

UZP/DKUE/KU/23/16

### Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

<b>Zamawiający:</b>	Miejski Zakład Komunikacyjny w Bielsku - Białej ul. Długa 50 43-309 Bielsko - Biała
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	dostawa
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	dostawa autobusów niskopodłogowych dla potrzeb Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego w Bielsku - Białej
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Wartość zamówienia:</b>	51 488 000,00 zł (12 186 797,32 euro) – całkowita wartość zamówienia, w tym wartość poszczególnych części: <b>Zadanie nr 1:</b> 13 300 000,00 zł (3 148 003,50 euro) <b>Zadanie nr 2:</b> 36 556 000,00 zł (8 652 512,49 euro) <b>Zadanie nr 3:</b> 1 632 000,00 zł (386 281,33 euro)
<b>Środki UE:</b>	Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego, Regionalny Program Operacyjny Województwa Śląskiego na lata 2014 -2020

## **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**

1. Przedmiot zamówienia w Zadaniu nr 2 obejmuje sukcesywną dostawę 38 sztuk autobusów o długości ok. 12 m, zwanych dalej autobusami „MAXI – dwunastometrowymi” w trzech transzach:

- 1. partia 23 szt. wyprodukowanych w 2016 r. – dostarczenie w IV kwartale 2016 r.
- 2. partia 10 szt. wyprodukowanych w 2017 r. – dostarczenie w II kwartale 2017 r.
- 3. partia 5 szt. wyprodukowanych w 2017 r. – dostarczenie w III kwartale 2017 r.

Zamawiający w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Części III pkt 3.2 SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali lub wykonują (w przypadku dostaw okresowych lub ciągłych) dostawy fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej z silnikami o zapłonie samoczynnym (ON) spełniającymi normę czystości spalin Euro 6, w ilości minimum:

- Zadanie Nr 2 – co najmniej trzy dostawy po min. 5 szt. autobusów MAXI – dwunastometrowych każda dostawa.

W toku postępowania jeden z wykonawców zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ – wykonawca przytoczył treść ww. warunku udziału w postępowaniu, po czym zapytał: „Czy Zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu wykonawcę, który wykaże się doświadczeniem dostawy 15 szt. fabrycznie nowych niskopodłogowych dwunastometrowych (MAXI) autobusów komunikacji miejskiej z silnikami o zapłonie samoczynnym (ON) spełniającymi normę czystości spalin Euro 6 w jednej dostawie? Przy czym chcemy zaznaczyć, iż do chwili obecnej wykonawca wyprodukował łącznie 90 szt. autobusów miejskich niskopodłogowych spełniających normę czystości spalin Euro 6”. W odpowiedzi zamawiający poinformował, że podtrzymuje warunki opisane w SIWZ (odpowiedź nr 70 z dnia 04.04.2016 r.).

W toku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o uzasadnienie braku wyrażenia zgody na możliwość wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób zaproponowany przez pytającego wykonawcę, tj. poprzez wykazanie się wykonaniem 15 szt. autobusów, spełniających wszystkie wymagania zamawiającego, ale dostarczonych w ramach jednej dostawy.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, co następuje: „Zamawiający ustalając warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia miał przede wszystkim na uwadze dobro Gminy Bielsko-Biała oraz poczucie odpowiedzialności, że środki finansowe przeznaczone na zakup taboru autobusowego, a w dużym stopniu pochodzące z dofinansowania ze środków unijnych, zostaną uczciwie i rzetelnie wykorzystane.

Dla Gminy Bielsko-Biała zakup 38 autobusów klasy MAXI to ilość stanowiąca prawie 1/3 obecnego taboru autobusowego w komunikacji miejskiej. Jest to inwestycja o kluczowym znaczeniu dla samorządowego zakładu budżetowego, jakim jest Miejski Zakład Komunikacji w Bielsku-Białej.

Mając na uwadze ww. uwarunkowania Zamawiający już na etapie prowadzenia postępowania przetargowego chciał mieć pewność, że wyłoniony w przyszłości Wykonawca zrealizuje kontrakt rzetelnie.

Obecnie na rynku dostawców autobusów z Zadania nr 2 klasy MAXI (dwunastometrowych) istnieje największa rywalizacja. Często producenci tych autobusów zmieniają w danej marce wersje, typy oraz wyposażenie, aby zwiększyć swoją konkurencyjność w stosunku do innych marek. Oczekiwanie przez Zamawiającego wykazaniem się przez Wykonawców referencjami na trzy dostawy po co najmniej pięć sztuk autobusów, zamiast jednej dostawy na 15 sztuk jest uzasadnione merytorycznie oczekiwaniem Zamawiającego, aby Wykonawcy wykazali posiadanie zdolności do rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania zamówienia.

Zamawiający oczekiwał, aby poprawna realizacja zamówienia, objętego referencjami, nie była kwestią incydentalną czy jednorazową, lecz aby Wykonawcy potrafili udokumentować, iż konsekwentnie i co najmniej trzykrotnie potrafili realizować – bez zastrzeżeń – wygrane zamówienia publiczne. W ocenie Zamawiającego jednorazowe wykonanie zamówienia nie świadczy jeszcze o tym, że danemu Wykonawcy można przypisać cechę wiarygodności biznesowej. (...).”

