

**Sygn. akt: KIO/KD 53/20**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 25 listopada 2020 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń z dnia 20 października 2020 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dnia 26 października 2020 r. przez zamawiającego:

**Centrum Usług Wspólnych w Dobrym Mieście ul. Olsztyńska 19, 11-040 Dobre Miasto** dotyczących Informacji w związku z przeprowadzoną przez Urząd Zamówień Publicznych kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, udzielonego dnia 20 grudnia 2019 r., którego przedmiotem jest Dowóz dzieci do szkół i przedszkoli z terenu Gminy Dobre Miasto w 2020 roku. Wartość zamówienia: 431 574,00 netto PLN tj. 100 093,70 EUR. Postępowanie wszczęto dnia 13 listopada 2019 r., a zamówienie zostało udzielone dnia 20 grudnia 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Andrzej Niwicki</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Izabela Niedziałek-Bujak</b>
	<b>Katarzyna Odrzywolska</b>

wyraża następującą opinię:

**zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP”) kontrolą doraźną, której wynik nosi datę 8 października 2020 r.

Jak wynika z dokumentacji postępowania kontrolnego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający naruszył następujące przepisy:

- 1) art. 23 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zawarcie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (siwz), postanowienia sprzecznego z ww. przepisem, tj. zapisu, z którego brzmienia wynika, że wykonawcy nie mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania,
- 2) art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zawarcie w siwz postanowienia sprzecznego z tym przepisem, tj. zapisu, ograniczającego możliwość wniesienia wadium w innej formie niż w formie pieniężnej,
- 3) art. 36 ust. 1 pkt 5a, 9 i 17, a także art. 24 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie zamieszczenia w siwz postanowień dot. podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5, terminu związania ofertą, pouczenia o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, przez żądanie złożenia przez wykonawców Polisy potwierdzającej zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej oraz Sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, a w przypadku wykonawców nieobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego Innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie krótszy niż jeden rok, bez sprecyzowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej,
- 5) art. 25a ust. 1 i art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, przez żądanie od wykonawców dołączenia wraz z ofertą dokumentacji potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, w sytuacji, w której postępowanie o udzielenie zamówienia zostać przeprowadzone z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (co wynika z pkt IV.2.3. ogłoszenia o zamówieniu), co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt

12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp, przez wykluczenie Wykonawcy Faster T. R., w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy nie została oceniona jako najkorzystniejsza, a Wykonawca wraz z ofertą przedłożył wyłącznie wstępne oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,

6) art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niedopełnienie obowiązku informacyjnego polegającego na zawiadomieniu wykonawców wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego o wykluczenia oferty Wykonawcy Faster T. R. w postępowaniu.

Zamawiający dnia 26 listopada 2020 r. złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżenia od wyniku kontroli (pismo z dnia 20 listopada 2020 r.) stwierdzając, że organ prowadzący kontrolę błędnie ustalił, że w ramach kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doszło ze strony zamawiającego do naruszenia art. 23 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Jak stwierdził zamawiający, kontrolujący powyższe oparł na błędnym ustaleniu, że w dniu 2 grudnia 2019 r. wpłynęło do Zamawiającego drogą elektroniczną pismo potencjalnego wykonawcy, który wyrażał chęć przystąpienia do przetargu.

Rzekomy potencjalny wykonawca, tj. J. Ż. do dnia 28 listopada 2019 r., tj. terminu składania ofert, nie wykazywał żadnego zainteresowania przedmiotowym postępowaniem. Z treści jego pisma absolutnie nie wynika, aby chciał przystępować do udziału w przetargu wspólnie z innym podmiotem. Pracownicy Zamawiającego ustalili, że Jerzy Żebrowski, zamieszkały w Lidzbarku Warmińskim przy ul. Spółdzielców 9/4 prowadzi działalność gospodarczą w zakresie ratownictwa medycznego, nie prowadził działalności w zakresie transportu, co potwierdza brak faktycznej woli udziału w postępowaniu. Zgodnie z informacjami zawartymi w CEIDG nie prowadzi on działalności gospodarczej, która pozwalałaby mu zrealizować przedmiot zamówienia w jakimkolwiek zakresie Dlatego stanowisko, że jest to potencjalny wykonawca, któremu być może uniemożliwiono udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dowóz dzieci do szkół i przedszkoli, jest niezgodne z rzeczywistością. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego na rynku lokalnym żaden potencjalny wykonawca nie realizuje dowozu dzieci do szkół i przedszkoli wspólnie z innym wykonawcą. W toku postępowania nie ujawnił się żaden inny potencjalny podmiot, który chciałby wziąć w nim udział, ani samodzielnie ani wspólnie z innym wykonawcą. W ocenie Zamawiającego naruszenie art. 23 ust. 1 ustawy pzp nie mogło mieć zatem wpływu na wynik postępowania poprzez uniemożliwienie potencjalnym wykonawcom wzięcia wspólnego udziału w tym postępowaniu. Działan wyżej wymienionego „potencjalnego wykonawcy” nie można uznać za

