

Sygn. akt: KIO/KD 9/18

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 12 kwietnia 2018 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej następczej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

Gmina Wąchock

ul. Wielkowiejska 1

27-215 Wąchock

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

„Przebudowę drogi gminnej ulicy Błonie w Wąchocku” oraz „Przebudowę sieci gazowej w związku z przebudową ulicy Błonie w Wąchocku”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący :	Ewa Sikorska
Członkowie :	Katarzyna Prowadzisz
	Robert Skrzyszewski

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń z dnia 8 marca 2018 roku, doręczonych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2018 roku, od wyników kontroli doraźnej następczej z dnia 1 marca 2018 roku, w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną następczą.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: kontrolujący lub Prezes UZP) przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie p.n. „Przebudowa drogi gminnej ulicy Błonie w Wąchocku” oraz „Przebudowa sieci gazowej w związku z przebudową ulicy Błonie w Wąchocku”.

Stanowisko kontrolującego:

W informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 1 marca 2018 roku kontrolujący stwierdził, co następuje:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy P.z.p., Prezes UZP na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie:

- art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy TRASBUD BUDOWNICTWO do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. w szczególności brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie zasobów w wystarczającym do należytego wykonania zamówienia zakresie i w wystarczający sposób;

- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez wybór wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu;

- art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy P.z.p., tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.;

2) naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy P.z.p. w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania poprzez zaniechanie wpisania w pkt 2.2 protokołu postępowania powodów braku podziału zamówienia na części;

3) naruszenie art. 29 ust. 3a oraz art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. a-c ustawy P.z.p. poprzez brak określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp;

4) naruszenie art. 86 ust. 5 ustawy P.z.p. poprzez brak zamieszczenia informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej;

5) naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez żądanie dokumentu, pomimo braku dokonania opisu warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykonawców; 6) naruszenie:

- treści § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2016 r. poprzez przywołanie w s.i.w.z. zapisów treści § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r.;

- art. 41 pkt 7a ustawy P.z.p. oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2016 r. poprzez zaniechanie wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji dotyczących dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych.

Kontrolujący stwierdził, iż – jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania – w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 6.1.2 s.i.w.z. zamawiający określił warunek dotyczący zdolności zawodowej poprzez wymóg wykazania m.in. co najmniej jednego zadania w zakresie budowy, rozbudowy, przebudowy lub remontu sieci gazowej o wartości nie mniejszej niż 90.000,00 zł brutto.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był przedłożyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego, i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego, roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne dokumenty, tj. dokument, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz.1126), dalej jako „rozporządzenie”

Ponadto zamawiający w pkt 6.3 s.i.w.z. wskazał, iż „wykonawca, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy, może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Wykonawca z 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 — przedłożone w oryginale do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ww. zapisem, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba, że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy”

Wykonawca TRASBUD BUDOWNICTWO w pkt 9 formularza złożonej oferty wskazał, iż cyt.: „zamówienie zrealizujemy sami”. Jednocześnie, wykonawca wraz z ofertą przekazał zamawiającemu wszystkie dokumenty wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. wykaz robót budowlanych, w pkt 3 którego na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej wskazał inwestycję pn.: „Budowa gazociągu i przyłączy gazowych ś/c do budynków mieszkalnych w m. Jędrzejów ul. Pińczowska” realizowaną przez firmę HYDROBUD K.K., na kwotę 201.026,61 zł brutto. Na potwierdzenie należytego wykonania wskazanej inwestycji wykonawca załączył stosowne referencje.

Wykonawca do oferty dołączył także zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego (HYDROBUD K. K.) o treści cyt. „Ja niżej podpisany K.K. będąc upoważnionym do reprezentowania HYDROBUD K.K.) niniejszym oświadczam, że wyżej wymieniony podmiot, zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy Pzp, odda wykonawcy TRASBUD BUDOWNICTWO do dyspozycji niezbędne zasoby:

- wiedzy i doświadczenia;
- osób zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia, tj. K.K. (.. na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn.: „Przebudowa drogi gminnej ulicy Błonie w Wąchocku” oraz „Przebudowa sieci gazowej w związku z przebudową ulicy Błonie w Wąchocku”

przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania, sposób wykorzystania ww. zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia to:

Kierownik robót branży instalacyjnej — gazociąg,

charakter stosunku jaki będzie łączył nas z wykonawcą: Umowa o współpracy”.

Kontrolujący podniósł, że wskazując na powyższe należy podnieść, że stosownie do art. 22a ust. 2 ustawy P.z.p., wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Ponadto, z § 9 ust. 1 rozporządzenia wynika, że w celu oceny, czy wykonawca

polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- d) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zatem nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania podmiotu trzeciego o przekazaniu potencjału, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. Innymi słowy, aby zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, tj. w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać.

Jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym przez ww. wykonawcę jest oświadczenie podmiotu trzeciego na temat zamiaru udostępnienia niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osoby na stanowisko Kierownika robót branży instalacyjnej — gazociąg bez wskazania rodzaju i formy udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia oraz zakresu dostępnych wykonawcy zasobów tego podmiotu. Zobowiązanie o takiej treści nie precyzuje przede wszystkim w jaki sposób zasoby wiedzy i doświadczenia zostaną udostępnione wykonawcy, a zwłaszcza czy ich udostępnienie będzie realne. Tym samym treść powyższego dokumentu nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawca ma rzeczywisty dostęp do wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego tego rodzaju zasób i czy jest to dostęp w zakresie wystarczającym do należytej realizacji zamówienia.

Kontrolujący podniósł, że zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych

dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcy TRASBUD BUDOWNICTWO T. M., R. M. Sp. jawna do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. w szczególności nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie zasobów w wystarczającym do należytego wykonania zamówienia zakresie i w wystarczający sposób. Zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, 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, należy wskazać na mające także zastosowanie w sprawie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p.

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. Kontrolujący podkreślił, 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. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., 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 P.z.p. pod kątem spełniania warunków jest także sprzeczny z dyspozycją drugiego z wymienionych przepisów, tj. art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. Zgodnie z tym przepisem, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. odsyła zatem do innych przepisów ustawy P.z.p., 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.

Kontrolujący stwierdził, że w przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykazał, że w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wymaganej zdolności zawodowej (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 tegoż wykonawcy w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. opisany warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego. Tym samym zamawiający zaniechał dokonania weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, a co więcej — następnie udzielił mu zamówienia.

Powyższe oznacza, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., tj. wybrał ofertę wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy P.z.p., tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. 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 P.z.p., który zawiera zasady udzielania zamówień, tj. podstawowe i zasadnicze reguły, które stanowią wytyczne co do interpretacji pozostałych przepisów ustawy P.z.p. i muszą być przestrzegane w procesie udzielenia zamówienia. Naruszenie ww. nakazu świadczy o niedopuszczalności wyboru oferty wykonawcy TRASBUD BUDOWNICTWO T. M., R. M. sp. jawna i stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p..

W ocenie kontrolującego, naruszenie art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Kontrolujący stwierdził, że przedmiotem kontrolowanego zamówienia pn. „Przebudowa drogi gminnej ulicy Błonie w Wąchocku” oraz „Przebudowa sieci gazowej w związku z przebudową ulicy Błonie w Wąchocku”, zgodnie z zapisami Rozdziału I pkt 1 s.i.w.z., jest wykonanie przebudowy drogi gminnej ulicy Błonie w Wąchocku na odcinku o długości 567,56 m i o szerokości 3 m z poszerzeniami odpowiednio do 4,5 m, 3,5 m, 5,1 m obejmujące swym zakresem:

- wymianę nawierzchni na nawierzchnię z kostki brukowej betonowej wraz z podbudową;
- budowę obustronnych poboczy o szerokości 50 cm;
- budowę zjazdów indywidualnych;
- oznakowanie pionowe i poziome wg projektu stałej organizacji ruchu;
- wykonanie przebudowy sieci gazowej średniego ciśnienia DN 65 stalowej na długości 7,3 m, sieci gazowej średniego ciśnienia DN 32 stalowej na długości 319 m, przebudowę 5 przyłączy średniego ciśnienia DN 20 stal od przebudowywanej sieci do granicy działki/ogrodzenia terenu znajdującego się w pasie drogowym ulicy Błonie na rury PE.

Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych, jak też nie udzielał zamówienia w częściach. Jednocześnie, jak wynika z pkt 2.2 protokołu postępowania (druk ZP-PN), nie podał powodów niedokonania podziału zamówienia na części.

Kontrolujący wskazał na treść art. 96 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający sporządza protokół, którego wzór jest określony w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie protokołu postępowania”. Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania, wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia. W pkt 2.2 załącznika nr 1 wskazano, że w przypadku odpowiedzi „nie” na pytanie „czy zamówienie zostało podzielone na części” zamawiający powinien wypełnić stosowną rubrykę podając „powody niedokonania podziału zamówienia na części (możliwość składania ofert częściowych/udzielanie zamówienia w częściach)”

Jednocześnie z treści art. 96 ust. 1 pkt 1 1 ustawy P.z.p. wynika, iż sporządzany w trakcie prowadzenia protokół powinien zawierać co najmniej powody niedokonania podziału zamówienia na części.

