

Sygn. akt KIO/KU 59/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 listopada 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 października 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie

dotyczących informacji o wyniku kontroli Uprzedniej z dnia 13 października 2015 r., (znak: UZP/DKUE/KU/99/15) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

projekt i budowę drogi S-6 na odcinku węzeł „Kołobrzeg Zachód” (bez węzła) – węzeł „Ustronie Morskie” z węzłem oraz „Budowa obwodnicy m. Kołobrzeg w ciągu drogi krajowej nr 11”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Aneta Młacka
	Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany Prezesem UZP), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie w trybie przetargu ograniczonego na *projekt i budowa srogi S-6 na odcinku węzeł „Kołobrzeg Zachód” (bez węzła) – węzeł „Ustronie Morskie” (z węzłem) oraz „Budowa*

obwodnicy m. Kołobrzeg w ciągu drogi krajowej nr 11”, którego szacunkowa wartość została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 593.350.019,24 zł netto (w tym wartość zamówień uzupełniających 197.783.339,75 zł. netto), stanowiącą równowartość 140.441.198,43 euro.

Pismem z dnia 13 października 2015 r. Prezes UZP doręczył Zamawiającemu informację o wyniku kontroli uprzedniej, oznaczonej sygnaturą UZP/DKUE/KU/99/15, w której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez bezpodstawne wezwanie wykonawców Budimex S.A., Heilit + Woerner Sp. z o.o./Strabag Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. do wyjaśnień w przedmiocie umów cywilnoprawnych zawartych bezpośrednio z osobami wskazanymi do pełnienia funkcji w procesie budowlanym, w sytuacji gdy innego wykonawcy w analogicznym zakresie nie wzywał. Jednocześnie Prezes UZP zaznaczył, iż naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zasadniczą podstawą stwierdzonego naruszenia przepisów Ustawy Pzp były wyjaśnienia Zamawiającego udzielone w toku kontroli, a dotyczące przyczyn dla których Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy Metrostav a.s. o wyjaśnienie podstawy dysponowania osobą wskazaną na stanowisko Kierownika Budowy w uzupełnionym wykazie osób. Zamawiający wskazał, że „(...) ze złożonych dokumentów jednoznacznie wynika, na jakich zasobach innych podmiotów wykonawca polega wskazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak również dokumentów złożonych przez wykonawcę Metrostav a.s. w wyniku wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wykonawca wyraźnie wyróżnił (...) sytuacje, w których polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, od sytuacji, w której polegał na własnych zasobach. Na potwierdzenie powyższego wskazać należy, że w formularzu potencjał kadrowy w kolumnie 7 jako podstawę dysponowania wykonawca wpisał „zobowiązanie”, załączając jednocześnie stosowne zobowiązanie (...). Wpisując „umowa zlecenie” w kolumnie 7 uzupełnionego formularza 3.3 „potencjał Kadrowy”, wykonawca wyraźnie rozróżnił tę formę dysponowania (bezpośrednią) od dysponowania osobami udostępnionymi przez inny podmiot (pośrednio). Dodatkowo podkreślić należy, iż zamawiający oparł swoją ocenę także na powszechnym rozumieniu definicji umowy zlecenia, tj. umowy zawieranej z osobą fizyczną, a zatem jako bezpośredniej formy dysponowania daną osobą (...)”. Zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż nie powziął wątpliwości odnośnie formy dysponowania przedstawionym w uzupełnionym dokumencie zasobem kadrowym.(...)”.

W analogicznej sytuacji, tj. wskazania umowy zlecenia jako podstawy dysponowania osobą na stanowisko Głównego Projektanta Mostowego, Zamawiający wezwał wykonawcę

Budimex na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia, czy umowę zlecenia wykonawca zawarł bezpośrednio z osobą, tj. czy dysponuje nią bezpośrednio. Również w odniesieniu do dwóch kolejnych wykonawców, którzy wskazali umowy cywilnoprawne, jako podstawy dysponowania, zamawiający wyjaśniał czy umowy zostały zawarte bezpośrednio z osobami mającymi pełnić funkcje w procesie projektowym i budowlanym.

Pismem z dnia 19 października 2015 r. Zamawiający zgłosił Prezesowi UZP umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach odniósł się do zasadniczej podstawy zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp na jakiej oparł swoje stanowisko Prezes UZP, tj. stwierdzeniu, iż Zamawiający różnie traktował wykonawców wzywając trzech do złożenia wyjaśnień i nie kierując takiego wezwania do jednego wykonawcy, który znajdował się w analogicznej sytuacji. Zamawiający odwołał się do uzasadnienia wyroku ETS z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C 599/10, w którym wskazano, że „(...) Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecjonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub de faworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane (...)”.