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego 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. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerzego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. 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. Zauważyć należy, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest formułowanie opisu warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób bowiem zamawiający wyznacza pewien zakres decydując o tym, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których droga ta będzie zamknięta.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Należy podkreślić, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis warunków proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można zatem dokonywać opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że celem opisania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w kontrolowanym postępowaniu powinno być zbadanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania określonej liczby autobusów, nie zaś zbadanie ilości dostaw, w ramach których dostarczył daną liczbę autobusów. Jeśli zatem zamawiający określił w warunku, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać się wykonaniem łącznie min. 15 szt. autobusów (3 dostawy po min. 5 szt. autobusów), bez znaczenia pozostaje kwestia, czy dostarczył je w ramach jednej czy większej ilości dostaw. Podobnie, nieistotna pozostaje kwestia, jaką liczbę autobusów dostarczył w ramach każdej z tych dostaw, bowiem z punktu widzenia zbadania zdolności wykonawcy do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia najważniejsze jest, aby wykonał łącznie 15 sztuk pojazdów. W ocenie Prezesa Urzędu nie ma bowiem znaczenia, w ramach ilu dostaw wykonawca dostarczył autobusy – o jego wiedzy i doświadczeniu świadczy tylko i wyłącznie łączna liczba wykonanych autobusów, spełniających wszystkie wymagania zamawiającego. Nie można również uznać, aby sam proces dostarczenia autobusów (pojedyncza dostawa) był na tyle skomplikowaną czynnością, żeby koniecznym stało się zbadanie zdolności wykonawcy do wykonania określonej liczby dostaw. Z tego samego powodu nie ma znaczenia, że w kontrolowanym postępowaniu dostawa autobusów będzie odbywać się w ramach trzech transz, bowiem nie sposób uznać, że sam podział dostawy na 3 etapy jest na tyle skomplikowany i specyficzny, że prawidłowo wykonałby je tylko wykonawca, który posiada doświadczenie w realizacji trzech odrębnych od siebie dostaw.

Co więcej, zamawiający nie wykazał w wyjaśnieniach złożonych Prezesowi Urzędu, że wykonawca posiadający doświadczenie zdobyte w ramach mniej niż trzech dostaw na co najmniej 5 sztuk autobusów każda nie dawałby rękojmi należytej realizacji zamówienia. Nie można zgodzić się z zamawiającym, iż „jednorazowe wykonanie zamówienia nie świadczy jeszcze o tym, że danemu Wykonawcy można przypisać cechę wiarygodności biznesowej”. Z punktu widzenia opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia istotne jest bowiem tylko to, ile autobusów spełniających wszystkie techniczne wymagania wykonał łącznie wykonawca.

W konsekwencji wymóg, aby wykonawca wykazał się co najmniej trzema dostawami po min. 5 sztuk autobusów MAXI spowodował, że w postępowaniu nie mogli brać udziału wykonawcy, którzy posiadali ww. doświadczenie, tj. wykonali 15 lub więcej sztuk autobusów wymaganych przez zamawiającego, ale w ramach mniejszej niż wymagana liczby dostaw oraz innej niż wymagana liczby sztuk w każdej dostawie. Opisany przez zamawiającego warunek wiedzy i doświadczenia spowodował zatem, że o zamówienie nie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadali odpowiednie doświadczenie i byliby zdolni do realizacji przedmiotu zamówienia. Należy raz jeszcze podnieść, że wykonawca, który w ramach np. dwóch dostaw wykazałby się należyłą realizacją min. 15 szt. autobusów nie daje mniejszej gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia niż wykonawca, który wykaże się wykonaniem min. 5 szt. autobusów w ramach każdej z co najmniej 3 dostaw. Jednocześnie należy podkreślić, że zamawiający nie udowodnił, że wykonawca, który wykazałby spełnienie opisanego warunku w ramach mniej niż trzech dostawach nie dawałby rękojmi należytej realizacji zamówienia.

W związku z powyższym, niedopuszczenie przez zamawiającego możliwości wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia poprzez wykonanie min. 15 sztuk autobusów w ramach mniej niż 3 dostaw i jednocześnie narzucenie minimalnej liczby autobusów w ramach każdej z dostaw, jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i jednocześnie mogło utrudnić uczciwą konkurencję, a tym samym stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2. W części III pkt 1 ppkt I SIWZ oraz w punkcie III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zamieścił następującą informację: „Jeżeli, w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie

określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób – tj. informację określoną w § 2 ust. 2 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2009 r., nr 226, poz. 1817), nieobowiązującego już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania.

Mając na uwadze fakt, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 4 marca 2016 r., tj. po dacie wejścia w życie 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), należy zauważyć, iż w treści § 3 ust. 3 obecnie obowiązującego rozporządzenia została wprowadzona zmiana w stosunku do brzmienia § 2 ust. 2 poprzednio obowiązującego rozporządzenia, polegająca na rezygnacji z wymogu, aby notariusz był notariuszem działającym w obszarze miejsca zamieszkania osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10-11 ustawy Pzp. Powyższa regulacja umożliwia składanie zaświadczeń przez ww. osoby przed polskimi notariuszami, jak również przed notariuszami kraju, w którym aktualnie przebywają te osoby.

Z uwagi na powyższe, zawarcie przez zamawiającego powyżej przytoczonej informacji w części III pkt 1 ppkt I SIWZ oraz w punkcie III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu stanowi naruszenie § 3 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

Ponadto informuję, że stosownie do treści art. 171a ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.