



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Hubert Nowak

DKZP.WKZ1.442.33.2023.AI

KND/36/23/DKZP

Pan

Maciej Kędziński

Wójt Gminy Wapno

ul. Solna 1/3

62 - 120 Wapno

W odpowiedzi na pismo z dnia 11 marca 2024 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „**Przebudowa ulicy Długiej w miejscowości Wapno od km 0+910 do km 1+427,21**”, uprzejmie informuję, że podtrzymuję stanowisko dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 128 ust. 1 w związku z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy [REDAKTOWANE] do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a w konsekwencji – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 lutego 2024 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ1.442.33.2023.AI.

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach podkreślił, że w ramach prowadzonej kontroli doraźnej Urząd Zamówień Publicznych stwierdził nieprawidłowość związaną z zakresem przedstawionego przez Wykonawcę [REDAKTOWANE] wykazu osób oraz dokumentów referencyjnych. Gmina Wapno, jako Zamawiający, nie zgadza się z wynikami kontroli doraźnej.

Odnosząc się do kwestii związanej z wykazem osób, należy mieć na uwadze, że przedstawiony przez Wykonawcę zakres wykształcenia poszczególnych osób, nie wyklucza możliwości posiadania kompetencji związanych z uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej m.in. w zakresie ograniczonym. Wykonawca składając oświadczenia, w tym m.in. poprzez złożenie odpowiednich dokumentów, w dobrej wierze, zgodnie z zasadami postępowania, przyznaje, że spełnia określone przesłanki. Na uwadze należy mieć przy tym, że Wykonawca przystępując do przetargu zdaje sobie sprawę z wymogów, jakie będą na nim ciążyć. Pobieźna analiza ogólnodostępnych rejestrów takich jak np. CEIDG, pozwala stwierdzić, że Wykonawca działa na rynku już od 2014 r. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w zgromadzonej dokumentacji sprawy znajdują się także materiały dokumentujące wykształcenie osób, które jest pożądane w zakresie realizacji robót. Nadto, dokumentacja sprawy zawiera wykaz sprzętu specjalistycznego, który używany jest do realizacji robót budowlanych. Organ na etapie prowadzonej kontroli powinien wziąć pod uwagę również owe okoliczności w perspektywie oceny poszczególnych kwalifikacji – niemniej skupił się tylko na analizie konkretnych wskazań czynionych w tabeli. Ocena poszczególnych przesłanek powinna następować przez pryzmat całości materiału zgromadzonego w sprawie – w opinii Zamawiającego to nie nastąpiło.

W mniemaniu Gminy Wapno, nieuzasadnione jest również stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, wedle którego określone referencje nie mogą stanowić podstaw wykazania zakresu prowadzonych przez Wykonawcę robót. Przedstawione referencje mogą stanowić podstawę wyprowadzenia z nich określonych środków. Po raz kolejny należy podkreślić, że analiza zgromadzonego materiału dowodowego pozwalała na przyjęcie, że Wykonawca spełnił wymogi dotyczące przedstawienia robót z danego okresu czasu. Materiał dowodowy należy interpretować w sposób szeroki i odnosić go do całości dokumentacji zgromadzonej w sprawie. Nie ulega nadto wątpliwości, że rzetelna analiza akt sprawy prowadzi do uznania, że Wykonawca sprostał wymogom w zakresie wykazania prowadzonych przez niego robót. Nie można w związku z tym zgodzić się ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, że referencje nie spełniają wymogów dotyczących dokumentacji potwierdzającej wykonanie robót.

W podsumowaniu Gmina Wapno stanęła na stanowisku, że nie doszło do naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 126 ust. 1 u.p.z.p., oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b i c u.p.z.p. Przedstawiony zakres zastrzeżeń nie pozwala na przyjęcie słuszności założeń wyników kontroli doraźnej. W konsekwencji należy uznać, że doszło do nieuprawnionego stwierdzenia naruszeń.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego przywołanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, informuję, co następuje.