działania zmierzające faktycznie do przystąpienia przez niego do przedmiotowego postępowania. Do zastrzeżeń załączono wydruk Z CEIDG dotyczący potencjalnego wykonawcy, najprawdopodobniej będącego podmiotem składającym wniosek o przeprowadzenie kontroli.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w piśmie zamawiającego, należy przede wszystkim stwierdzić, że wnoszący zastrzeżenia zakwestionował stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenie przez Zamawiającego art. 23 ust. 1 w powiązaniu z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nie podniósł zastrzeżeń do pozostałych ustaleń i wniosków organu kontroli.

W takim zatem zakresie skład opiniujący Krajowej Izby Odwoławczej, stosownie do art. 167 ustawy pzp, przedstawia stanowisko dotyczące wniesionych zastrzeżeń.

Izba stwierdza, iż zawarcie w rozdziale VII pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia, z którego brzmienia wynika, że wykonawcy nie mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, jest sprzeczne z powołanym przepisem ustawy, co jest okolicznością mogącą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższemu stwierdzeniu nie przeczy stan faktyczny przedmiotowego postępowania, w którym nie została złożona oferta przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie ma także znaczenia informacja zawarta w złożonych zastrzeżeniach, iż „zgodnie z wiedzą Zamawiającego na rynku lokalnym żaden potencjalny wykonawca nie realizuje dowozu dzieci do szkół i przedszkoli wspólnie z innym wykonawcą. W toku niniejszego postępowania nie ujawnił się żaden inny potencjalny podmiot, który chciałby wziąć w nim udział, ani samodzielnie ani wspólnie z innym wykonawcą”.

Uwzględniając przy tym przebieg zdarzeń w toku postępowania oraz po zawarciu umowy stwierdzić należy, że bez znaczenia jest okoliczność, czy kontrola została przeprowadzona z urzędu, czy też na wniosek podmiotu trzeciego, jak również, czy składający taki wniosek wyraził zainteresowanie udziałem w postępowaniu, a w szczególności, czy złożył ofertę. Prawnie indyferentny jest również fakt, czy do przetargu przystąpili wykonawcy wspólnie w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy pzp.

Za wystarczające uznać należy ustalenie prawdopodobieństwa zaistnienia wpływu ocenianego zapisu siwz na wynik postępowania. W kontrolowanym stanie faktycznym bez

wątpienia nastąpiło ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców przez wyeliminowanie z niego wykonawców ubiegających się wspólnie. Doszło zatem do naruszenia, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zapis specyfikacji sprzeczny z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp mógł bowiem ograniczyć możliwość uczestnictwa w postępowaniu wszystkim wykonawcom, którzy chcieliby skorzystać z ustawowo zagwarantowanego prawa wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Ustawodawca dopuścił zatem wprost wspólne ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego.

Ten powszechnie obowiązujący przepis kształtuje uprawnienie po stronie wykonawców, co również oznacza, że wprowadzanie przez Zamawiających w treści siwz zapisów, które prowadziłyby do jego wyeliminowania czy ograniczenia należy uznać za niedozwolone. Postanowienia tego rodzaju są niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji. Przepis ten ma istotne znaczenie w praktyce, gdyż sytuacja wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jest dość powszechna na rynku zamówień publicznych.

Po przeprowadzeniu analizy przedstawionej dokumentacji Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej w zakresie zarzutów wskazujących na naruszenie art. 23 ust. 1 przez zaniechanie jego poprawnego zastosowania, nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podziela w konsekwencji stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przedstawione w informacji o wyniku kontroli jako uzasadnione i oparte na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a ponadto nie zanegowane skutecznie przez Zamawiającego, tak w toku kontroli, jak i w złożonych zastrzeżeniach do jej wyniku.

Mając powyższe na uwadze, Izba wyraziła opinię, jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....