Zamawiający podniósł, iż wezwania kierowane w pismach z dnia 13.04.2015 r. do Budimex S.A., Helit+Woernen Strabag Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. miało na celu wyjaśnienia podstawy dysponowania osobami przy których zaznaczono umowę zlecenia lub umowę cywilnoprawną. Zdaniem Zamawiającego działanie to mogło być uznane co najwyżej jako nadmiarowe, natomiast nie sposób się zgodzić z tym, iż naruszył on podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych. Wykonawcy byli wzywani tymi samymi pismami do złożenia również innych wyjaśnień dotyczących przedłożonych wykazów „Potencjału Kadrowego”, a udzielenie dodatkowej odpowiedzi nie wiązało się z narażeniem wykonawców na koszty oraz wydłużeniem procedury przetargowej. Wykonawca Metrostav a.s. przedłożył w dniu 16.04.2015r. poprawiony wykaz, w którym obok osoby na stanowisko Kierownika Budowy jako podstawę dysponowania wskazał „umowę zlecenia”. Zamawiający nie miał już wątpliwości co do formy dysponowania zasobem kadrowym i mając pewność co do sposobu w jaki należy ten dokument rozumieć nie zdecydował się w sytuacji analogicznej, która wystąpiła później wzywać tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający w ten sam sposób zweryfikował spełnianie warunków udziału w postępowaniu i tak samo ocenił wykonawców, nie ma zatem postaw do kwestionowania

czynności przeprowadzonych w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Pismem z dnia 29 października 2015 r. znak: UZP/DKUE/W3/420/98(11)/15/JW dot. KU/99/15 Prezes UZP zawiadomił Zamawiającego, iż nie uwzględni zastrzeżeń, przekazując swoje stanowisko w dniu 29 października 2015 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Prezes UZP odnosząc się do zastrzeżeń dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy i argumentacji prezentowanej w piśmie z dnia 19.10.2015 r. uznał, iż stanowisko Zamawiającego zawiera sprzeczności. Z jednej strony Zamawiający określił swoje zachowanie jako „co najwyżej nadmiarowe”, przyznając iż było ono skierowane wobec niektórych wykonawców przy braku takiego działania w stosunku do wykonawcy znajdującego się w analogicznej sytuacji, co nie jest niczym innym, jak naruszeniem podstawowej zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Ustawy. Zamawiający na podstawie wyjaśnień udzielonych przez trzech wykonawców mógł jedynie utwierdzić się co do intencji tych wykonawców, nie mogły one natomiast przesądzać z góry, że czwarty wykonawca odpowie tak samo na wezwanie Zamawiającego. W takiej sytuacji nieuzasadnione było odstąpienie od żądania złożenia przez jakiegokolwiek wykonawcę wyjaśnień dotyczących złożonych przez niego dokumentów (tu: wykazu osób) z uwagi na uzyskane już w analogicznym zakresie wyjaśnienia od innych wykonawców, co doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców. Tylko wykonawca, który złożył dokument (oświadczenie) jest w stanie potwierdzić lub zaprzeczyć, czy Zamawiający w prawidłowy sposób odczytuje jego treść, a tym samym zawarte w nim informacje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia, miała na uwadze następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zastrzeżenia Zamawiającego odnoszą się do stwierdzonego w wyniku kontroli naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawy Pzp). Naruszenie do jakiego dopuścić się miał Zamawiający polegać miało na nierównym traktowaniu wykonawców, do jakiego doprowadzić miało wezwanie części wykonawców z pominięciem jednego, do wyjaśnienia analogicznej treści wykazu potencjału kadrowego, w celu ustalenia zasad dysponowania osobami, przy których zaznaczono umowę zlecenia lub umowę cywilnoprawną. Prezes UZP nie stwierdził przy tym, aby naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Izba ustaliła, iż każdy z wykonawców, co do których Zamawiający miał dopuścić się naruszenia zasady równego traktowania został zaproszony do złożenia oferty, a tym samym Zamawiający ocenił, iż spełniają oni warunku ubiegania się o zamówienie.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba uznała za zasadne wydanie opinii, w której przychyliła się do stanowiska Zamawiającego.

Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców stwierdzone w informacji o wyniku kontroli zostało wywiedzione z czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, polegających na wyjaśnieniu treści wykazów osób. Przy takiej konstrukcji zarzutu brak stwierdzenia, iż Zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy Metrostav a.s. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, znacząco wpływał na ocenę zasadności zastrzeżeń. Ustalenia Prezesa UZP co do przebiegu procedury nie były sporne i wynika z nich, iż zdaniem kontrolującego Zamawiający powinien był wezwać Metrostav a.s. do wyjaśnienia treści oświadczenia, w którym wskazał na stosunek zlecenia, jako podstawę do dysponowania potencjałem osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy.

Punktem wyjścia przy ocenie czynności (zaniechania) Zamawiającego była treść normy prawnej zawartej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w którym to przepisie wskazuje się, iż *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.* Przy wykładni tego przepisu wskazuje się na konieczność powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości dotyczących treści dokumentów wymagających wyjaśnienia i ich wskazania w wezwaniu. Jako naruszające art. 26 ust. 4 ustawy Pzp uznaje się zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentu, jeżeli okoliczności budzące wątpliwości prowadzą następnie do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Taki kierunek wykładni został zawarty w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 01.09.2014 r., sygn. akt KIO 1703/14, w którym stwierdzono, iż *brak realizacji przez Zamawiającego ustawowego obowiązku nie może być przyczyną do podjęcia negatywnych decyzji wobec wykonawcy. Skoro ustawodawca zagwarantował wykonawcy możliwość rozwiania wątpliwości co do złożonych dokumentów i oświadczeń, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, to Zamawiający uprawnienia tego nie może pomijać.* Przenosząc powyższe wywody na stan faktyczny w niniejszej sprawie, o naruszeniu obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp., można byłoby mówić, jeżeli zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień przez Metrostav a.s. skutkowało wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania, co nie miało miejsca. Ewentualną podstawą do formułowania zarzutu naruszenia zasady równego traktowania wykonawców mogłoby być również ustalenie, iż Zamawiający w różny sposób ocenił dokumenty składane w postępowaniu, przy analogicznych zapisach. Taka sytuacja również nie wystąpiła, a jedyną podstawą zarzutu jest wskazany brak konsekwencji w postępowaniu Zamawiającego, bez odniesienia się merytorycznie do podstawy wezwania skierowanego do części wykonawców. Zamawiający przyznał, iż wyjaśnienia jakich udzieliła

część wykonawców rozwiła wątpliwości, co do wykładni treści oświadczeń, a same wezwania w tym zakresie kierował z ostrożności. Zamawiający po uzupełnieniu dokumentu przez Metrostav a.s. nie zdecydował się już na wezwanie tego wykonawcy, przyjmując analogiczny jak przy wnioskach innych wykonawców, sposób rozumienia treści zawartej w wykazie osób. W ocenie Izby, brak jest przesłanek do stwierdzenia, iż Zamawiający w nierówny sposób potraktował wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji. Samo wezwanie (zaniechanie) do złożenia wyjaśnień, bez ustalenia jego wpływu na dalsze czynności podjęte w postępowaniu, nie czyni jeszcze postępowania Zamawiającego niedopuszczalnym w takim stopniu, aby mówić o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wadliwość konstrukcji zarzutu formułowanego w informacji o wyniku kontroli wynika również z przywołanego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wyroku ETS z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C 599/10, w którym wskazano, że *„(...) Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecjonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub de faworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane (...)”*. Ponieważ zastrzeżeń kontrolującego nie budziła sama ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zarzut sprowadza się faktycznie do wskazania na brak konsekwencji Zamawiającego w ustaleniu konieczności wyjaśnienia elementu oświadczenia woli, Izba uznała iż nie ma podstaw do stwierdzenia, aby Zamawiający faworyzował lub dyskryminował jakiegoś wykonawcę w postępowaniu. Skoro uzyskane od części wykonawców informacje pozwoliły na przeprowadzenie spójnej i prawidłowej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, brak jest podstaw do stawiania zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp. Konkludując, przy braku podstaw do stwierdzenia, że zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień, co do treści wykazu Metrostav a.s. wpłynęło na podjęcie błędnej decyzji co do dopuszczenia tego wykonawcy do udziału w postępowaniu i złożenia oferty, zasadnym było uwzględnienie zastrzeżeń Zamawiającego.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....