W pierwszej kolejności, wskazać należy, iż Zamawiający w treści wniesionych zastrzeżeń nie podniósł nowych okoliczności, które dostarczałyby podstaw do zmiany stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zaprezentowanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Natomiast mając na uwadze fakt, że Zamawiający w zastrzeżeniach podniósł, iż wykonawca składając oświadczenia, w tym m.in. poprzez złożenie odpowiednich dokumentów, w dobrej wierze, zgodnie z zasadami postępowania, przyznaje, że spełnia określone przesłanki należy podkreślić, że zgodnie z treścią art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Ponadto w świetle art. 125 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Dzięki temu, że oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji stanowi tymczasowy dowód zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, wykonawcy nie muszą z góry przedstawiać zamawiającemu całego kompletu dokumentów. Jednocześnie zamawiający jest uwolniony od konieczności weryfikacji podmiotowych środków dowodowych wszystkich wykonawców, zwłaszcza tych, którzy nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia. Wymagane dokumenty składa później jedynie zwycięski oferent (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 274 ust. 1 ustawy Pzp – w zależności od wartości zamówienia).

Podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć jako środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (art. 7 pkt 17 ustawy Pzp). Przez to pojęcie ustawa Pzp rozumie w praktyce określone rodzaje dokumentów, wymienione w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp, które odnoszą się do sytuacji podmiotowej wykonawcy. Sytuacja podmiotowa wykonawcy jest analizowana przez zamawiającego w kontekście spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a także w kontekście podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Do podmiotowych środków dowodowych nie jest zaliczane oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, o niepodleganiu wykluczeniu, o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Co więcej, podkreślić należy, że wskazanie oferty najwyższej ocenionej nie jest tożsame z wyborem oferty najkorzystniejszej. Wskazanie oferty najwyższej ocenionej ma także ten cel, że konkretyzuje wykonawcę, który zostanie wezwany o złożenie środków dowodowych w formie oświadczeń lub dokumentów (chyba, że zamawiający nie określił wymogu składania oświadczeń lub dokumentów w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu, dla zamówień o wartości mniejszej od kwoty w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp). Dopiero w odpowiedzi na to wezwanie dochodzi do przedstawienia stosownych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, ale co istotne, tylko względem jednego wykonawcy (tego, którego oferta została oceniona najwyższą).

W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający w pkt 10.7 SWZ w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.2 SWZ zobowiązał Wykonawców do złożenia:

a) Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz

z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty,

b) Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego zał. 7 do SWZ.

W przedłożonym przez Wykonawcę [REDAKTOWANE] wykazie osób (złożonym wraz z ofertą) wykazano pięciu pracowników o kwalifikacjach zawodowych brukarz, operator maszyn drogowych posiadających uprawnienia do obsługi m. in. koparko – ładowarek, spycharek, przecinarek, zagęszczarek oraz walców drogowych. Należy podkreślić, że w ww. dokumencie nie wykazano, aby którakolwiek z wymienionych osób posiadała uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej min. w ograniczonym zakresie.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania oraz udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień nie wynika, aby Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku dotyczącego zdolności zawodowej osób które miały być skierowane przez Wykonawcę do realizacji

zamówienia, w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności (zał. 7):
Kierownik budowy - kwalifikacje i umiejętności: Wykonawca musi dysponować osobą posiadającą uprawnienia wykonawcze do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej min. w ograniczonym zakresie.

Wobec powyższego, nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że w zgromadzonej dokumentacji sprawy znajdują się także materiały dokumentujące wykształcenie osób, które jest pożądane w zakresie realizacji robót. Ponadto, w zastrzeżeniach do wyników kontroli Zamawiający nie powołuje się na żaden konkretny dokument dotyczący uprawnień w zakresie kierowania robotami budowlanymi. Wskazuje jedynie na ogólnodostępny rejestr CEIDG oraz na wykaz sprzętu specjalistycznego.

Co więcej, należy podnieść, że powoływanie się przez Zamawiającego na fakt, iż Wykonawca przystępując do przetargu zdaje sobie sprawę z wymogów, jakie będą na nim ciążyć nie uzasadnia zaniechania wykonania czynności do których jest zobowiązany Zamawiający przepisami ustawy Pzp.

Z kolei, odnosząc się do stanowiska Gminy Wapno, że przedstawione referencje mogą stanowić podstawę wyprowadzenia z nich określonych środków (w domyśle wniosków) należy wskazać, że wielokrotnie w orzecznictwie zwracano uwagę, że rolą referencji jest potwierdzenie należytego wykonania umowy, co wynika wprost z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia ministra rozwoju, pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonuje się poprzez wykaz wykonanych robót/usług stanowiący oświadczenie wykonawcy, w którym przedstawia on informacje na temat wykazywanej usługi, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Natomiast dokument referencji nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, lecz jedynie należytego wykonania zamówienia.

