



Wyniki przeprowadzonych w 2016 r.
przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
kontroli zamówień współfinansowanych
ze środków Unii Europejskiej

Spis treści:

Dział I – Zagadnienia ogólne.

| | | |
|-----|--|---|
| I | Podstawa prawna prowadzenia kontroli przez Prezesa UZP | 4 |
| II | Statystyka kontroli za 2016 rok | 5 |
| III | Wyniki kontroli | 9 |

Dział II – Przykłady naruszeń.

| | | |
|--------------|---|----|
| IV.1. | Naruszenia dotyczące stosowania zmian umowy oraz trybu z wolnej ręki.. | 13 |
| IV.1.1. | Udzielenie nowego zamówienia w drodze aneksu do umowy na budowę parkingu wielopoziomowego | 13 |
| IV.1.2. | Zmiana umowy w zakresie materiałów użytych do przebudowy grobli oporowej jeziora | 15 |
| IV.1.3. | Udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp..... | 19 |
| IV.2. | Naruszenia dotyczące oceny ofert | 21 |
| IV.2.1. | Uzupełnianie KRK | 21 |
| IV.2.2. | Wykazanie środków finansowych lub zdolności kredytowej..... | 23 |
| IV.2.3. | Udostępnienie doświadczenia poprzez doradztwo i consulting w postępowaniu na roboty budowlane | 24 |
| IV.2.4. | Udostępnienie doświadczenia przy braku podwykonawstwa w postępowaniu na roboty budowlane..... | 26 |
| IV.2.5. | Udostępnienie zdolności finansowej..... | 28 |
| IV.2.6. | Badanie rażąco niskiej ceny..... | 29 |
| IV.2.7. | Uzupełnienie informacji o gwarancji w formularzu oferty i wzorze umowy..... | 31 |
| IV.2.8. | Badanie czynu nieuczciwej konkurencji | 32 |
| IV.3. | Naruszenia dotyczące warunków udziału w postępowaniu | 35 |
| IV.3.1. | Opis warunku doświadczenia w zakresie dostaw z okresu ostatnich 2 lat przed terminem składania ofert | 35 |
| IV.3.2. | Opis warunku zdolności finansowej i ubezpieczenia nieproporcjonalny do wartości szacunkowej zamówienia..... | 37 |
| IV.3.3. | Opis warunku zdolności finansowej i ekonomicznej, w tym w stosunku do oferty składanej przez konsorcjum | 38 |
| IV.3.4. | Opis warunku doświadczenia w zakresie ilości dostaw..... | 40 |
| IV.3.5. | Opis warunku doświadczenia w zakresie ilości dostaw i ilości sztuk autobusów w ramach każdej dostawy..... | 41 |
| IV.3.6. | Opis warunku doświadczenia w zakresie wykazania robót niezwiązanych z robotami objętymi przedmiotem zamówienia..... | 43 |
| IV.3.7. | Opis warunku ubezpieczenia na kwotę nie mniejszą niż wartość złożonej oferty | 44 |
| IV.4. | Naruszenia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia | 45 |
| IV.4.1. | Opis przedmiotu zamówienia na dostawę pomocy dydaktycznych..... | 45 |
| IV.4.2. | Opis przedmiotu zamówienia na dostawę foteli kinowych..... | 47 |
| IV.4.3. | Opis przedmiotu zamówienia na dostawę symulatorów pacjenta..... | 49 |
| IV.4.4. | Opis przedmiotu zamówienia na budowę farmy fotowoltaicznej..... | 52 |
| IV.4.5. | Opis przedmiotu zamówienia na dostawę koparko-ładowarki..... | 54 |
| IV.5. | Naruszenia dotyczące opisu kryteriów oceny ofert..... | 57 |
| IV.5.1. | Niedoprecyzowane kryterium oceny ofert uniemożliwiające porównanie ofert... | 57 |

| | | |
|----------------|--|-----------|
| IV.5.2. | Jedyne kryterium ceny w postępowaniu na usługi inżyniera kontraktu..... | 61 |
| IV.5.3. | Jedyne kryterium ceny w postępowaniu na usługi rzeczownika patentowego..... | 63 |
| IV.5.4. | Jedyne kryterium ceny w postępowaniu na modernizację drogi..... | 64 |
| IV.5.5. | Jedyne kryterium ceny w postępowaniu na budowę kanalizacji sanitarnej..... | 66 |
| IV.5.6. | Jedyne kryterium ceny w postępowaniu na rozbudowę i modernizację systemu informatycznego..... | 67 |
| IV.5.7. | Jedyne kryterium ceny w postępowaniu na dostawę sprzętu informatycznego... | 69 |
| IV.5.8. | Jedyne kryterium ceny w postępowaniu na dostawę mebli..... | 70 |
| IV.5.9. | Jedyne kryterium ceny w postępowaniu na dostawę wozu strażackiego..... | 71 |
| IV.6. | Naruszenia dotyczące przepisów wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020)..... | 73 |
| IV.6.1. | Procedura odwrócona..... | 73 |
| IV.6.2. | Wskazanie czynności wymagających zawarcia umowy o pracę..... | 75 |
| IV.6.3. | Dokumenty żądane na potwierdzenie niezalegania w opłaceniu podatków i składek..... | 77 |
| IV.6.4. | Dokumenty żądane na potwierdzenie braku likwidacji lub upadłości..... | 79 |
| IV.6.5. | Wypełnienie JEDZ w zakresie obowiązków w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy..... | 80 |
| IV.6.6. | Wypełnienie JEDZ przez podmioty, na których zdolnościach polega wykonawca..... | 82 |
| IV.6.7. | Szacowanie wartości zamówienia w świetle art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.... | 83 |
| IV.6.8. | Formularz ogłoszenia przekazywanego Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej... | 84 |

DZIAŁ I – Zagadnienia ogólne.

I. Podstawa prawna prowadzenia kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Ustawa Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp”, określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, korzystania ze środków ochrony prawnej, zasady prowadzenia kontroli udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w tych sprawach. Zgodnie z art. 152 ust. 1 tejże ustawy centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Szczegółowe kompetencje Prezesa Urzędu wymienia art. 154 ustawy, w którym wskazano m.in., że Prezes czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą.

Z przywołanej powyżej kompetencji ustawowej wynika, iż Prezes Urzędu posiada uprawnienia kontrolne w stosunku do wszystkich zamówień publicznych bez względu na źródło ich finansowania. Ustawodawca określił również w sposób szczegółowy w Rozdziale 3 Działu V ustawy Prawo zamówień publicznych, procedurę prowadzenia takich kontroli przez Prezesa Urzędu. I tak zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z jej przepisami. Oznacza to, że Prezes Urzędu bada wyłącznie **legalność** udzielenia zamówienia, tj. zgodność prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Kontrola co do zasady odbywa się w siedzibie Urzędu na podstawie zgromadzonych w sprawie dokumentów, wyjaśnień oraz opinii biegłych i może mieć charakter kontroli uprzedniej (ex-ante, przed zawarciem umowy z wykonawcą) lub kontroli następczej (ex-post, po zawarciu umowy z wykonawcą).

W zakresie zamówień z udziałem środków unijnych Prezes Urzędu prowadzi:

- kontrole uprzednie obowiązkowe, jeżeli wartość zamówienia jest równa bądź przekracza równowartość w złotych polskich 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych (art. 169 ust. 1 i 2 ustawy),
- kontrole doraźne uprzednie lub następcze wszczynane z urzędu lub na wniosek (bez względu na wartość zamówienia), jeżeli zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 i 4 ustawy Pzp).

Kontrolę doraźną może poprzedzić postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy w postępowaniu doszło do naruszenia mogącego mieć wpływ na wynik postępowania, a zatem – czy zasadne jest wszczęcie kontroli doraźnej.

Kontrola kończy się doręczeniem zamawiającemu informacji o wyniku, w której Prezes Urzędu stwierdza brak naruszeń bądź wskazuje wykryte naruszenia. W przypadku kontroli uprzedniej, przeprowadzanej przed zawarciem umowy z wykonawcą, Prezes Urzędu może dodatkowo wydać zalecenia pokontrolne usunięcia stwierdzonych naruszeń lub unieważnienia postępowania. Natomiast kontrola następcza odbywa się po zawarciu umowy z wykonawcą, dlatego niemożliwe jest wydanie po jej przeprowadzeniu zaleceń wykonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu.

W takim przypadku jednak, w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp w wyniku przeprowadzenia kontroli, Prezes Urzędu:

- zawiadamia rzecznika dyscypliny finansów publicznych, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenie przepisów ustawy Pzp stanowiące czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 168 ze zm.),
- może nałożyć karę pieniężną, jeżeli zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 – 4 ustawy Pzp i w toku kontroli stwierdzono naruszenia wymienione w art. 200 ustawy Pzp,
- może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenia, o których mowa w art. 140 ust. 3, art. 146 ust. 1 i art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, a także o unieważnienie zmiany umowy, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenie art. 144 ust. 1 – 1b, 1d i 1e ustawy Pzp.

W przypadku przeprowadzenia kontroli zamówienia współfinansowanego ze środków UE, o wyniku kontroli – poza podmiotami, na wniosek których kontrola została wszczęta - zawsze informowana jest właściwa instytucja zarządzająca i instytucja pośrednicząca z wyjątkiem regionalnych programów operacyjnych, w których przypadku o wynikach kontroli jest informowana właściwa instytucja zarządzająca.

II. Statystyka kontroli za 2016 rok.

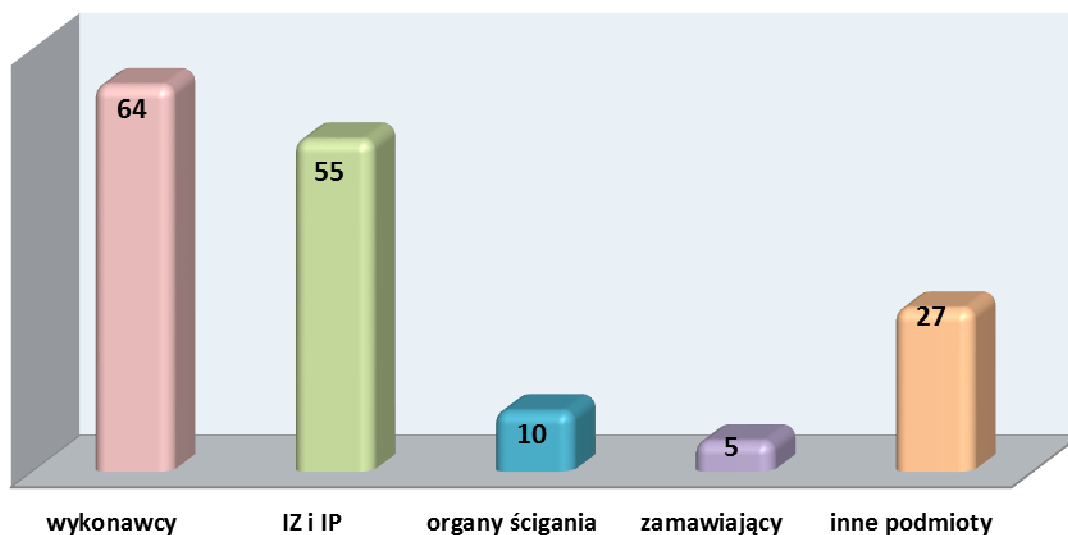
W 2016 r. do Urzędu Zamówień Publicznych **wpłynęło 161 wniosków o przeprowadzenie kontroli doraźnej** zamówień współfinansowanych ze środków UE. Wnioski te kierowali przede wszystkim wykonawcy (64 wnioski), ale także instytucje zaangażowane we wdrażanie funduszy unijnych w Polsce (55 wniosków). Pozostałe wnioski o kontrolę doraźną składały m.in. organy ścigania oraz podmioty nie uczestniczące w danych postępowaniach o udzielenie zamówień (np. osoby prywatne, społeczne komitety protestacyjne, organizacje zrzeszające przedstawicieli określonych zawodów).

Ww. wnioskodawcy podnosili zarzuty¹:

- dotyczące oceny ofert – 27 wniosków,
- dotyczące opisu warunków udziału w postępowaniu – 14 wniosków,
- dotyczące opisu przedmiotu zamówienia – 30 wniosków,
- dotyczące trybu udzielenia zamówienia – 1 wniosek,
- dotyczące braku stosowania ustawy Pzp – 50 wniosków,
- dotyczące zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub siwz – 9 wniosków,
- dotyczące zmian umowy – 5 wniosków,
- dotyczące realizacji umowy – 22 wnioski,
- dotyczące szacowania wartości zamówienia – 6 wniosków,
- dotyczące innych kwestii (np. powiązania między zamawiającym a wykonawcą, odpowiadanie na pytania do siwz) – 30 wniosków,
- dotyczące innych kwestii niż regulowane przepisami ustawy Pzp – 5 wniosków.

¹ Łączna liczba zarzutów jest większa niż 161, gdyż w jednym wniosku może być zawartych kilka różnych zarzutów.

Podmioty wnioskujące o kontrolę zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej



W badanym okresie Prezes Urzędu rozpatrzył **187² wniosków o wszczęcie kontroli doraźnych** zamówień współfinansowanych ze środków UE. W ramach rozpatrywania ww. wniosków przeprowadzono 151 postępowań wyjaśniających mających na celu ustalenie, czy zachodzi podstawa do wszczęcia kontroli doraźnej.

