowień ogłoszenia o zamówieniu nie ma znaczenia dla oceny zgodności tych dokumentów z przepisami ustawy. Niewniesienie odwołania nie sanuje naruszeń prawa, których dopuścił się zamawiający.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....