Abstrahując od powyższego oraz mając na uwadze fakt, iż Zamawiający uważa, że treść dokumentu referencyjnego z dnia 14 lutego 2023 r. była wystarczająca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dotyczącej wiedzy i doświadczenia warto odnieść się do samej treści ww. dokumentu. Zatem, należy wskazać, że nawet treść referencji:

Firma [REDAKTOWANE] w latach 2018 do 2020, wykonywała roboty na terenie Zakładu [REDAKTOWANE], polegające między innymi na: układaniu kostki betonowej, płyt ażurowych, utwardzeniu placu warsztatowego, wykonaniu muru oporowego i schodów betonowych.

Roboty zostały wykonane terminowo, solidnie, zgodnie ze sztuką budowlaną, normami i obowiązującymi przepisami.

Wartość wykonanych robót wyniosła 220 000,00 zł.

Firma [REDAKTOWANE] dała się poznać jako rzetelny i fachowy wykonawca.

nie potwierdzała określonego w pkt 8.2 SWZ warunku udziału w postępowaniu (jedną robotą budowlaną polegającą na budowie drogi lub chodnika lub ścieżki pieszo- rowerowej o wartości min. 200 000 zł brutto). W szczególności należy zwrócić uwagę na wyrażenia określające postawiony przez Zamawiającego warunek, tj. „jedną robotę” oraz „na budowie drogi lub chodnika lub ścieżki pieszo- rowerowej”. Z dokumentu referencyjnego złożonego przez Wykonawcę [REDAKTOWANE] wynika, że realizował on roboty polegające na układaniu m.in. kostki betonowej za łączną wartość robót 220.000,00 zł. Na podstawie tych informacji nie sposób stwierdzić czy była to jedna robota czy wiele prac oraz czy układanie kostki brukowej, płyt ażurowych itd. było prowadzone w ramach budowy drogi, chodnika lub ścieżki rowerowej czy też może w ramach utwardzenia placu, parkingu na terenie Zakładu [REDAKTOWANE].

Ze względu na ww. wątpliwości należy podkreślić, że treść referencji nie musi w całości potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie taka jest rola tego dokumentu. Należy podkreślić, że referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zamówienia. Przedmiotowa referencja potwierdzała należyte wykonanie zamówienia, niemniej jednak jej treść (mimo zapewnień Zamawiającego) nie potwierdzała i nie musiała potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

Zatem, ponownie należy podkreślić, że to nie referencje lub inne dokumenty których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz robót budowlanych (którego nie złożono) stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

W związku z powyższym, należy wskazać, że poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy [REDAKTOWANE] do złożenia podmiotowych środków dowodowych (wykazu robót oraz wykazu osób) potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający naruszył przepis art. 128 ust. 1 w związku z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp,

a w konsekwencji – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c) ustawy Pzp.

Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę i udzielił zamówienia wykonawcy ██████████, którego oferta podlegała odrzuceniu.

W nawiązaniu do uwag Zamawiającego, iż *ocena poszczególnych przestępstw powinna następować przez pryzmat całości materiału zgromadzonego w sprawie oraz iż materiał dowodowy należy interpretować w sposób szeroki i odnosić go do całości kształtu dokumentacji zgromadzonej w sprawie* należy wskazać, że zgodnie z art. 605 ust. 3 ustawy Pzp stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całości materiału zebranego w toku kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem czy też wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego.

Tym samym podkreślić należy, że badając występujący w sprawie stan faktyczny, kontrolujący brał pod uwagę wszelkie dokumenty oraz wyjaśnienia przedstawione przez zamawiającego w toku przeprowadzanej kontroli. Celem wspomnianej analizy było rozstrzygnięcie, czy w oparciu o uzyskane oświadczenia i dokumenty należało uznać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie doszło do naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów Pzp.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 8 kwietnia 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 7/24) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 lutego 2024 r. nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp, uprzejmie informuję, że ostatecznie nie uwzględniam zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w sprawie

postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Przebudowa ulicy Długiej w miejscowości Wapno od km 0+910 do km 1+427,21”.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 7/24).

W załączeniu:

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 7/24).