Dodatkowo przeprowadzono też **194 postępowania wyjaśniające wszczęte z urzędu.**

Łącznie, w roku 2016, przeprowadzono zatem **345 postępowań wyjaśniających.**

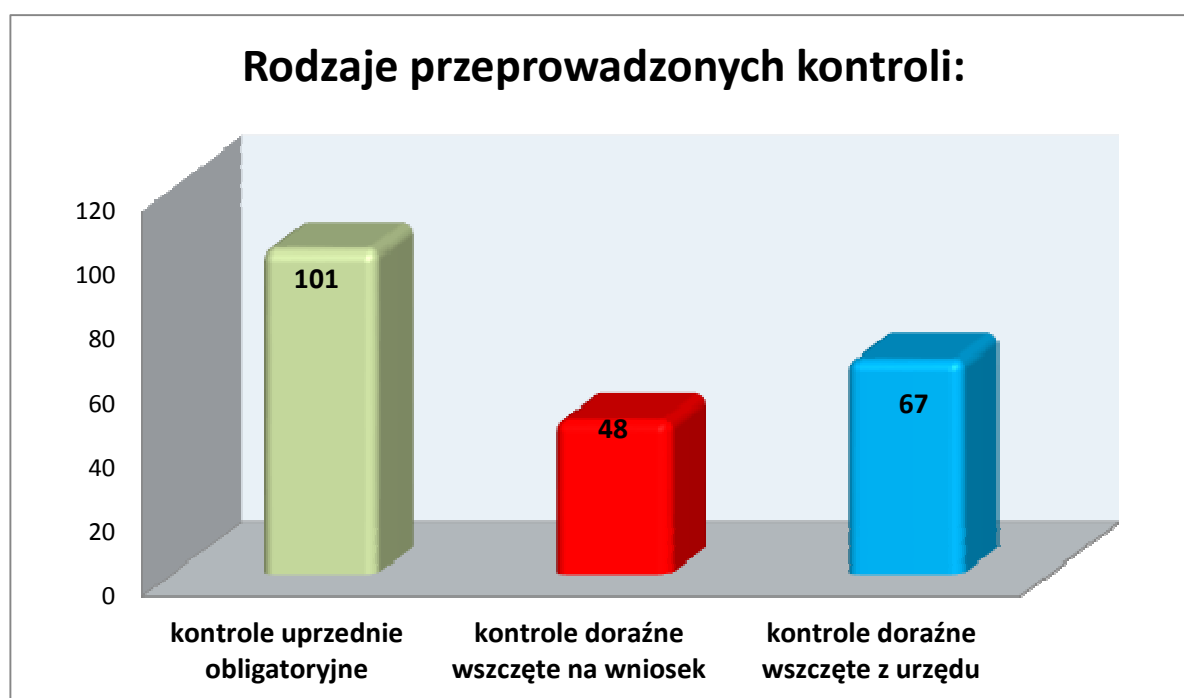
Ostatecznie, na skutek przeprowadzenia omówionych powyżej 345 postępowań wyjaśniających, podjęto i przeprowadzono **115 kontroli doraźnych** następczych zamówień współfinansowanych ze środków UE. Kontrole te zostały wszczęte na wniosek: organów ścigania, tj. prokuratury i CBA (26 kontroli), wykonawców (8 kontroli), instytucji zaangażowanych we wdrażanie programów unijnych (11 kontroli), zamawiających (2 kontrole) i podmiotu nie uczestniczącego w postępowaniu, o którego kontrolę wnosił (1 kontrola). Łączną liczbę 115 kontroli doraźnych następczych, dopełnia liczba 67 kontroli doraźnych przeprowadzonych z urzędu przez Prezesa, które zostały wszczęte głównie w celu zbadania zasadności stosowania przez zamawiających w postępowaniu jako jedynego kryterium ceny.

² Część rozpatrzonych wniosków o kontrolę została wniesiona w 2015 r.

Kontrole doraźne dotyczyły zamówień o wartościach na ogół nie przekraczających tzw. progów unijnych³. Były to głównie zamówienia na roboty budowlane w zakresie budowy sieci kanalizacyjnych, wodociągów czy budowy dróg, ale też zamówienia na dostawy pomocy dydaktycznych, pojazdów specjalnych, sprzętu multimedialnego i oprogramowania. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom doraźnym wyniosła ponad 317 mln zł (w 2015 r. – ok. 156 mln zł).

Ponadto przeprowadzono **101 kontroli uprzednich obligatoryjnych**. Zamówienia objęte tymi kontrolami dotyczyły przede wszystkim inwestycji drogowych, kolejowych i w mniejszym stopniu – kanalizacyjnych oraz energetycznych (gazociągi). Wśród usług dominowały usługi nadzoru, zwłaszcza nad robotami kolejowymi, natomiast wśród dostaw - dostawy autobusów i zespołów trakcyjnych. Zdarzały się też zamówienia na dostawę materiałów do inwestycji kolejowych (np. podkłady strunobetonowe, podsypka tłuczniowa) i żywności dla potrzebujących. Zamówienia objęte kontrolą uprzednią obligatoryjną były najczęściej współfinansowane w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom obligatoryjnym uprzednim wyniosła ponad 25 mld zł (w 2015 r. – ponad 48,7 mld zł).

W sumie w 2016 r. Prezes Urzędu przeprowadził **216 kontroli zamówień współfinansowanych ze środków unijnych** (w 2015 r. – 158 kontroli). **Łączna wartość objętych kontrolą zamówień wyniosła prawie 26 mld zł.**

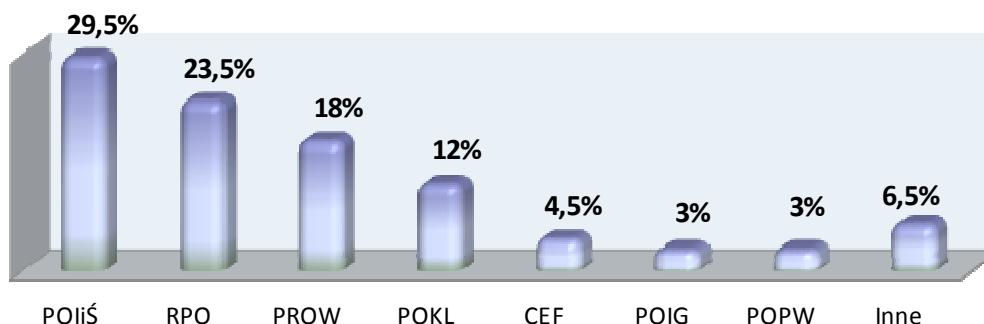


³ Zgodnie z obowiązującym w 2016 r. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28.12.2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2015 r., poz. 2263 ze zm.) progi te wynosiły 135.000 euro lub 209.000 euro lub 418.000 euro dla dostaw i usług – w zależności od rodzaju zamawiającego oraz 5.225.000 euro dla robót budowlanych. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.08.2016 r. dodane zostały też progi dla usług społecznych w wysokości 750.000 euro dla zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz 1.000.000 – dla zamówień sektorowych.

Z analizy kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu wynika, iż kontrole dotyczyły zamówień objętych następującymi programami operacyjnymi:

- 64 zamówienia (ok. 29,5%) z PO Infrastruktura i Środowisko,
- 39 zamówień (ok. 18%) z PROW,
- 26 zamówień (ok. 12%) z PO Kapitał Ludzki,
- 10 zamówień (ok. 4,5%) - Instrument „Łącząc Europę” (CEF),
- 7 zamówień (ok. 3%) – PO Innowacyjna Gospodarka,
- 6 zamówień (ok. 3%) – PO Polska Wschodnia,
- 3 zamówienia (ok. 1,5%) z PO Rozwój Polski Wschodniej,
- 3 zamówienia (ok. 1,5 %) z PO Europejska Współpraca Terytorialna,
- 3 zamówienia (ok. 1,5%) – PO Ryby,
- 2 zamówienia (ok. 1%) z PO Pomoc Żywnościowa 2014 – 2020,
- 1 zamówienie (ok. 0,5%) z PO Inteligentny Rozwój,
- 1 zamówienie (ok. 0,5%) z PO Polska Cyfrowa,
- 51 zamówień (ok. 23,5 %) z Regionalnych Programów Operacyjnych, w tym:
 - 13 zamówień z RPO Województwa Małopolskiego
 - 8 zamówień z RPO Województwa Śląskiego,
 - 6 zamówień z RPO Województwa Zachodniopomorskiego,
 - 4 zamówienia z RPO Województwa Lubelskiego,
 - 4 zamówienia z RPO Województwa Opolskiego,
 - 4 zamówienia z RPO Województwa Podkarpackiego
 - 2 zamówienia z RPO Województwa Mazowieckiego,
 - 2 zamówienia z RPO Województwa Wielkopolskiego,
 - 2 zamówienia z RPO Województwa Świętokrzyskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Pomorskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Kujawsko-Pomorskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Podlaskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Lubuskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Dolnośląskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Warmia i Mazury.

Źródła finansowania zamówień objętych kontrolą Prezesa Urzędu w 2016 r.



III. Wyniki kontroli.

Z analizy rezultatów przeprowadzonych w 2016 r. wszystkich 216 kontroli dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków unijnych, wynika, iż⁴:

W 74 kontrolach (34% z 216) nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp. Przy czym absolutna większość takich przypadków (65) dotyczyła największych zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych.

W 142 skontrolowanych postępowaniach (66% z 216) stwierdzono naruszenia ustawy Pzp, w tym 82 kontrole (38% z 216) wykazały naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania, natomiast 60 kontroli (28% z 216) wykazało naruszenia mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

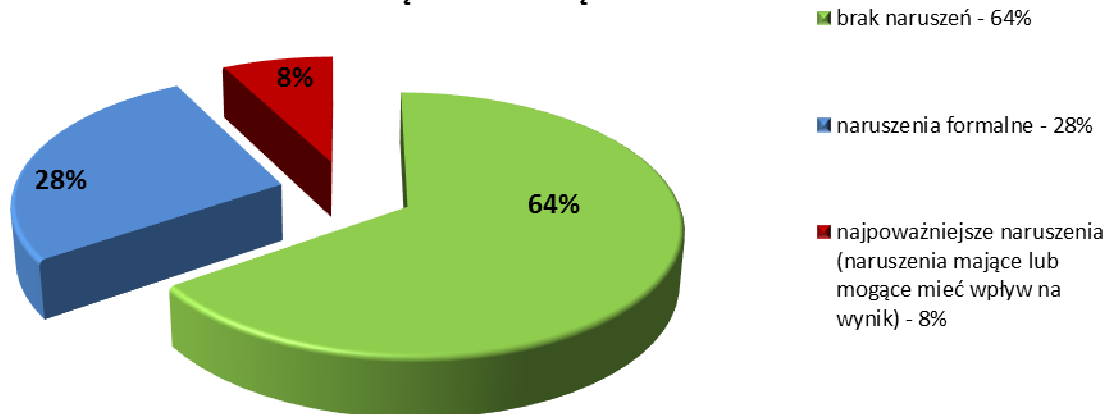
W związku z wykryciem w toku kontroli naruszeń mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania:

- w przypadku 52 kontroli doraźnych następczych, w zależności od rodzaju zamawiającego i rodzaju stwierdzonych naruszeń, zawiadamiano rzecznika dyscypliny finansów publicznych lub wnioskowano o nałożenie kary pieniężnej oraz wnioskowano o wystąpienie do sądu o unieważnienie umowy,
- w przypadku 8 kontroli uprzednich wydawano zalecenia usunięcia ww. naruszeń. Wszystkie zalecenia zostały przez zamawiających wykonane i tym samym przywrócono stan zgodności z prawem.

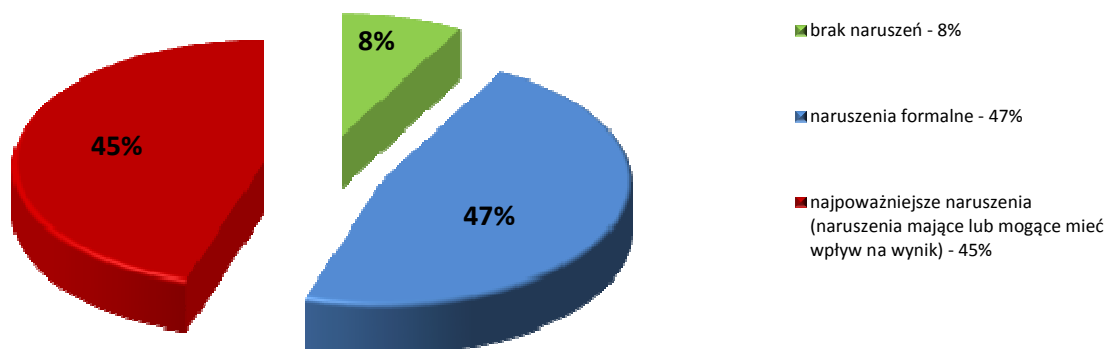
Ponadto, o wyniku każdej kontroli zawsze informowana była właściwa instytucja zarządzająca i instytucja pośrednicząca, a w przypadku regionalnych programów operacyjnych – właściwa instytucja zarządzająca.

⁴ Przedstawiono wyniki ostateczne, po rozpatrzeniu zastrzeżeń zamawiających.

Wyniki 101 kontroli zamówień o wartości co najmniej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych objętych kontrolą Prezesa Urzędu w 2016 r.



Wyniki 115 kontroli zamówień o wartości niższej niż 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych objętych kontrolą Prezesa Urzędu w 2016 r.



W 2016 r. Prezes Urzędu przeprowadził m.in. 115 kontroli doraźnych postępowań o udzielenie zamówień współfinansowanych ze środków UE. 58% z nich (tj. 67 kontroli) zostało wszczętych z urzędu. Powodem wszczęcia kontroli doraźnych z urzędu był m.in. zamiar zbadania zasadności stosowania przez zamawiających jako jedyne kryterium ceny. Chodziło przy tym o sprawdzenie prawidłowości stosowania art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), zgodnie z którym *kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo*

wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Ww. przepis w przytoczonym brzmieniu obowiązywał od 19 października 2014r. do 27 lipca 2016 r. Wobec powyższego ww. kontrolami wszczętymi z urzędu w celu sprawdzenia prawidłowości zastosowania wyłącznie kryterium ceny, objęto postępowania dotyczące zamówień współfinansowanych ze środków UE wszczęte w okresie od listopada 2014 r. do grudnia 2015 r. Kontroli takich wszczęto 53.