W ocenie kontrolującego, brak wpisania w pkt 2.2 protokołu postępowania powodów braku podziału zamówienia na części stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy P.z.p. w zw.z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania. Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Kontrolujący stwierdził, że z przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania nie wynika, aby zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 KP.

W toku prowadzonej kontroli, w piśmie z dnia 26 stycznia 2018 r. zamawiający wyjaśnił, iż „zapisy dotyczące wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności (art. 29 ust. 3a, art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy P.z.p.) nie zostały zamieszczone w dokumentacji przetargowej”

Kontrolujący podniósł, że zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy P.z.p., zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 KP. Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu zmiany ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366), wolą ustawodawcy było uregulowanie statusu pracownika w zamówieniach publicznych z uwzględnieniem aspektów społecznych poprzez m.in. stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane w sytuacji, gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 KP. Powyższy obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest zatem wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy P.z.p. miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu

zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy lub podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 KP. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu ww. art. 22 § 1 Kp zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Kontrolujący podkreślił, że w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym spoczywa ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.

Przedmiot niniejszego zamówienia obejmował swym zakresem:

- wymianę nawierzchni na nawierzchnię z kostki brukowej betonowej wraz z podbudową;
- budowę obustronnych poboczy o szerokości 50 cm;
- budowę zjazdów indywidualnych;
- oznakowanie pionowe i poziome wg projektu stałej organizacji ruchu;
- wykonanie przebudowy sieci gazowej oraz przyłączy średniego ciśnienia.

Z analizy dokumentacji technicznej opisującej przedmiot zamówienia wynika, że jego zakres obejmuje m.in. roboty w zakresie następujących branż:

- branża drogowa — gdzie roboty budowlane polegały m.in. na demontażu i układaniu kostki betonowej, wykonaniu podbudowy, wykonaniu oznakowania pionowego i poziomego, oraz - branża instalacyjna — gdzie roboty budowlane polegały m.in. na wykonaniu wykopów a następnie ich zasypaniu, łączeniu rur PE oraz zgrzewaniu rur i kształtek.

Analiza zakresu ww. robót wskazuje, iż polegają one na pracy osób wykonujących czynności budowlane, które to czynności w ramach poszczególnych branż stanowią wykonywanie pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 KP, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zatem są to czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Kontrolujący wskazał, że ściśle z art. 29 ust. 3a ustawy P.z.p. koreluje również brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, zgodnie z którym, gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane

przez zamawiającego, wówczas jest zobowiązany do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a,

b) uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,

c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Kontrolujący stwierdził, iż w rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a oraz art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. a- c ustawy P.z.p.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Kontrolujący podniósł, że w toku prowadzonej kontroli ustalono, iż zamawiający nie zamieścił na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert.

W piśmie z dnia 26 stycznia 2018 r. zamawiający wyjaśnił, iż „Zamawiający nie zamieścił na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert (art. 86 ust. 5 ustawy P.z.p.). Zamawiający zamieścił na stronie: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 sierpnia 2016 r. ”

Kontrolujący wskazał na treść art. 86 ust. 5 ustawy P.z.p., zgodnie z którym niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

W związku z powyższym, brak zamieszczenia informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej, stanowi naruszenie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Kontrolujący podniósł, że zamawiający w sekcji 111.1 .2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale I pkt 6.1.1 s.i.w.z. wymagał przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo — kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków

finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, tj. dokumentu wskazanego w § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia. Jednocześnie, z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej wykonawców, którego spełnianie mieliby oni potwierdzać ww. dokumentem.

Mając na uwadze powyższe kontrolujący wskazał, iż warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1b ustawy P.z.p. mają charakter ogólny i abstrakcyjny. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Tym samym, zamawiający zobowiązany jest doprecyzować warunek udziału w postępowaniu poprzez jego opisanie w taki sposób, aby z jednej strony wykluczyć z postępowania wykonawców nie będących w stanie zrealizować zamówienia, a z drugiej strony umożliwić wzięcie w nim udziału wszystkim tym, którzy obiektywnie są zdolni wykonać przedmiot zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do dokonania opisu warunków udziału w postępowaniu, które są niezbędne do zweryfikowania wykonawców pod kątem prawidłowego wykonania przez nich udzielanego zamówienia. W sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w s.i.w.z. opisu danego warunku, nie może żądać dokumentów na jego potwierdzenie.

Powyższe znajduje również potwierdzenie w treści przepisu art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Stosownie do cytowanego przepisu, zamawiający nie musi żądać wszystkich dokumentów wyszczególnionych w rozporządzeniu, ale wyłącznie tych, które są niezbędne do jego przeprowadzenia. Jak wynika z treści § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać wskazanych w pkt 1 - 4 ww. przepisu dokumentów.