Kontrole te wykazały, że w 46 postępowaniach (87%) zastosowano wyłączne kryterium ceny z naruszeniem art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu przytoczonym powyżej. W szczególności w toku kontroli stwierdzano, że zamawiający błędnie uznają określone rodzaje zamówień za powszechnie dostępne i o ustalonych standardach jakościowych, ponadto najczęściej nie sporządzają załącznika do protokołu postępowania, w którym należałoby wykazać, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Przykłady konkretnych naruszeń dotyczących nieprawidłowego zastosowania jedynego kryterium ceny na podstawie ww. przepisu znajdują się w Dziale II pkt IV.5. niniejszego opracowania.

W ramach kontroli doraźnych Prezes Urzędu w 2016 r. wszczął również na wniosek prokuratury 24 kontrole postępowań o udzielenie zamówień na dostawy pomocy dydaktycznych. Kontrole te wykazały, że w większości przypadków (16 kontroli, tj. 67%, przy czym w jednym przypadku KIO uwzględniła zastrzeżenia do wyniku kontroli) pomoce dydaktyczne dla dzieci były opisywane w sposób wskazujący na produkty jednej z dwóch firm. W szczególności opis pomocy dydaktycznych był w znacznej mierze spisywany z ofert handlowych tych firm w sposób uniemożliwiający w praktyce złożenie ofert równoważnych, a dodatkowo część produktów, dla których nie było odpowiedników równoważnych, było dystrybuowanych wyłącznie przez którąś z ww. firm. Efektem takiego opisu przedmiotu zamówienia była możliwość złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu tylko przez jedną z tych firm. Wyniki ww. kontroli pokazały, że naruszenia przepisów skutkujące istotnym ograniczeniem konkurencji i podziałem części rynku pomiędzy dwóch wykonawców występować też mogą w przypadku zamówień o charakterze niszowym i o małych wartościach (średnia wartość szacunkowa tych zamówień wynosiła ok. 40.000 euro).

Ponadto Prezes Urzędu przeprowadził pierwsze kontrole postępowań wszczętych po 28 lipca 2016 r., tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp implementującej nowe dyrektywy unijne 2014/24/UE i 2014/25/UE. Postępowania te, wszczęte zazwyczaj w sierpniu i wrześniu 2016 r., w których wybór najkorzystniejszej oferty następował w listopadzie lub w grudniu 2016 r., z uwagi na współfinansowanie ze środków UE i wartość przekraczającą 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych, zaczęły wpływać do Urzędu w celu przeprowadzenia obligatoryjnej kontroli uprzedniej w końcówce roku 2016. Do końca tego roku przeprowadzono 8 kontroli takich postępowań, zatem nie jest to liczba pozwalająca na wyciąganie wniosków reprezentatywnych dla wszystkich postępowań wszczętych po wejściu w życie ww. nowelizacji, niemniej jednak w tym miejscu można zaprezentować pierwsze spostrzeżenia na temat stosowania przez zamawiających nowych przepisów.

Po pierwsze, zauważyć należy, że zamawiający w większości deklarują stosowanie procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, co przyspiesza i usprawnia proces oceny ofert w przetargu nieograniczonym, gdyż pozwala ograniczyć badanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia i ew. innych dokumentów podmiotowych wyłącznie w stosunku do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Nie stwierdzono większych problemów z wypełnianiem JEDZa przez wykonawców.

Po drugie, zauważyć należy, że znowelizowane przepisy ustawy Pzp przewidują obligatoryjne oraz fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp). Z przeprowadzonych kontroli wynika, że zamawiający, jeżeli w ogóle

stosują fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców, ograniczają się do przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 1 lub pkt 8, tj. możliwości wykluczenia wykonawcy z powodu likwidacji lub upadłości oraz z powodu naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Inne przesłanki fakultatywne nie były stosowane w żadnym z kontrolowanych postępowań. Zamawiający mają jednak problem ze wskazaniem właściwych dokumentów potwierdzających przewidziane przez nich przesłanki wykluczenia, zarówno obligatoryjne, jak i fakultatywne. Przykładowo zamawiający niezasadnie żądają przedłożenia dokumentów, o których mowa w §5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126), zwanego dalej „rozporządzeniem”, tj. zaświadczenia urzędu skarbowego i ZUS-u, w sytuacji, gdy nie przewidzieli stosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Tymczasem ww. zaświadczenia służą potwierdzeniu spełniania tej właśnie fakultatywnej przesłanki, zaś potwierdzeniem przesłanki obligatoryjnej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, jest oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek (§5 pkt 5 rozporządzenia).

Ponadto część kontrolowanych zamawiających nie zauważyła zmiany polegającej na dodaniu w art. 41 punktu 7a, zgodnie z którym ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w siedzibie zamawiającego i na stronie internetowej zawiera wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków oraz brak podstaw do wykluczenia. Zamawiający czasami zamieszczali w ww. miejscach wydruk ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednak w sytuacji, gdy ogłoszenie opublikowane w UPUE nie zawiera wykazu oświadczeń i dokumentów, a ogłoszenie zamieszczane w siedzibie i na stronie internetowej musi taki wykaz zawierać, praktyka ta skutkuje naruszeniem art. 41 pkt 7a ustawy Pzp w stosunku do ogłoszenia zamieszczanego w siedzibie i na stronie internetowej.

W zakresie kryteriów oceny ofert należy zauważyć, że tylko jeden z kontrolowanych zamawiających zdecydował się na zastosowanie wyłącznie kryterium ceny (zamówienie na dostawę żywności), pozostali zastosowali kryterium ceny o wadze 60% lub niższej. Żaden z zamawiających nie zastosował kryterium kosztu.

Zamawiający musieli też po raz pierwszy zmierzyć się z wymogiem określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane czynności, których wykonanie w ramach realizacji zamówienia wymaga zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę (art. 29 ust. 3a i art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp). Zamawiający dokonywali takiego opisu poprzez wskazanie zakresu robót, np. hydrotechnicznych, elektrycznych, ciepłowniczych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych, kanalizacyjnych, drogowych, technologiczno-mechanicznych, do wykonania których wykonawca lub podwykonawca ma zatrudnić pracowników na podstawie umowy o pracę. Zamawiający przewidywali też obowiązek okazywania im dowodów zatrudnienia, tj. umów o pracę lub zgłoszeń do ZUS oraz kary umowne za niedopełnienie ww. obowiązków przez wykonawcę lub podwykonawcę.

Wszystkie kontrole dotyczące postępowań wszczętych po 28.07.2016 r. zakończyły się stwierdzeniem naruszeń ustawy Pzp, jednak podkreślić należy, że były to naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania. Tym samym można stwierdzić, że pierwsi kontrolowani zupełnie dobrze poradzili sobie z nowymi i trudnymi przepisami.

Przykłady konkretnych naruszeń zaistniałych w postępowaniach wszczętych po 28 lipca 2016 r. znajdują się w Dziale II pkt IV.6. niniejszego opracowania.

DZIAŁ II – Przykłady naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV.1. Naruszenia dotyczące stosowania zmian umowy oraz trybów niekonkurencyjnych.

IV.1.1. Przedmiot zamówienia: budowa parkingu naziemnego wielopoziomowego

Wartość zamówienia: 1.778.089,94 zł (442.354,95 euro)

Wszczęcie postępowania: 08.04.2013 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego

Przedmiot kontrolowanego zamówienia został określony w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji II.1) oraz w siwz jako „Przebudowa ulicy Stefana Okrzei - Etap I, budowa parkingu naziemnego wielopoziomowego”. Na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia składały się dokumenty wymienione w załącznikach nr 8 – 10 do siwz tj. projekt budowlany, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz przedmiar robót. Na podstawie tych dokumentów wykonawca miał przygotować m.in. projekt wykonawczy, a następnie wykonać roboty budowlane.

Umowa obejmująca ww. przedmiot zamówienia została zawarta z wykonawcą w dniu 13.06.2013 r. W treści umowy wskazano m.in.:

- w preambule: Celem umowy jest wykonanie robót oraz wszelkich czynności towarzyszących niezbędnych do realizacji budowy parkingu wielopoziomowego przy ul. Stefana Okrzei,
- w § 1 pkt 2 - integralną część umowy stanowią następujące dokumenty: Umowa, SIWZ, dokumentacja projektowa [projekt budowlany, projekty wykonawcze opracowane przez wykonawcę], specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, oferta wykonawcy,
- w § 2 pkt 1 – termin wykonania umowy na dzień 31.03.2014 r.

Aneks nr 1/2015 z dnia 16.01.2015 r. (zawartym po przewidywanym terminie zakończenia ww. umowy) do umowy o zamówienie z dnia 13.06.2013 r. zmieniono przedmiot zamówienia w konsekwencji wprowadzenia projektu zamiennego. Istotą zmiany było odstępianie od budowy parkingu naziemnego i rozpoczęcie realizacji inwestycji polegającej na „budowie parkingu naziemnego – zmiana projektu budowlanego [wykonanie projektu zamiennego]”. Zmianie uległa wartość umowy z 2.259.232,02 PLN brutto na kwotę 709.399,56 PLN brutto. Aneks zmieniono także treść § 1 pkt 2 umowy, tj.: a) usunięto zapisy z ppkt. 2 i 5 stanowiące, że integralną częścią umowy są: specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz oferta wykonawcy, oraz b) wprowadzono nowe brzmienie ppkt. 3 i 5 – integralną częścią umowy uczyniono „Dokumentację Projektową – Projekt zamienny Rozbudowa ulicy Okrzei” oraz kosztorys inwestorski. Termin wykonania umowy ustalono na 25.06.2015 r. Tym samym, zmieniono przedmiot kontrolowanego zamówienia w stosunku do tego, który określono przed terminem składania ofert i na wykonanie którego wyłoniony wykonawca złożył ofertę.

W myśl art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Poprzez zakres świadczenia wykonawcy należy rozumieć konkretny rzeczowy zespół czynności, które

zobowiązany jest on wykonać w określonym w umowie czasie zgodnie z przyjętym harmonogramem za określonym w umowie wynagrodzeniem. Ponadto treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp). Wykładnia powyższych przepisów prowadzi do stwierdzenia, że w świetle ustawy Pzp nie jest dopuszczalne zawarcie umowy w przedmiocie o zakresie innym niż ten określony przez zamawiającego w siwz i przez wykonawcę - w ofercie. Przedmiot umowy nie może zatem wykraczać poza ustalony przez zamawiającego najpóźniej przed otwarciem ofert zakres, nie może być także od niego węższy. Co do zasady, musi być z nim identyczny. Istota tej zasady odnosi się do wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad ogólnych systemu zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym stanie faktycznym świadczenie wprowadzone na mocy „aneksu” nr 1/2015 z dnia 16.01.2015 r. było innym świadczeniem, niż wskazane w pierwotnej umowie. Po pierwsze, zamawiający zmienił projekt budowlany, na podstawie którego wykonawca skalkulował ofertę, w taki sposób, że usunął z niego w szczególności budowę parkingu wielopoziomowego, który określono w przedmiocie zamówienia i w jego miejsce wprowadził parking jednopoziomowy. Po drugie, zmodyfikowano wynagrodzenie wykonawcy, tj. kwota 2.259.232,02 PLN brutto została zmniejszona do kwoty 709.399,56 PLN brutto. Po trzecie, znacznej modyfikacji uległ termin realizacji zadania z 31.03.2014 r. na dzień 25.06.2015 r.

Mając na uwadze powyższą treść art. 140 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że zamawiający zawierając aneks z dnia 16.01.2015 r. udzielił nowego zamówienia w zmienionym zakresie przedmiotowym i dopuścił się naruszenia ww. przepisów ustawy. W ich świetle, nie jest możliwe udzielenie zamówienia w przedmiocie innym niż ten, który był opisany w siwz i który stanowił podstawę sporządzenia ofert wykonania zamówienia.

Ponadto należy podkreślić, że udzielenie nowego zamówienia, jakie nastąpiło w wyniku zawarcia aneksu, w przedmiocie nieodpowiadającym zakresowi prac wskazanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ofercie wykonawcy, stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z wykładnią art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że „zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzedzone powinno zostać przeprowadzeniem postępowania uregulowanego ustawą Pzp. Tymczasem zamawiający jedynie w drodze aneksu, bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielił zamówienia na przedmiot tak istotnie różny od pierwotnego, że w istocie zupełnie nowy. Nie sposób bowiem uznać, że parking wielopoziomowy jest tym samym, co parking zwykły naziemny, jak też nie sposób uznać, że zmiana taka jest tylko np. zmianą parametrów zamówienia. Jest to zupełnie nowa budowla o odmiennej konstrukcji i złożoności w budowie. Skoro zakres przedmiotowy, którego dotyczyła umowa zmieniona aneksem był tak istotnie odmienny od zakresu przewidzianego w siwz, to stanowił de facto inny przedmiot zamówienia. Co więcej, zawierając aneks zamawiający wyłączył dwa kluczowe dokumenty, na podstawie których miało być realizowane świadczenie, tj.: siwz i ofertę wykonawcy. W związku z tym, zamawiający chcąc udzielić zamówienia na zmieniony przedmiot zamówienia, powinien wszcząć nowe postępowanie o udzielenie zamówienia w jego zakresie, a następnie wyłonić wykonawcę, który zaoferuje wykonanie tego nowego przedmiotu. Udzielenie nowego zamówienia bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika także, że niemożliwy do zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym jest też art. 144 ust. 1 ustawy Pzp i to pomimo przewidzenia przez

zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz rozległego katalogu przesłanek dopuszczających zmiany umowy o zamówienie publiczne. Artykuł 144 ust. 1 ustawy Pzp stanowi bowiem, że zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Należy podkreślić, że możliwość dokonywania zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie wyłącza obowiązku przestrzegania art. 140 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Tym samym, pod pozorem zmiany umowy nie mogą być udzielane nowe zamówienia, o całkiem odmiennym przedmiocie od pierwotnego, gdyż stanowiłoby to niedozwolone obejście ww. przepisów. Zmiana umowy może być więc dokonana w zakresie przedmiotu zamówienia, ale tylko jeśli jest nieistotna lub została przewidziana, ale nie zmienia ogólnego charakteru umowy. W niniejszej sprawie zmiana umowy prowadziła w istocie do udzielenia innego, nowego zamówienia, dlatego nie była dopuszczalna także na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy uznać, że aneksem nr 1/2015 z dnia 16.01.2015 r. zamawiający, z pominięciem zasad konkurencji, udzielił wykonawcy nowego zamówienia, z naruszeniem art. 140 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.1.2. Przedmiot zamówienia: przebudowa grobli oporowej jeziora

Wartość zamówienia: 2.950.943,43 zł (734.138,58 euro)

Wszczęcie postępowania: 18.10.2013 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak wynika z dokumentacji postępowania, przedmiot zamówienia obejmował:

- zebranie warstwy humusowej;
- zebranie warstw nie budowlanych, korzeni, głazów, itp.;
- wykonanie wykopów do poziomu 117,50 m n. p. m.;
- wbicie ścianki szczelnej z PCV;
- wykonanie nasypów z jednoczesnym ich zagęszczeniem i ukształtowaniem skarp;
- zamocowanie siatki przeciw bobrom;
- wykonanie umocnienia skarp grobli glebą z nasionami traw;

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał projekt budowlany, projekt wykonawczy, przedmiar robót oraz STWiORB.

W pkt 3.4 Projektu wykonawczego „Ścianki z grodziec PCV” określono m.in. ich właściwości fizyko-mechaniczne oraz szczegółowe parametry. Jednocześnie zastrzeżono, że „dopuszcza się stosowanie innych rodzajów grodziec winylowych do planowanych prac, lecz o parametrach równych lub lepszych od przewidzianych materiałów. Grodziec winylowe powinny mieć Aprobatę Techniczną wydaną przez ITB.”

W projekcie umowy oraz w umowie zawartej z wykonawcą H. w dniu 17 lutego 2014r. nie przewidziano zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty polegającej na możliwości zastosowania innych materiałów niż zaoferowane.

W trakcie realizacji zamówienia wykonawca H. wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o „zmianę narzuconych w projekcie grodziec winylowych ze względu na brak

takiego materiału na rynku. Wg wymagań projektowych narzucone grodzice powinny posiadać aprobatę ITB, natomiast dostępne na rynku nie posiadają takiego dokumentu. (...) proponujemy przyjęcie grodzic EPZ-25 firmy A., które spełniają parametry wytrzymałościowe dla warunków gruntowych podanych w projekcie oraz posiadają wymaganą aprobatę ITB”.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższą prośbę, zwrócił się do biura projektowego o rozważenie możliwości zmiany podanych w projekcie grodzic winylowych na inne, które będą spełniały parametry wytrzymałościowe dla warunków gruntowych podanych w projekcie oraz posiadające wymaganą aprobatę ITB. Pismem z dnia 18 marca 2014 r. ww. biuro projektowe wyjaśniło, iż „stwierdzenie przez wykonawcę, że projektowane grodzice winylowe są narzucone i nie ma takiego materiału na rynku jest błędne. Podczas przeprowadzania obliczeń statyczno-wytrzymałościowych, projektant na wstępie musiał założyć, jaki materiał (typ, rodzaj) będzie odpowiedzialny za stateczność całej grobli i przyjąć taką grodzicę, której wytrzymałość nie poprowadzi do awarii konstrukcji. Projektant w formie tabeli zawartej zarówno w opisie technicznym, jak i STWiORB, podał właściwości przyjętej grodzicy. Wskazując, przy tym że nie można zastosować grodzic o niższych właściwościach, tylko równoważnych lub wyższych. W związku z powyższym zastosowanie grodzicy zaproponowanej przez wykonawcę (EPZ-25 firmy A.) o właściwościach niższych niż zakładane jest nie do zaakceptowania. Wyjaśniając stwierdzenie o braku aprobaty technicznej ITB. W opisie technicznym wdarł się literalny błąd, gdyż powinien być skrót „ITP”, a nie „ITB”, dokładnie tak jak jest napisane w STWiORB, która jest integralną częścią przekazanego opracowania. Wykonawca tą rozbieżność, powinien zgłosić na etapie przetargu w celu wyjaśnienia. Proponowana grodzica przez wykonawcę (EPZ-25 firmy A.), nie posiada aprobaty technicznej ITB, tylko rekomendacje ITB. Zastosowane grodzice winny posiadać aprobatę techniczną ITP, bądź innego instytutu”.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2014 r. wykonawca H. ponownie zwrócił się do zamawiającego „o dopuszczenie i zatwierdzenie zastosowania przez realizacji zadania grodzic EPZ-25/11 (...) biorąc pod uwagę sugestie projektanta oraz wykonane przez nas obliczenia, proponujemy zastosowanie grodzic EPZ-25/11, o grubości ścianki zgodnej z dokumentacją projektową, tj. 11 mm, produkowanych przez firmę A.”.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższą prośbę, ponownie zwrócił się do biura projektowego, które wyjaśniło, iż „wykonawca nie podaje żadnych parametrów wytrzymałościowych zaproponowanej grodzicy EPZ-25/11 firmy A., a jedynie jej parametry materiałowe. Zgodnie z projektem wykonawczym, jak i STWiOR czynnikami decydującymi o przyjęciu grodzic są: wskaźnik wytrzymałości przekroju i moment bezwładności przekroju, których wykonawca nie ujął w swoim piśmie. (...). Z uwagi na powyższe, prosimy o podanie ww. bardzo istotnych parametrów grodzicy (wskaźnik wytrzymałości przekroju i moment bezwładności przekroju) oraz przekazanie odpowiednich dokumentów (aprobata techniczna, deklaracja zgodności). Po otrzymaniu tych informacji wypowiemy się czy proponowane grodzice są możliwe do zastosowania”.

Wykonawca H. pismem z dnia 4 czerwca 2014 r. poinformował zamawiającego, iż zlecił projektantowi wykonanie analizy obliczeń statycznych oraz aktualizację technologii wykonania robót z zachowaniem rozwiązań przyjętych w projekcie dla grodzic wykonanych przez Przedsiębiorstwo A. Do pisma wykonawca załączył ekspertyzę techniczną z obliczeniami.

Pismem z dnia 4 czerwca 2014 r. zamawiający przekazał do biura projektowego ww. ekspertyzę. Pismem z dnia 9 czerwca 2014 r. biuro projektowe poinformowało zamawiającego, iż „w ramach nadzoru autorskiego, na podstawie materiałów dostarczonych przez wykonawcę robót, wykonano sprawdzenia proponowanych korekt projektowych.

Wykonano ponowne obliczenia statyczne sprawdzające możliwość zmiany rodzaju grodzic winylowych i zastosowania proponowanych grodzic PVC EPZ-25/21/11. (...) Podsumowując, zaproponowany materiał spełnia wszystkie założenia projektowe, a więc możliwe było zatwierdzenie proponowanych zmian”.

Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2014 r. poinformował wykonawcę H., iż „(...) Tutejszy Zarząd przychylił się do pozytywnej oceny i akceptuje powyższą zmianę pod warunkiem utrzymania ceny ofertowej przedstawioną przez waszą firmę.(...)”

W celu ustalenia, czy w przedmiotowym postępowaniu mogło dojść do nieuzasadnionej zmiany umowy, Prezes Urzędu zwrócił się do biegłego o wydanie opinii. W opinii przesłanej do Urzędu biegły w oparciu o dokumentację dotyczącą przedmiotowego postępowania stwierdził:

Ad. 1). „W ocenie biegłego na podstawie porównania parametrów i własności wytrzymałościowych materiału grodzic wykonanych przez firmę A. (typ. EPZ-25/21/11) przewidzianych do zastosowania na budowie oraz grodzic o parametrach wymaganych opisaną dokumentacją projektową i przetargową (typ. GW-580/11) stwierdzam, że (szerokość, wysokość, wskaźnik przekroju, moment bezwładności, dopuszczalny moment, max. dop. moment) są niższe od wskazanych w projektach i dokumentach przetargowych. Istotne dla wytrzymałości parametry jak wskaźnik wytrzymałości oraz momenty dopuszczalne są mniejsze od wymaganych o ponad 34%”.

Ad. 2). „Koszt materiału grodzic PCV użytych przez wykonawcę na budowie jest niższy od wskazanych w dokumentach przetargowych tj. projekcie budowlanym i wykonawczym oraz specyfikacjach”.

Ad. 3). „Gdyby wykonawcy mieli wiedzę, że na etapie realizacji dopuszczalna będzie zmiana grodzic przyjętych w projekcie i dokumentach przetargowych (typ. GW-580/11) na grodzice (typ. EPZ-25/21/11) zdaniem biegłego zainteresowanie przetargiem byłoby podobne. Jednak złożone oferty mogłyby być niższe, gdyż występuje możliwość zastosowania materiału o niższych parametrach technicznych i odpowiednio tańszego materiału”.

Ponadto w opinii biegły wskazał, iż „wskazane obniżone cechy materiału są istotne i mogą wpływać negatywnie na wytrzymałość i trwałość wykonywanego elementu. (...) Na podstawie opisanych dokumentów przetargowych i projektu budowlanego przedstawionej analizy porównawczej parametrów wysuwam następujące wnioski:

1) Podczas realizacji zadania inwestycyjnego wykonania grodzic dla grobli oporowej jeziora po ogłoszonym przetargu i podpisaniu umowy doszło do zamiany grodzic określonych projektami i specyfikacjami (typu-GW-580/11) na grodzice (typu. EPZ-25/21/11). W podsumowaniu porównania (Tabela – zał. Nr 33 do opinii) biegły potwierdza, że grodzice (typ. EPZ-25/21/11) posiadają parametry i właściwości techniczno użytkowe niższe od tych w wersji pierwotnej przed zamianą;

2) Cena jednostkowa 1 m² ściany z grodzic typu GW-580/11 w szacowanych w kosztach inwestycji wynosiła 230 zł/m² – natomiast oferta wykonawcy obejmowała kwotę jednostkową wysokości – 140 zł/m², tj. o 39,1% niższą od wartości kosztorysowej projektu. Aktualny poziom cen i ten z IV kw 2013 roku wskazuje, że wykonawca robót już przy opracowywaniu oferty mógł założyć możliwość zmiany elementów materiałowych w tym zakresie”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż ustawa Pzp przyjęła jako zasadę niezmienności umów zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że co do zasady, umowa zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być zmieniona w toku jej realizacji. Niemniej jednak ustawodawca złagodził zasadę niezmienności umów w sprawie zamówienia publicznego regulacją, o której mowa w art. 144

ust. 1 ustawy Pzp, tj. zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zatem zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalna w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy zmiany umowy mają charakter nieistotny w stosunku do treści oferty. Po drugie, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone. Przyjęcie powyższego kierunku wykładni art. 144 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnia wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur*, w którym ETS wskazał, iż „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia”.

W świetle powyższego, w szczególności mając na uwadze treść opinii sporządzonej przez biegłego, należy stwierdzić, iż zmiana grodzic była zmianą istotną, gdyż zastosowane w trakcie realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę H. grodzice wykonane przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe A. mają gorsze parametry niż były wymagane w dokumentacji projektowej dotyczącej przedmiotowego postępowania, a ponadto zastosowane przez wykonawcę grodzice były również tańsze, co mogło mieć wpływ na ceny złożonych w postępowaniu ofert. Jednocześnie zauważyć należy, że wprawdzie zamawiający przewidział w pkt 3.4. projektu wykonawczego, że dopuszcza zmianę grodzic na grodzice o parametrach równych lub lepszych, ale po pierwsze, nie określił warunków, w których może być dokonana taka zmiana, po drugie – jak wynika z opinii biegłego, zastosowane grodzice mają parametry gorsze od opisanych w projekcie. Tym samym zmiana grodzic została dokonana niezgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający nie określił warunków zmiany, a nawet gdyby zostały określone – nie zachodziły określone w projekcie wymogi co do zmiany, tj. na grodzice równe lub lepsze. Reasumując, dokonana w powyższym stanie faktycznym przez zamawiającego zmiana umowy, nie wypełniła przesłanek, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 13/16).

IV.1.3. Przedmiot zamówienia: modernizacja terenów wiejskich na cele integracji lokalnej społeczności

Wartość zamówienia: 823.447,67 zł (204.858,11 euro)

Wszczęcie postępowania: 01.10.2012 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Na podstawie przekazanej przez zamawiającego dokumentacji ustalono, iż w dniu 21 marca 2012 r. zamawiający wszczął w trybie przetargu nieograniczonego pierwsze postępowanie pn.: „Serce Wsi – modernizacja terenów wiejskich na cele integracji lokalnej społeczności Etap I”, którego przedmiot obejmował:

1. budowę małej architektury – budowa wiaty zadaszzenia typu grill;
2. budowę małej sceny na cele rekreacyjno-kulturalne;
3. montaż elementów małej architektury;
4. utwardzenie ażurowe placu.

Termin realizacji zamówienia został ustalony na dzień – 30 czerwca 2012 r.

W celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, iż „w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali należycie, co najmniej 3 obiekty małej architektury o łącznej wartości nie mniej niż 200.000,00 zł każdy”. W trakcie prowadzonego postępowania, jeden z wykonawców zwrócił się z zapytaniem dotyczącym zapisów siwz w zakresie opisu warunku wiedzy i doświadczenia o treści - „czy zamawiający wymaga udokumentowania wykonania należycie co najmniej 3 obiektów małej architektury po 200.000,00 zł każdy, czy co najmniej 3 obiektów małej architektury o łącznej wartości 200.000,00 zł ?” W piśmie z dnia 23 marca 2012 r. zamawiający wyjaśnił, iż „wymaga wykonania należycie co najmniej 3 obiektów małej architektury o wartości 200.000,00 zł każdy.”

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. 6 kwietnia 2012 r. nie wpłynęła żadna oferta. W dniu 12 kwietnia 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dokonał unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym, w dniu 23 kwietnia 2012 r. zamawiający wszczął ponownie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia. Termin realizacji zamówienia został ustalony na dzień – 31 sierpnia 2012 r.