W związku z powyższym w sytuacji, kiedy zamawiający nie dokonał opisu warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykonawców, należy uznać, iż żądanie dokumentów wskazanych w § 2 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia było zbędne. Tym samym, działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia. Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Kontrolujący podniósł, że w pkt 7.3 s.i.w.z. zamawiający poinformował wykonawców, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości — wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

b) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie — wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

c) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne lub uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”

Kontrolujący wskazał, że zamawiający odnośnie do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wskazał dokumenty określone w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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). Kontrolujący zwrócił uwagę, iż w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. w dniu 12 sierpnia 2016 r., obowiązującym rozporządzeniem było rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), które weszło w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Zgodnie z zapisami § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z 2016 r., jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2-4, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

b) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Tym samym, zamawiający przywołując w s.i.w.z. zapisy § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia z 2013 r., naruszył treść § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z 2016 r. Ponadto, analiza treści ogłoszenia o kontrolowanym zamówieniu wykazała, że zamawiający nie zamieścił w nim informacji dotyczących dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych.

Jak wynika z art. 40 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją art. 41 pkt 7a ustawy P.z.p., ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy P.z.p. zawiera wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu ww. wykaz.

Zaniechanie wskazania powyższych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu stanowi naruszenie art. 41 pkt 7a ustawy P.z.p.

Stanowisko zamawiającego:

W zastrzeżeniach do wyników kontroli z dnia 8 marca 2018 roku, doręczonych Prezesowi UZP w dniu 12 marca 2018 roku zamawiający podniósł, co następuje:

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt. 6.1.2 s.i.w.z. zażądał następujących dokumentów:

- wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (co najmniej 2 zadania w zakresie budowy, rozbudowy, przebudowy lub remontu drogi o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto oraz co najmniej jedno zadanie w zakresie budowy, rozbudowy, przebudowy lub remontu sieci gazowej o wartości nie mniejszej niż 90 000,00 zł. brutto) — na załączniku nr 3 wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego, roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty;

- wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości i kierowanie

robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - na załączniku nr 4.

Zamawiający stwierdził, że uzna ten warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje co najmniej jedną osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy i będzie ona posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności drogowej oraz jedną osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót i będzie posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych bez ograniczeń potwierdzone stosownymi decyzjami, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. 2016.290).

W pkt. 6.3 s.i.w.z. zamawiający stwierdził, że wykonawca, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy, może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. 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 — przedłożone w oryginale do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca dołączył do oferty wszystkie ww. wymagane dokumenty tj. WYKAZ ROBÓT BUDOWLANYCH - Załącznik nr 3 wraz z referencjami oraz WYKAZ OSÓB — Załącznik nr 4 wraz z doświadczeniem zawodowym. Wykonawca dołączył również pisemne zobowiązanie firmy HYDRABUD K.K. jako podmiotu oddającego do dyspozycji zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia oraz osoby zdolnej do wykonania zamówienia tj. Pana K.K. na cały okres realizacji zamówienia, pełniącej funkcję kierownika robót branży instalacyjnej w zakresie gazociągu na podstawie umowy o współpracy.

Na podstawie złożonych w ofercie ww. dokumentów zamawiający uznał, że wykonawca w wystarczający sposób potwierdził fakt skorzystania przez niego z potencjału firmy HYDRABUD w zakresie kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, a treść tych dokumentów potwierdziła realne udostępnienie zasobów.

Zgodnie z treścią przytoczonych dokumentów w realizacji przedmiotowego zamówienia będzie uczestniczył właściciel firmy HYDRABUD, P. K.K., jako kierownik robót w branży instalacyjnej — sieć gazowa, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej m.in. w zakresie sieci gazowych.

W ocenie zamawiającego, osobiste uczestnictwo właściciela firmy, która udostępniła wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy sieci gazowej, zapewni przekazanie posiadanej przez ww. przedsiębiorcę wiedzy i doświadczenia niezbędnej do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów zamawiający stwierdził, że przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego przygotowanie, ogłoszenie oraz wybór wykonawcy, przypadło na okres zmieniającej się ustawy P.z.p. Po podpisaniu umowy o przyznanie pomocy finansowej ze środków UE w ramach PROW na lata 2014-2020, zawartej w dniu 3 1.05.2016 r., ze względu na termin realizacji zadania pn.: „Przebudowa drogi gminnej ulicy Błonie w Wąchocku oraz Przebudowa sieci gazowej w związku z przebudową ulicy Błonie w Wąchocku” do końca roku 2016, konieczne było pilne ogłoszenie przetargu i wyłonienie wykonawcy. Krótki czas przygotowania i prowadzenia w oparciu o nowe akty prawne spowodował, że pracownik zamawiającego prowadzący postępowanie nieświadomie popełnił przedstawione w Informacji pozostałe uchybienia.