Zamawiający w stosunku do wcześniejszego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dokonał zmiany opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymagając od wykonawców, aby wykazali, że „w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali należycie, co najmniej 3 obiekty małej architektury o łącznej wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł”. Tym samym, zamawiający złagodził warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia poprzez rezygnację z konieczności wykazania się realizacją „(...) 3 obiektów małej architektury o wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł każdy”. Pozostałe warunki udziału w postępowaniu nie uległy zmianie w stosunku do wcześniejszego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. 8 maja 2012 r. również nie wpłynęła żadna oferta. W dniu 10 maja 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, po raz drugi dokonał unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Następnie zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający w postępowaniu tym nie opisał sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunków wiedzy i doświadczenia. Termin wykonania zamówienia ostał ustalony na dzień - do 30 czerwca 2013 r.

Z opisanego powyżej stanu faktycznego wynika zatem, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający ograniczył stawiane warunki udziału w postępowaniu w stosunku do przetargów nieograniczonych, nie formułując warunków szczególnych w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców, podczas gdy w obydwu przetargach nieograniczonych wymagał wykazania odpowiednio, iż:

- 1) postępowanie wszczęte w dniu 21 marca 2012 r. (opis po modyfikacji) – „w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali należycie, co najmniej 3 obiekty małej architektury o wartości 200.000,00 zł każdy”,
- 2) postępowanie wszczęte w dniu w dniu 23 kwietnia 2012 r. – „w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali należycie, co najmniej 3 obiekty małej architektury o łącznej wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł”.

Ponadto termin wykonania zamówienia określony w zamówieniu przeprowadzonym w trybie z wolnej ręki na 9 miesięcy od daty przekazania wykonawcy zaproszenia do negocjacji jest niemal trzykrotnie dłuższy, niż terminy określone we wcześniejszych postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego.

Zgodnie z brzmieniem art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zachodzi w sytuacji, gdy w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że pod pojęciem „warunki zamówienia” rozumieć należy wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe. Zatem, aby mogła zaistnieć podstawa udzielenia zamówienia z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, żadne z nich nie mogą być w sposób istotny zmienione. W tym kontekście obniżenie w ramach postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wymagań stawianych wykonawcom w stosunku do postępowań prowadzonych uprzednio w jednym z trybów podstawowych, w tym przypadku przede wszystkim – poprzez rezygnację z wymogu wykazania określonego doświadczenia oraz znaczne wydłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, stanowi istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe oraz dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać, iż zamawiający dokonując zmiany pierwotnych warunków zamówienia w postępowaniu przeprowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki w stosunku do postępowań przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, naruszył postanowienia ustawy Pzp w powyższym zakresie. Oznacza to, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 45/16).

IV.2. Naruszenia dotyczące oceny ofert.

IV.2.1. Przedmiot zamówienia: zakup niskoemisyjnego taboru autobusowego

Wartość zamówienia: 100.122.199,98 zł (23.981.939,68 euro)

Wszczęcie postępowania: 12.03.2016 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego

W kontrolowanym postępowaniu wykonawca V., mający siedzibę w Szwecji, złożył wraz z ofertą dokument zawierający oświadczenie z dnia 8.01.2016 r., w którym stwierdzono m. in.: „nie została wydana żadna decyzja zakazująca V. ubiegania się o zamówienie publiczne”. Oświadczenie zostało podpisane przez Pana A. – dyrektora finansowego (który ponadto, zgodnie ze Świadectwem Rejestracji spółki, jest prokurentem spółki V.) oraz przez Pana H. – generalnego doradcę (który zgodnie ze Świadectwem Rejestracji spółki jest członkiem zarządu spółki V.). Z analizy dokumentów złożonych przez V. wraz z ofertą wynika, że powyższy dokument został złożony na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn.19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231), jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Z kolei zgodnie z § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia, jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem.

Kopia dokumentu złożona wraz z ofertą, tj. oświadczenie V. z dnia 8.01.2016 r. nie zawiera wskazania, że oświadczenie to zostało złożone przed właściwym organem lub przed notariuszem. Na oświadczeniu widnieją jedynie podpisy członka zarządu oraz prokurenta spółki.

W związku z tym zwrócono się do zamawiającego w toku kontroli uprzedniej o wyjaśnienie, w oparciu o jakie przesłanki uznał, że powyższe oświadczenie spełnia wymagania określone w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

W odpowiedzi, pismem z dnia 19.08.2016 r., zamawiający wyjaśnił, że „W toku badania i oceny oferty Wykonawcy V., Zamawiający dokonał sprawdzenia w systemie eCertis jakiego rodzaju dokumenty wydaje się w Szwecji na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, w tym również, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Z wygenerowanego w dniu 20 maja dokumentu (dokument ten stanowi załącznik do niniejszego pisma) wynikało, że w Szwecji nie jest wydawany przez żaden

organ państwowy dokument potwierdzający, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, dokumentem tym może być jedynie podpisane oświadczenie wykonawcy, że podmiot prawny nie został skazany przez ostateczne orzeczenie. Ustalenia te potwierdzone zostały również w rozmowie telefonicznej przeprowadzonej z ambasadą Szwecji w Warszawie. Wykonawca V. złożył wraz z ofertą „oświadczenie”, z którego wynika, że wobec niego nie została wydana żadna decyzja zakazująca ubiegania się o zamówienie publiczne. Zamawiający uznał, że oświadczenie to zostało złożone przed właściwym organem samorządu zawodowego, albowiem zostało ono podpisane przez reprezentanta tego zawodu”.

Mając na uwadze opisany wyżej stan faktyczny i prawny, należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie V. był uprawniony do złożenia oświadczenia potwierdzającego brak istnienia okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp zamiast dokumentu urzędowego. Jednakże oświadczenie wykonawcy składane w takiej sytuacji musi spełniać wymogi określone w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, tj. musi być złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Ponadto, musi określać także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy. W związku z tym, jeden z określonych w tym przepisie podmiotów, innych niż sam wykonawca, musi potwierdzić odebranie takiego oświadczenia.

W niniejszej sprawie oświadczenie V. nie zostało złożone przed żadnym z podmiotów określonych w § 4 ust. 3 rozporządzenia. Wbrew twierdzeniu zamawiającego nie można uznać, że oświadczenie zostało złożone przed organem samorządu zawodowego w postaci samego wykonawcy, jako podmiotu reprezentującego ten sam zawód. Organ samorządu zawodowego musi stanowić odrębny od samego wykonawcy podmiot, mający uprawnienie do działania w imieniu całego samorządu. Tym samym, ze względu na fakt, że omawiane oświadczenie nie spełnia wymogów określonych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, nie mogło być uznane za potwierdzające brak zaistnienia przesłanki do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę V. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak zaistnienia przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy, określonej w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, że oferta wykonawcy V. była ofertą najkorzystniejszą w ramach Zadania nr 2 oraz Zadania nr 4, Prezes Urzędu zalecił wezwanie ww. wykonawcy na

podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak zaistnienia przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy, określonej w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli i wykonał zalecenia pokontrolne.

IV.2.2. Przedmiot zamówienia: dostawa szyn

Wartość zamówienia: 18.792.000,00 zł (4.501.185,66 euro)

Wszczęcie postępowania: 11.03.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zgodnie z treścią Sekcji III.2.2) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu z dnia 16.03.2016 r. oraz ust. 9.4 części pierwszej siwz (IDW) zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 3 000 000,00 PLN. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 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).

W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku wykonawca A. załączył do oferty opinię bankową ING Bank Śląski SA z dnia 29.02.2016 r., z której wynikało, iż wykonawca „posiada w ING Bank Śląski S.A. rachunki bieżące prowadzone w PLN, USD, EUR, GBP. Wielkość średnich miesięcznych obrotów w okresie ostatnich trzech miesięcy na rachunkach prowadzonych w PLN wyrażała się kwotą 10-cyfrową, na rachunku prowadzonym w EUR i USD wyrażała się w kwotę 8-cyfrową, na rachunku prowadzonym w GBP wyrażała się kwotą 7-cyfrową. 26 lutego 2016 r. rachunki klienta były wolne od wszelkich zajęć. Obecnie klient posiada przyznaną przez bank linię kredytową na finansowanie kapitału obrotowego i otwieranie akredytyw oraz korzysta z limitu na wystawianie gwarancji”.

W wyjaśnieniach z dnia 08.07.2016 r. zamawiający wskazał, że „Wykonawca złożył wraz z ofertą opinię bankową wystawioną przez ING Bank Śląski S.A., z której wynika, iż wysokość posiadanych środków finansowych na rachunkach prowadzonych w PLN wyrażała się kwotą 10 cyfrową. (...) Najmniejsza kwota 10-cyfrowa to kwota 1 000 000 000,00 PLN.”

W świetle powyższego należy wskazać, że wykonawca A. nie potwierdził, iż znajduje się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, bowiem załączony do oferty dowód nie potwierdza posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej wymaganej przez zamawiającego, a jedynie fakt posiadania przez wykonawcę określonego średniego miesięcznego obrotu w okresie ostatnich trzech miesięcy, co nie jest równoznaczne ze zdolnością kredytową lub posiadaniem środków finansowych w jakiegokolwiek wysokości. Powyższe sformułowanie zawarte w informacji ING Bank Śląski SA nie pozwala na weryfikację spełnienia warunku, gdyż nie da się wymaganych danych wyczytać z informacji o średnich miesięcznych obrotach na rachunku bankowym.

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo

którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zaniechanie przez zamawiającego wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego jego sytuacji finansowej stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe oraz okoliczność uznania za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy A., Prezes Urzędu zalecił zamawiającemu wezwanie ww. wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową wymagane dla potwierdzenia sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W przypadku nieuzupełnienia przez ww. wykonawcę dokumentu potwierdzającego posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wymaganej wysokości, zalecono wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz ponowny wybór oferty.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli i wykonał zalecenia pokontrolne.

IV.2.3.Przedmiot zamówienia: remont połączony z modernizacją dojazdu pożarowego

Wartość zamówienia: 2.440.172,39 zł (577.569,26 euro)

Wszczęcie postępowania: 09.01.2015 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w sekcji III punkt 3.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie X.4.b SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. budowę lub przebudowę drogi o wartości zadania min. 1 500 000,00 zł brutto za każdą robotę.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca B. przedstawił zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego – P. W treści zobowiązania ww. podmiot zobowiązał się do „oddania wykonawcy (...), do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym w siwz (...) na cały okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia”. Zobowiązanie to, jako charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot

udostępniający zasoby z wykonawcą wskazuje „Umowa na doradztwo i consulting w zakresie przedmiotu zamówienia”.

Należy przy tym wskazać, iż wykonawca w formularzu ofertowym wskazywał, iż roboty objęte zamówieniem zamierza wykonać przy udziale podwykonawcy, w załączniku nr 9 do oferty zaś wykazał, jakie prace zlecone mają być podwykonawcy – bez wskazania konkretnego podmiotu.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, aktualną w dniu wszczęciu postępowania, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. 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 do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z powyższego wynika, że przedłożone przez wykonawcę dokumenty muszą określać, jakie zasoby, w jakim zakresie i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli ani z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Jest to szczególnie istotne, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, zaś wykonawca poza doświadczeniem podmiotu trzeciego nie wykazał żadnego własnego doświadczenia, a podmiot trzeci w zobowiązaniu nie wskazał, w jakim zakresie będzie doradzał i na jakich zasadach (np. oddeleguje na stałe doświadczonych pracowników do nadzorowania prawidłowości prowadzonych robót, czy będzie konsultował prawidłowość wykonywania robót na miejscu budowy, czy też na spotkaniach poza budową, czy będzie jedynie udzielał porad telefonicznych). Niezależnie od tego należy wskazać, że w przypadku robót budowlanych jedynym realnym sposobem udostępnienia zasobów jest podwykonawstwo. W związku z czym nie można uznać, że doradztwo i consulting stanowią sposób przekazania zasobów wiedzy i doświadczenia w sposób realny i zapewniający należyte wykonanie zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że podmiot trzeci udostępni wiedzę i doświadczenie poprzez udział w realizacji zamówienia w sposób realny i pozwalający na należyte wykonanie zamówienia.

Mając na uwadze treść powyższego przepisu, w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę B. zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia takiego dokumentu. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 62/16).

IV.2.4. Przedmiot zamówienia: przebudowa drogi leśnej pożarowej

Wartość zamówienia: 430.412,00 zł (107.078,32 euro)

Wszczęcie postępowania: 11.06.2013 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w siwz dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, iż za spełniających ww. warunek uzna wykonawców, którzy wykażą, że „wykonali należycie co najmniej 3 roboty budowlane związane z budową lub przebudową dróg o wartości min. 500.000,00 zł każda, w tym co najmniej jedną robotę budowlaną, w ramach której wykonano roboty związane z budową lub przebudową dróg o nawierzchni tłuczniowej”.

Wykonawca W. w celu potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, działając na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, oparł się na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego – P. Wykonawca załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego o treści – „Firma P. (...) zobowiązuje się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wykazanych w załączniku nr 6 – Wykaz robót budowlanych, poz. 3, na okres korzystania z nich przy realizacji wykonania zamówienia (...) Firmie W”.

W toku prowadzonego postępowania, zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2013r. zwrócił się na podstawie 26 ust. 3 ustawy Pzp do ww. wykonawcy o uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów, z którego będzie wynikać:

- zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- charakter stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- zakres i okres udziału podmiotu przy wykonywaniu zadania.

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca w piśmie z dnia 1 lipca 2013 wyjaśnił, iż „firma P. (...) zobowiązał się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, zgodnie z załącznikiem nr 6 poz. 3, lecz nie będzie podwykonawcą żadnych robót na ww. zadaniu”. Wykonawca uzupełnił również zobowiązanie podmiotu trzeciego o treści – „ja niżej podpisany Tomasz W. reprezentujący firmę P. (...) zobowiązuję się do oddania do dyspozycji wykonawcy, tj. Firmie W. (...) niezbędnych zasobów na cały okres korzystania z nich przy realizacji ww. zamówienia. Udostępnione zasoby to: wiedza i doświadczenie w zakresie: Załącznik nr 6 poz. 3 – Wykaz robót budowlanych. Jednocześnie informuję, że moja firma P. nie podejmuje obowiązków podwykonawcy żadnych robót na ww. zadaniu”.

Mając na uwadze powyżej ustalony stan faktyczny należy zauważyć, iż oświadczenie podmiotu, na zasobach którego wykonawca polegał, oparte jest o postanowienia art. 26 ust.

2b ustawy Pzp i musi być oceniane zgodnie z obowiązującą wykładnią tej regulacji. Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. 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 do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia. Oznacza to, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione.

W przedmiotowym postępowaniu jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym wraz z ofertą, a następnie uzupełnionym na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wykonawcę W., było cytowane wyżej zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to nie tylko nie zawiera istotnych informacji na temat zakresu i sposobu udostępnienia zasobów, ale wprost wskazuje (zobowiązanie uzupełnione), że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca. Tymczasem w przypadku robót budowlanych realizacja części zamówienia w charakterze podwykonawcy jest w zasadzie jedynym realnym sposobem udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Zawierając w zobowiązaniu informacje, że nie będzie podwykonawcą, podmiot trzeci w istocie stwierdził, że nie zamierza udostępnić zasobów.

Biorąc pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, że zasoby wiedzy i doświadczenia zostały mu udostępnione przez podmiot trzeci, należy wskazać na mający zastosowanie w sprawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Należy przy tym podkreślić, 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. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zauważyć należy, że ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy.

Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykazał, że dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie zasobów wiedzy i doświadczenia. Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Powyższe oznacza, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. nie wykluczył wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.2.5.Przedmiot zamówienia: wymiana kotłów w zespole szkół

Wartość zamówienia: 430.730,86 zł (101.950,55 euro)

Wszczęcie postępowania: 01.04.2015 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku zdolności finansowej poprzez wymóg wykazania przez wykonawcę, że posiada środki finansowe lub wykaże się zdolnością kredytową w wysokości min. 50% zaoferowanej kwoty brutto.

W celu potwierdzenia spełniania opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej wykonawca P. wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego E. W treści przedmiotowego zobowiązania podmiot trzeci wskazał, iż „(...) Szczegółowe określenie zakresu, sposobu zobowiązania: Udostępniam moją zdolność finansową na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego. Okres udostępniania zasobów: czas trwania realizacji zamówienia. Do korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia na skutek wyboru oferty Wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym przez: Gminę R. (...) na wykonanie zamówienia publicznego pod nazwą: Wymiana kotłów (...)”.

Wraz z ww. zobowiązaniem została złożona opinia bankowa dla podmiotu trzeciego. Z opinii bankowej wynika, że podmiot trzeci posiada zdolność kredytową do wysokości 5.000.000,00 zł.

Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp obowiązującego w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. 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 do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zgodnie z powyższym, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym przez ww. wykonawcę jest oświadczenie podmiotu trzeciego na temat zamiaru udostępnienia potencjału finansowego. Analiza treści złożonego zobowiązania nie dowodzi, że wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami finansowymi w sposób gwarantujący należyłą realizację udzielanego zamówienia publicznego. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż z przedłożonego oświadczenia nie wynika, w jaki sposób i na jakich zasadach zdolność kredytowa podmiotu trzeciego zostaje udostępniona: czy podmiot trzeci posiadający zdolność kredytową na wymaganą kwotę zobowiązuje się zaciągnąć kredyt, a następnie wymagane środki udostępnić wykonawcy np. w formie darowizny, pożyczki, zakupu za wymaganą kwotę materiałów potrzebnych do budowy. Tym samym treść ww. dokumentu nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawca ma rzeczywisty dostęp do zdolności finansowej podmiotu trzeciego i czy jest to dostęp na zasadach wystarczających do należytej realizacji zamówienia, a tym samym zamawiający nie ma gwarancji, że wybrany wykonawca spełnia warunek i faktycznie będzie zdolny do realizacji niniejszego zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy P. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego zdolności finansowej, tj. 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 Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.2.6. Przedmiot zamówienia: budowa kanalizacji sanitarnej

Wartość zamówienia: 1.395.476,97 zł (330.298,22 euro)

Wszczęcie postępowania: 04.12.2014 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Pismami z dnia 02.01.2015 r. zamawiający wezwał do udzielenia, w terminie 3 dni od otrzymania wezwania, wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość cen w złożonych ofertach „w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. W celu udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i stanowi realną wycenę opisanego przedmiotu zamówienia należy wymienić elementy, które pozwoliły na określenie tak niskiej ceny” m.in. wykonawców E i K.

Wykonawca E. w odpowiedzi na powyższe wezwanie w piśmie z dnia 07.01.2015 r. przedstawił wyjaśnienia, cyt.: „(...) informujemy, że podana przez nas cena ofertowa została wyliczona w oparciu o kilkunastoletnie doświadczenie w kosztorysowaniu i wykonywaniu sieci wodno- kanalizacyjnych, a także dokładną analizę dokumentacji oraz wizję w terenie. Do wyceny przyjęliśmy materiały i założyliśmy technikę wykonania zgodną z wymaganiami Zamawiającego. Materiały zostały wycenione prawidłowo z uwzględnieniem preferencyjnych cen, jakie uzyskujemy we współpracujących z nami od lat hurtowniach. Wszystkie roboty wykonujemy własnym sprzętem, nie jesteśmy więc dodatkowo obciążani kosztami najmu. Oświadczamy, że podana przez nas cena ofertowa pozwala w pełni na realizację objętego przetargiem zadania zgodnie z dokumentacją techniczną, sztuką budowlaną, przepisami i obowiązującymi normami.”

Wykonawca K. w odpowiedzi na powyższe wezwanie w piśmie z dnia 08.01.2015 r. przedstawił wyjaśnienia, cyt.: „(...) wyjaśniamy, że cena naszej oferty została wyliczona w oparciu o :

1. Wartość materiałów przyjętą wg otrzymanych od dostawców ofert, która wynosi 96 598,00 zł (wraz z VAT). Stanowi to 49,56% ceny naszej oferty.
2. Przyjętą technologię i organizację robót, umożliwiającą maksymalne skrócenie cyklu realizacji inwestycji, co powoduje znaczne obniżenie kosztów robocizny i pracy sprzętu. Tym samym podtrzymujemy poprawność wyliczenia ceny naszej oferty.”

Żaden z ww. wykonawców nie dołączył, do złożonych w terminie wyjaśnień dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, wymaganych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże ewentualna decyzja w tej kwestii, musi zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Jednocześnie, zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zatem, zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oceniając wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. Ocena dokonana przez Zamawiającego zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp złożonych wyjaśnień jest podstawą do stwierdzenia, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie, w przypadku art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż treść wezwania, jakie wystosował zamawiający do ww. wykonawców, opierała się na przytoczeniu jako podstawy prawnej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż wykonawcy mieli obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość. Przedstawione przez ww. wykonawców wyjaśnienia zawierały ogólne informacje dotyczące

doświadczenia, materiałów, technologii, sprzętu i okresu realizacji inwestycji, bez wskazania jednak informacji szczegółowych, takich jak np. ceny materiałów, przyjęta technologia i organizacja robót, koszty robocizny i pracy sprzętu, jak też nie wskazywały, w jaki sposób wskazywane okoliczności wpłynęły na ceny oferowane w ramach przedmiotowego postępowania. Dodatkowo ww. wykonawcy nie załączyli dowodów potwierdzających ww. informacje, jak również z treści przedłożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że ww. wykonawcy nie złożyli wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi zamawiającemu na dokonanie rzetelnej oceny, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, należy stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców E i K, którzy w odpowiedzi na wezwanie nie złożyli wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów ich ofert mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.2.7. Przedmiot zamówienia: zagospodarowanie placu przed domem kultury

Wartość zamówienia: 380 980,34 zł (90 147,96 euro)

Wszczęcie postępowania: 05.02.2015 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Pismem z dnia 02.03.2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę M. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie dotyczyło uzupełnienia: formularza ofertowego, zaakceptowanego wzoru Istotnych postanowień umownych, wykazu doświadczenia zawodowego oraz wykazu potencjału kadrowego wraz z oświadczeniem potwierdzającym, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, które wykonawca złożył na nieaktualnych wzorach. Złożone przez wykonawcę wraz z ofertą dokumenty zostały wypełnione w oparciu o pierwotne załączniki do SIWZ, które w toku postępowania zostały zmodyfikowane.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu aktualnym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Z powyższego przepisu wynika, że przewidziane w nim wezwanie może dotyczyć wyłącznie dokumentów określonych w rozporządzeniu 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.2013.231). Katalog dokumentów zawarty w

powyższym rozporządzeniu nie zawiera formularza ofertowego, ani wzoru umowy. Nie są to bowiem dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ani też spełnianie przez oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego. Z tego względu, wezwanie wykonawcy do uzupełnienia formularza ofertowego i wzoru umowy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niedopuszczalne w świetle przepisów Pzp.

Jednocześnie należy zauważyć, że zmiana wzorów powyższych dokumentów polegała na dodaniu obowiązku wskazania przez wykonawców oferowanego okresu gwarancji na przedmiot zamówienia, w związku ze zmienionymi kryteriami oceny ofert. Zgodnie z SIWZ, wykonawcy mogli zaproponować okres gwarancji w przedziale od 36 miesięcy do 72 miesięcy. Przed zmianą, formularz ofertowy oraz wzór umowy przewidywały narzucony przez zamawiającego i wymagający zaakceptowania przez wykonawcę 36-miesięczny okres gwarancji. W związku z tym należy stwierdzić, że w pierwotnej wersji formularza ofertowego znajdowało się oświadczenie o udzieleniu gwarancji na cały przedmiot zamówienia, które wykonawcy potwierdzali poprzez podpisanie i złożenie oferty. Z tego względu, składając ofertę na pierwotnym formularzu wykonawca zawarł informację na temat oferowanego okresu gwarancji. Gwarancja w wymiarze 36 miesięcy była przy tym dopuszczalna w świetle dokonanej w dniu 17.02.2015 r. zmiany ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ – była przewidziana jako minimalny okres gwarancji. W tych okolicznościach złożenie oferty na pierwotnym wzorze formularza nie uniemożliwiało dokonania oceny oferty i nie stanowiło przesłanki do jej odrzucenia. Oferta wykonawcy M. podlegała zatem ocenie w oparciu o pierwotnie złożony formularz ofertowy.

Wykonawca złożył również zaakceptowany wzór Istotnych postanowień umowy, nieuwzględniający zmiany dokonanej w dniu 19.02.2015 r., dotyczącej § 9 Gwarancja i rękojmia. Pierwotny wzór umowy zawierał wskazany obligatoryjnie, bez możliwości zmiany, okres gwarancji w wymiarze 36 miesięcy. Wykonawca zaakceptował ten przepis umowy i zobowiązał się do udzielenia gwarancji w podanym wymiarze. Podobnie jak w przypadku formularza ofertowego, należy przyjąć, że wykonawca wskazał oferowany okres gwarancji, co pozwalało na stwierdzenie zgodności oferty z SIWZ oraz przystąpienie do jej oceny. Na marginesie należy zauważyć, że w uzupełnionych dokumentach wykonawca zaoferował okres gwarancji wynoszący również 36 miesięcy.

Tym samym, wzywając wykonawcę M. do uzupełnienia formularza ofertowego i zaakceptowanego wzoru umowy zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie są to dokumenty podlegające uzupełnieniu. Jednocześnie brak złożenia ww. dokumentów na zmodyfikowanych wzorach, w świetle wyżej poczynionych ustaleń, nie stanowił przeszkody do dokonania oceny oferty, w szczególności nie stanowił podstawy do jej ewentualnego odrzucenia.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.2.8. Przedmiot zamówienia: wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego

Wartość zamówienia: 1.677.395,91 zł (397.026,18 euro)

Wszczęcie postępowania: 29.08.2014 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego. Celem projektu jest przywrócenie zdegradowanym terenom powojkowym wartości

przyrodniczych i użytkowych. Konstrukcja projektu zakładała, że zadania te realizowane są przez cywilne firmy saperskie wyłonione w drodze postępowań przetargowych (dalej także jako: „postępowania wykonawcze”). Odbiory i nadzór nad wykonywanymi pracami saperskimi sprawuje Jednostka Nadzorująca Prawdliwość Wykonywanych Prac (dalej JNPWP), która jest odrębnym podmiotem, wyłonionym w osobnym przetargu.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w wyniku przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania na wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawdliwość Wykonywanych Prac (JNPWP) rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu została zawarta w dniu 01.08.2012 r. umowa z wykonawcą L.M.

Z kolei w kontrolowanym postępowaniu wykonawczym jedyną ofertę złożył wykonawca O.M. Umowa z ww. wykonawcą została zawarta w dniu 04.12.2014 r. Zgodnie z § 17 ust. 1 umowy, „wykonawca po zakończeniu prac (tj. całkowitym zakończeniu, ale także zakończeniu części prac, za który zamierza wystawić faktury) zgłasza gotowość do przeprowadzenia na danym terenie weryfikacji jakości przeprowadzonych prac, pisemnie do zamawiającego oraz do wiadomości Jednostki Nadzorującej Prawdliwość Wykonywanych Prac – firmy L.M. (...)”.

Z informacji przekazanych m.in. przez podmiot wnoszący o kontrolę wynika, że ww. przedsiębiorcy są prywatnie małżonkami.