Odpowiedź kontrolującego:

Pismem z dnia 27 marca 2018 roku Prezes UZP poinformował zamawiającego, iż podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 1 marca 2018 r., odnośnie naruszenia wskazanego w punkcie nr 2.1. ww. Informacji. Jednocześnie wskazał, iż zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do naruszeń wskazanych w punktach 2.2. — 2.6. Informacji o wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, oceniła zastrzeżenia zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej następczej Prezesa UZP, zważyła, co następuje:

W ocenie Izby argumenty zawarte w zastrzeżeniach zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej należy uznać za bezzasadne.

Możliwość powoływania się przez wykonawców, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na zasoby podmiotów trzecich, regulowana jest przez art. 22a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), który w ust. 1 stanowi, iż wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub

zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Powyższy przepis jest wynikiem wdrożenia postanowień Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: dyrektywa). Zgodnie bowiem z art. 63 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy, w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań.

Możliwość udostępniania wykonawcom zasobów innych podmiotów ma na celu umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tym wykonawcom, którzy sami nie spełniają ustalonych kryteriów kwalifikacji. Konieczność spełniania tychże kryteriów wynika z treści art. 56 ust. 1 lit. b dyrektywy, w myśl którego oferta musi pochodzić od oferenta, który spełnia kryteria kwalifikacji określone przez instytucję zamawiającą zgodnie z art. 58.

Zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W związku z tym, iż ustawodawca w § 9 ust. 1 wskazanego wyżej rozporządzenia uznał, iż zamawiający jest uprawniony do oceny, czy wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym wykonanie zamówienia oraz oceny stosunku łączącego wykonawcę z podmiotami udostępniającymi, wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu winien okoliczności te wykazać.

Ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia nie powinna być dokonywana w oderwaniu od realiów wykorzystania tych zasobów przy realizacji zamówienia, na co wskazuje treść art. 63 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy, stanowiącej o prawie wykonawcy do polegania na zdolnościach innych podmiotów „w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia”. Wymaga przy tym podkreślenia, że zarówno przepisy dyrektywy, jak i przepisy prawa krajowego mają na celu określenie zdolności wykonawcy do realizacji określonego zamówienia. A zatem, możliwość polegania na zasobach innego podmiotu nie stanowi swego rodzaju zwolnienia wykonawcy od wykazania się przed zamawiającym predyspozycjami do realizacji w tym zakresie, ale stanowi szansę na wykazanie się kwalifikacjami przy pomocy innego podmiotu. Zamawiający powinien zatem uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów innego podmiotu realnie będzie uprawniony do korzystania z tych zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez wykonawcę zobowiązaniami innych podmiotów. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę, umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia.

Za niewystarczające dla udowodnienia, na podstawie art. 22a ust. 1 ustawy P.z.p., dysponowania odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie potwierdzenia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, należy przy tym uznać złożenie jedynie oświadczenia o udostępnieniu zasobów, bez wskazania informacji, o których mowa w § 9 ust. 1 rozporządzenia. Ogólne oświadczenie w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą

wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Cytowana wyżej norma nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia dokumentów, o ile zachodzą przesłanki przytoczone w przepisie. Zamawiający może odstąpić od wezwania jedynie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu pomimo uzupełnienia dokumentów lub zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania. Ponieważ w rozpoznawanym przypadku nie zachodziły przesłanki wyłączające konieczność wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowych dokumentów, zaniechanie wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia należy uznać za naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Stwierdzenie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. w rozpoznawanym przypadku przesądza również o naruszeniu przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Fakt niewykazania skutecznego dysponowania zasobami innego podmiotu, mimo że wykonawca na takie zasoby się powołuje, jest jednoznaczny z brakiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zaniechanie wykluczenia takiego wykonawcy stanowi naruszenie wskazanego wyżej przepisu, jak również przepisu art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p., w myśl którego zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba stwierdza, iż w zakresie pozostałych zarzutów wskazanych w informacji zamawiający nie wniósł zastrzeżeń, ograniczając się do stwierdzenia, iż stwierdzone nieprawidłowości wynikały z uchybień popełnionych przez pracownika zamawiającego, czym uznał zasadność zarzutów. Izba rozpoznała zatem wniesione zastrzeżenia jedynie w zakresie zarzutów, których zastrzeżenia dotyczyły.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

.....
.....
.....