Uwzględniając okoliczność, że przedsiębiorca nadzorujący i nadzorowany są ze sobą powiązani należy na wstępie określić zakres tego związku, a następnie ocenić, czy może on skutkować koniecznością odrzucenia oferty O.M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – tj. z uwagi na taką okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze, zwrócić należy uwagę, że występuje wskazane powiązanie osobowe pomiędzy oboma podmiotami. Przedsiębiorca O.M. jest prywatnie małżonką przedsiębiorcy, który świadczył usługę nadzoru nad przedmiotowym zadaniem. Ustawa Prawo zamówień publicznych, ani inne przepisy nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców będących małżonkami. Tym bardziej zatem nie ma takiego zakazu w sytuacji, gdy oferty złożono na różne postępowania. Każdorazowo, w razie złożenia ofert przez wykonawców powiązanych osobowo, należy jednak poddać analizie, czy złożenie przez nich ofert nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „ustawą znk”. Należy przy tym już na wstępie przyjąć tezę, że wykonawca - przedsiębiorca działa racjonalnie w znaczeniu gospodarczym, zaś jego działania nie mają charakteru przypadkowych i nieprzemysłanych, i celem tych działań jest maksymalizacja zysku przy poniesieniu minimalnych kosztów. W obrocie gospodarczym sprowadza się to w szczególności do jednej niebudzącej wątpliwości okoliczności - wyłączenia naturalnej dla niezależnych od siebie przedsiębiorców swoistej blokady informacyjnej pomiędzy takimi podmiotami.

Po drugie, w przedmiotowym stanie faktycznym powiązani osobowo przedsiębiorcy występują co prawda w odrębnych, ale nierozzerwanie związanych ze sobą postępowaniach: wykonawstwa i nadzoru. Konieczność nadzoru w jakichkolwiek specjalistycznych postępowaniach wynika z tego, że zamawiający mający interes w należyтым wykonaniu zamówienia nie dysponuje narzędziami zapewniającymi merytoryczną ocenę prawidłowości jego wykonania, co wynika wprost z oczywistych braków kompetencji. Podmiot nadzorujący jest więc merytorycznym pełnomocnikiem zamawiającego i w stosunkach z wykonawcą jest quasi-zamawiającym. W tej sytuacji winny się rysować następujące relacje: relacja zaufania pomiędzy zamawiającym i podmiotem nadzorującym oraz zasada ograniczonego zaufania pomiędzy nadzorem a wykonawstwem. Zamawiający rozstrzygając przedmiotowe

postępowanie wykonawcze na korzyść firmy O.M., a więc poddając efekt jej pracy audytowi dokonywanemu przez firmę jej męża, w istocie podważył sensowność nadzoru i pozostał osamotniony w kontaktach z podmiotem profesjonalnym tj. firmą OM. Truizmem jest bowiem stwierdzenie, że najlepszą gwarancją należytego wykonania zamówienia jest realne nadzorowanie działań przez zamawiającego, a jeżeli przedmiot zamówienia jest specjalistyczny - faktycznej bezstronności i niezależności zewnętrznego podmiotu nadzorującego. Taka niezależność w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie Urzędu, nie została zapewniona.

Po trzecie, występują powiązania faktyczne pomiędzy nie tylko przedsiębiorcami, ale także przedsiębiorstwami. Jak wynika z dokumentacji postępowania osoby przewidziane w ofercie do wykonywania czynności kierowniczych w niniejszym postępowaniu są jednocześnie osobami, które zostały zgłoszone do wykonywania czynności kierowniczych w nadzorze i na odwrót. Innymi słowy, kierownicy prac saperskich w zależności od postępowania, kierowali pracami wykonawczymi po stronie firmy żony, zaś w następnym postępowaniu nadzorowali prace firmy żony z ramienia firmy męża. Reguły doświadczenia życiowego nakazują w tym stanie faktycznym uznać, że realność i rzetelność nadzoru jest co najmniej dyskusyjna. W szczególności należy zwrócić uwagę na ryzyko dotyczące rzetelności i obiektywizmu w wykonywaniu zadań przez osoby, które wykonują ją na rzecz obu firm. Ponadto, współzależność, jaka występuje pomiędzy osobami na stanowiskach kierowniczych w wykonawstwie i nadzorze, występuje także pośród osób przewidzianych na stanowiskach saperów - pracowników fizycznych.

Po czwarte, ścisłe powiązanie firm ujawnia się także w tożsamości niektórych danych teleadresowych. Jak bowiem wynika z treści ofert złożonych przez oboje małżonków w ww. postępowaniach (na nadzór i wykonawstwo), identyczne są numery telefonów i numery faksów obu ww. wykonawców. Powyższe świadczy o braku rozdzielenia informacji dochodzących do każdej z firm.

Po piąte, jak wynika z akt równoległe prowadzonej kontroli doraźnej postępowania, decyzją Wojewody Dolnośląskiego wydaną na podstawie art. 9 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, udzielono właścicielce firmy O.M. zgody na nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. W treści tej samej decyzji Wojewoda wskazał, że „odpowiedzialnym za nabywanie, przechowywanie i wykonywanie wszelkich prac przy użyciu materiałów wybuchowych, zapalających i środków strzałowych oraz nadzór nad gospodarką wymienionymi materiałami jest pan L.M.”. Wskazuje to na silne powiązanie o charakterze merytorycznym i osobowym, gdyż osoba fizyczna (będąca jednocześnie przedsiębiorcą nadzorującym) jest odpowiedzialna za postępowanie z materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do żony.

Mając na uwadze powyższe okoliczności należy zauważyć, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis wprost odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaistnienie zatem zdarzenia mającego charakter czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk pociąga za sobą sankcję w postaci nakazu odrzucenia oferty, której złożenie stanowi taki czyn.

Stosownie do treści art. 3 ust. 1 ustawy znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 tejże ustawy ustawodawca ustanowił otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Uznanie określonego działania za czyn

nieuczciwej konkurencji wymaga jednoczesnego wypełnienia znamienia działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami oraz ustalenia, iż działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W konsekwencji, jeżeli złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, będzie stanowić to podstawę do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Urzędu, co zostało wcześniej podkreślone – nie wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu naturalna w prawidłowych relacjach wykonawstwo-nadzór bariera informacyjna pomiędzy podmiotami i bezstronność formalna. Świadczy o tym nie tylko związek małżeński pomiędzy podmiotami wykonawczym i nadzorującym, który już sam w sobie budzi wątpliwości natury faktycznej, na ile małżonek może działać zachowując bezstronność, w sytuacji gdy działanie (lub zaniechanie) byłoby niekorzystne lub chociażby uciążliwe (finansowo, organizacyjnie) dla partnera (a w konsekwencji i dla niego także), ale również inne powiązania przedsiębiorstw.

Ww. powiązania między obiema firmami, w świetle faktu, że jedna z nich miała pełnić nadzór nad zadaniem wykonywanym przez drugą, są sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi, aby podmiot nadzorujący był w pełni niezależny i obiektywny w stosunku do podmiotu nadzorowanego. Brak tej niezależności i obiektywizmu zagraża z kolei interesowi zamawiającego, gdyż naraża go na nienależyte wykonanie zamówienia. W ocenie Urzędu także podjęcie przez zamawiającego decyzji o poddaniu efektu pracy firmy wykonawczej niezależnej kontroli merytorycznej innej firmy, o czym poinformował sam zamawiający w piśmie z dnia 22.07.2015 r., było efektem dostrzeżenia zagrożenia w postaci nienależytego wykonania zamówienia. Zamawiający był w pełni świadomy tego zagrożenia, w przeciwnym razie nie byłoby potrzeby występować do "podmiotu czwartego" w celu skontrolowania działań wykonawcy. Tym samym zamawiający był świadomy zagrożenia swojego interesu, o czym mowa w ustawie znk.

Uwzględniając przywołany stan faktyczny, treść ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz interpretację występujących w niej terminów należy uznać, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty O.M., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy znk zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów. Złożenie ww. oferty przez ww. wykonawcę stanowi bowiem czyn nieuczciwej konkurencji sprzeczny z dobrymi obyczajami, który zagrażał interesowi klienta, jakim jest zamawiający.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 28/16).

IV.3. Naruszenia dotyczące opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu

IV.3.1. Przedmiot zamówienia: dostawa wraz z montażem fabrycznie nowego wyposażenia specjalistycznego – aparatury naukowo badawczej dla laboratorium

Wartość zamówienia: 5.436.600,00 zł (1.352.522,64 euro)

Wszczęcie postępowania: 03.04.2013 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż „za Wykonawcę posiadającego niezbędną wiedzę i doświadczenie Zamawiający uzna takiego, który w okresie ostatnich dwóch lat przed dniem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykaże się posiadaniem doświadczeniem w wykonaniu minimum dwóch dostaw, których przedmiotem zamówienia była dostawa obejmująca swym zakresem instalację i uruchomienie sprzętu medycznego o wartości min. 500 000,00 PLN każda.” W celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca powinien złożyć „wykaz dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich dwóch lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane należycie – Załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Tym samym żądanie przez zamawiającego, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w wykonaniu dostawy z okresu ostatnich dwóch lat jest niezgodne z dyspozycją § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), dalej jako: „rozporządzenie”, zgodnie z którym „Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...)”.

Dniem otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu był 09.05.2013 r., co oznacza, że dopuszczane winny być dostawy wykonane nie wcześniej niż na dzień 09.05.2010 r., a nie jak wynika z treści warunku wykonane nie wcześniej niż na dzień 09.05.2011 r.

W tym miejscu należy podkreślić, że opisując warunek oraz katalog dokumentów, których przedłożenie wymagane jest w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek posługiwać się listą dokumentów wskazanych w przytoczonym rozporządzeniu oraz tak opisać warunki, aby dokumenty wymagane na ich potwierdzenie odzwierciedlone były w treści rozporządzenia o dokumentach.

Dopuszczając możliwość wykazania doświadczenia w dostawach w zakresie zaledwie ostatnich dwóch lat (zamiast trzech) zamawiający ograniczył dostęp do zamówienia tym wykonawcom, którzy zrealizowali wymagane dostawy 3 lata przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (w tym warunku posiadania wiedzy i doświadczenia), powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Uniemożliwienie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy posiadali wymagane doświadczenie w trzecim roku przed terminem składania ofert nie było adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zapewniającego należyłą realizację zamówienia, zatem było to ograniczenie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i utrudniające uczciwą konkurencję. W konsekwencji stwierdzić należy, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia z uchybieniem terminu, które w związku z tym nie były rozpatrywane merytorycznie ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 55/16).

IV.3.2. Przedmiot zamówienia: przebudowa drogi leśnej pożarowej

Wartość zamówienia: 430.412,00 zł (107.078,32 euro)

Wszczęcie postępowania: 11.06.2013 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, na potwierdzenie spełnienia warunku, jakim było znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający w punkcie 9.2.1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wymagał, aby wykonawcy przedłożyli:

- a) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca musi posiadać nie mniej niż – 1.000.000,00 PLN własnych środków lub zdolność kredytową w tej samej wysokości;
- b) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 PLN.

Jednocześnie należy wskazać, iż jak wynika z protokołu postępowania, wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 430.412,00 netto, natomiast na realizację ww. zamówienia zamawiający zamierzał przeznaczyć 450.000,00 zł.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający jako podmiot wydatkujący środki publiczne jest uprawniony do opisanie takiego warunku podmiotowego w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, którego spełnienie zagwarantuje prawidłową i rzetelną realizację zamówienia, przy czym warunek ten musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czyli także do jego wartości. Żądanie, aby wykonawcy potwierdzili, iż posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę 1.000.000,00 zł oraz posiadają ubezpieczenie na kwotę również 1.000.000,00 zł, nie jest adekwatne do wartości szacunkowej zamówienia, ani kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Są to wartości ponad dwukrotnie wyższe od wartości szacunkowej zamówienia i dysponowanie nimi przez wykonawcę nie może być uznane za niezbędne do należytego wykonania zamówienia.

Tym samym, zamawiający opisując warunek dotyczący zdolności finansowej i ekonomicznej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszył treść art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.3.3. Przedmiot zamówienia: rozbudowa odcinka drogi wojewódzkiej

Wartość zamówienia: 62.029.292,19 zł (14.681.836,77 euro)

Wszczęcie postępowania: 21.12.2015 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego

Zamawiający w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej wymagał, aby wykonawcy wykazali, że osiągnęli następujące wskaźniki finansowe:

- a) w każdym z trzech ostatnich lat: zysk ze sprzedaży,
- b) w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat: zysk brutto (przed opodatkowaniem).

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż nie można uznać, że z uwagi na specyfikę prowadzonego postępowania wyłącznie podmioty spełniające warunek osiągnięcia w każdym z trzech ostatnich lat zysku ze sprzedaży oraz osiągnięcia w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat zysku brutto (przed opodatkowaniem), są zdolne do wykonania przedmiotowego zamówienia. Należy bowiem stwierdzić, że wskaźnik dodatniego wyniku finansowego nie jest właściwy dla wykazania dobrej kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa. Zysk rozumiany jako dodatni wynik finansowy, stanowi kategorię ekonomiczną, która nie musi być miarodajna dla oceny rzeczywistej kondycji ekonomicznej lub finansowej przedsiębiorcy. Przedsiębiorstwo niewypracowujące zysku może być w doskonałej sytuacji ekonomicznej, którą wyrażają także inne parametry analizy techniczno-ekonomicznej niezwiązanej bezpośrednio z kategorią zysku, np. zrównoważona produkcja dająca stabilne zatrudnienie, postęp techniczny i rosnąca wartość aktywów. Powyższe oznacza, że wymaganie wykazania dodatniego wyniku finansowego uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom rozpoczynającym działalność, realizującym inwestycje lub które w wymaganym okresie dokonały nakładów na własną działalność umożliwiającą osiągnięcie zysków w przyszłości (będących w fazie rozwoju), a które są w stanie wykonać zamówienie z należytą starannością. Tym samym wymaganie od wykonawców wykazania zysku w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej nie jest adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia, a tym samym nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Z powyższego wynika, iż dokonując opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez wymóg, aby wykonawcy osiągnęli w każdym z trzech ostatnich lat zysk ze sprzedaży oraz w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat zysk brutto (przed opodatkowaniem), zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

W tym samym postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ zamawiający zamieścił opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej, zgodnie z którym wykonawca musiał wykazać, że:

- 1) osiągnął w ciągu ostatnich trzech lat średni przychód w wysokości co najmniej 30.000.000 PLN (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”);
- 2) dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości minimum 5.000.000 PLN;
- 3) osiągnął następujące wskaźniki finansowe:
 - a) w każdym z trzech ostatnich lat: zysk ze sprzedaży
 - b) w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat: zysk brutto (przed opodatkowaniem)
 - c) w ostatnim roku obrotowym: płynność bieżąca $> 0,8$.

W pkt 6.7 SIWZ „Sposób oceny spełniania warunków w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i Wykonawców, którzy polegają na potencjale innego podmiotu zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp”, zamawiający w ppkt 2) zamieścił informację, że „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą łącznie spełniać warunki udziału w postępowaniu, przy czym warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej określone w pkt 6.4. ppkt 2) i 3) musi spełniać ten lub ci spośród wspólnie ubiegających się wykonawców, który potwierdza spełnianie warunku określonego w pkt 6.4. ppkt 1). Dane dotyczące wykonawców mają podlegać sumowaniu za wyjątkiem, liczby wykonanych zamówień oraz niepodlegających sumowaniu wskaźników finansowych, takich, jak płynność.”

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, dotyczące wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że konsorcjum jako wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby także jedną z naczelných zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z treści siwz oraz z wyjaśnień zamawiającego wynika, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz korzystających z potencjału ekonomiczno-finansowego podmiotów trzecich zdolnością finansową (tj. dysponowaniem środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości minimum 5.000.000 PLN) mógł się wykazać jedynie ten (lub ci) spośród wykonawców (lub podmiotów trzecich), który (lub którzy) jednocześnie spełniał (spełniali) warunek osiągnięcia w ciągu ostatnich trzech lat średniego przychodu w wysokości co najmniej 30.000.000 PLN. Powyższe oznacza, że określoną zdolnością finansową mogli się wykazać jedynie ci spośród członków konsorcjum (lub podmioty trzecie), którzy wykazywali się wymaganym przychodem.

Powyższe powiązanie zdolności finansowej ze zdolnością ekonomiczną (przychodem) ogranicza swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, a także sprzeciwia się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na zdolności ekonomicznej i finansowej podmiotu trzeciego. Powyższe powiązanie nie jest też proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ponieważ nie stanowi środka niezbędnego do wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. Nie ma podstaw by twierdzić, że konsorcjum, w którym jeden członek wykazuje zdolność ekonomiczną, a drugi finansową, nie będzie w stanie wykonać zamówienia. Podobnie nie ma podstaw, by twierdzić, że wykonawca posiadający wymagany przychód, ale polegający w zakresie środków finansowych na potencjale podmiotu trzeciego, nie będzie w stanie zrealizować zamówienia. Opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że jeden (lub kilku) z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden (lub kilku) z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp może (mogą) potwierdzić zdolność finansową, o ile potwierdza (potwierdzają) zdolność ekonomiczną narusza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KU 65/16).

IV.3.4. Przedmiot zamówienia: dostawa ambulansów z wyposażeniem

Wartość zamówienia: 1.085.975,01 zł (270.169,91 euro)

Wszczęcie postępowania: 19.04.2013 r.

Projekt z Programu Współpracy Transgranicznej Litwa-Polska-Rosja

Przedmiot kontrolowanego zamówienia obejmuje dostawę ambulansów z wyposażeniem, w których zamontowany zostanie defibrylator z możliwością wykonywania teletransmisyjnego EKG (3 pojazdy) o parametrach technicznych i na warunkach gwarancji, serwisu, szkolenia i ubezpieczenia określonych w Załączniku nr 1 do siwz. Przedmiot zamówienia miał zostać dostarczony zamawiającemu w terminie maksymalnie 30 dni kalendarzowych.

Zamawiający 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 co najmniej pięć dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, tj. polegających na dostawie ambulansów typu C. W terminie składania ofert (tj. 07.06.2013 r.) do zamawiającego wpłynęła 1 oferta.

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 zauważyć, że wymóg, aby wykonawca wykazał się co najmniej pięcioma dostawami spowodował, że w postępowaniu nie mogli brać udziału wykonawcy, którzy

dawali rękojmię należytej realizacji zamówienia, lecz wykonali ambulanse w ramach mniejszej niż wymagana liczby dostaw, jak też mniejszą niż pięć liczbę ambulansów. Opisany przez zamawiającego warunek wiedzy i doświadczenia spowodował zatem, że o zamówienie nie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadali doświadczenie w dostawie nawet dużej ilości ambulansów, ale w ramach mniejszej liczby dostaw. Należy bowiem podnieść, że wykonawca, który w ramach np. jednej lub dwóch dostaw wykazałby się należyłą realizacją określonej liczby ambulansów nie daje mniejszej gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia niż wykonawca, który wykaże się wykonaniem tej samej liczby ambulansów w ramach 5 dostaw. Ponadto fakt, że w istocie wykonawca musiał się wykazać wykonaniem co najmniej 5 ambulansów, należy uznać za warunek nadmierny w stosunku do liczby ambulansów objętych przedmiotem zamówienia (3). Odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego nie można też przyjąć, że opisany w ww. sposób warunek zapewniał dostawę sprzętu o podwyższonym standardzie. Opis warunku w zakresie 5 dostaw w żaden sposób nie gwarantuje bowiem, że dostarczony sprzęt będzie miał podwyższony standard, ponadto taki cel zamawiający powinien osiągać poprzez odpowiedni opis przedmiotu zamówienia, nie zaś opis warunków.

W związku z powyższym, opisanie warunku wiedzy i doświadczenia poprzez wymóg wykazania się minimum 5 dostawami ambulansów 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.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 73/16).

IV.3.5. Przedmiot zamówienia: dostawa autobusów niskopodłogowych

Wartość zamówienia: 51.488.000,00 zł (12.186.797,32 euro)

Wszczęcie postępowania: 04.03.2016 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego

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

- partia 23 szt. wyprodukowanych w 2016 r. – dostarczenie w IV kwartale 2016 r.
- partia 10 szt. wyprodukowanych w 2017 r. – dostarczenie w II kwartale 2017 r.
- 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, który 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.

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 najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. 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. 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. 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 jeśli zamawiający określił w warunku, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać się wykonaniem łącznie min. 15 szt. autobusów, bez znaczenia powinna pozostawać 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.

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.

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.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KU 51/16).

IV.3.6. Przedmiot zamówienia: budowa chodnika

Wartość zamówienia: 650.494,00 zł (153.966,72 euro)

Wszczęcie postępowania: 05.11.2014 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Przedmiot zamówienia ww. postępowania obejmował przebudowę drogi powiatowej w liniach rozgraniczających, polegającą na budowie chodnika dla pieszych wraz z przebudową zjazdów na posesje, wykonaniem odwodnienia oraz nasadzeniem bżów i ustawieniem ławek parkowych. Zamawiający opisując warunek wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia wskazał, że: „ocena spełnienia tego warunku zostanie dokonana w oparciu o przedłożony wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Warunek będzie uważać się za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się co najmniej jednym zamówieniem na roboty budowlane wykonane siłami własnymi, odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia o kwocie netto co najmniej 600 000,00 zł . Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia uważane będą roboty polegające na budowie, przebudowie, remoncie lub modernizacji dróg”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tego przepisu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność, o której mowa w powyższym przepisie oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem.

W świetle powyższego należy zauważyć, że skoro przedmiotem zamówienia jest budowa chodnika, to niezwiązane z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia było wymaganie doświadczenia w budowie, przebudowie, remoncie lub modernizacji dróg. Nie zmienia tego fakt, że chodnik był wykonany w pasie drogi powiatowej, gdyż przedmiotem zamówienia był chodnik, a nie droga. Nawet jeśli budowany chodnik przylegał do drogi, nieuzasadniony był wymóg posiadania doświadczenia w robotach obejmujących drogę jako taką.

Także ustawowa definicja drogi, w skład której wchodzi chodnik, nie może uzasadniać wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem większym niż jest to konieczne do należytego wykonania zamówienia. Budowa, przebudowa, remont lub

modernizacja drogi jest robotą wymagającą w zależności od konkretnego zakresu: wykonania robót przygotowawczych, wykonania wykopów, transportu wydobytych mas ziemnych, budowy nasypów, wykonania podbudowy z kruszywa, stabilizacji gruntu cementem, wykonania kolejnych warstw (m.in. wiążącej i ścieralnej), a czasami także budowy obiektów inżynierskich (np. przepustów, mostów), a także prac w zakresie branży telekomunikacyjnej, elektrycznej i sanitarnej. Nie ulega zatem wątpliwości, że budowa, przebudowa, remont lub modernizacja drogi jest robotą daleko bardziej skomplikowaną, niż budowa samego chodnika w pasie takiej drogi. Zamawiający nie może opisując warunek wiedzy i doświadczenia kierować się wyłącznie ustawową definicją jakiegoś obiektu, w tym wypadku chodnika i drogi, ale musi brać pod uwagę rzeczywisty rodzaj i zakres udzielanego zamówienia oraz rzeczywisty poziom niezbędnego doświadczenia, jakie jest potrzebne do zrealizowania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy stwierdzić, że sformułowany w postępowaniu opis warunku wiedzy i doświadczenia jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ponieważ odnosi się do innego rodzaju robót, przy tym bardziej skomplikowanych, niż roboty objęte przedmiotem zamówienia. Wymóg postawiony przez zamawiającego w znaczący sposób przekracza poziom wystarczający do wykazania posiadania doświadczenia niezbędnego do należytej realizacji zamówienia. Z powyższych względów należy stwierdzić, iż zamawiający opisał warunek wiedzy i doświadczenia z naruszeniem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 69/16).

IV.3.7. Przedmiot zamówienia: budowa kanalizacji sanitarnej

Wartość zamówienia: 1.012.138,90 zł (239.565,17 euro)

Wszczęcie postępowania: 05.01.2015 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w siwz dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej wymagając od wykonawcy wykazania, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż wartość złożonej oferty.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, 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 wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W świetle powyższego należy przyjąć, że co do zasady opis warunku zdolności ekonomicznej nie powinien odnosić się do wartości złożonej oferty, ponieważ po pierwsze, nie zapewnia wyboru wykonawcy, który należycie wykona zamówienie. Tak opisany warunek może bowiem prowadzić do sytuacji, w której niektórzy z wykonawców dostosują cenę oferty do zdolności ekonomicznej, jaką są w stanie wykazać, nie zaś do rzeczywistych kosztów

rzetelnego wykonania zamówienia. Taka krótkowzroczność w podaniu ceny oferty może z kolei wpłynąć negatywnie na sposób realizacji zamówienia. Tym samym ww. opis warunku może prowadzić do sytuacji, która nie służy wyborowi wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a zatem jest zaprzeczeniem celu opisywania warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, taki opis warunku nie pozwala wykonawcom, którzy zamierzają wskazać realną cenę oferty (nie zaś dostosowaną do zdolności ekonomicznej), na ocenę, czy spełniają ten warunek, przed ustaleniem przez nich możliwości (m.in. technicznych, logistycznych, kadrowych, organizacyjnych) wykonania zamówienia i przed obliczeniem ceny, za jaką ewentualnie są w stanie to zamówienie wykonać. Po trzecie wreszcie, nie można uznać, że zamawiający precyzyjnie opisał warunek, skoro ostateczna wysokość kwoty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, nie zależy od cech przedmiotu zamówienia, ale od tego, jaką cenę zdecyduje się wskazać w swojej ofercie wykonawca. Tym samym wartość ubezpieczenia nie została w ogóle związana z przedmiotem zamówienia proporcjonalnie do jego zakresu czy wartości, ale została odniesiona do ceny oferty. Powyższe prowadzi do wniosku, że opis warunku zdolności ekonomicznej odnoszący się do ceny oferty w zakresie wymaganej wartości nie jest związany z przedmiotem zamówienia i nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.4. Naruszenia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

IV.4.1. Przedmiot zamówienia: dostawa pomocy dydaktycznych i wyposażenia dla szkół

Wartość zamówienia: 264.353,80 zł (65.766,00 euro)

Wszczęcie postępowania: 02.12.2013 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa pomocy dydaktycznych i wyposażenia dla 8 szkół gminy. Szczegółowy opis zamawianych dostaw z podaniem nazw produktów, miejsca dostawy, wymaganej ilości i parametrów zawiera załącznik nr 1 do SIWZ. W drugiej kolumnie załącznika został wskazany szczegółowy opis zamawianego produktu.

Na pytanie wykonawcy, jakie parametry i cechy opisywanych przedmiotów zamówienia zamawiający będzie brał pod uwagę oceniając równowagę produktu, zamawiający odpowiedział, że „będzie brał pod uwagę:

- wymagane części składowe pomocy,
- jakość i rodzaj materiału,
- opisanie cechy użytkowe, funkcjonalne i jakościowe”.

Przed upływem terminu na składanie ofert do zamawiającego wpłynęła jedna oferta, złożona przez wykonawcę A.

Z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą do biegłego o

sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy użyte przez zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę R. oraz wykonawcę A. lub innych konkretnych produktów innego producenta.

Biegły w sporządzonej opinii, przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania, przedstawił poniższe stanowisko:

„Analizie zostało poddanych 171 pomocy dydaktycznych opisanych w SIWZ przez zamawiającego. W tabeli [opracowanej przez biegłego] udzielono odpowiedzi na [nw.] zadane pytania (...):

1. Czy parametry wyszczególnione w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące pomocy i materiałów dydaktycznych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta?

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 131 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 35 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 5 razy

Jeśli tak, to jakie i które parametry na to wskazują?

W większości przypadków (odpowiedzi twierdzące) opis w SIWZ Zamawiającego to przedruk ofert firmy R. i A. (...).

Szczegółowość opisu produktów jest tak duża, że nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych – chociaż zamawiający ujął w wyjaśnieniach do siwz informację o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych (...).

Parametry wskazujące na konkretny produkt w opisie, np.:

„QUATRATA - karty zadaniowe. 60 kwadratowych kart zadaniowych (gruba tektura) o wymiarach boku nie mniejszym niż 10 cm, ze wzorami przedstawiającymi układ brył o zróżnicowanym stopniu trudności. 20 różnorodnych, drewnianych kolorowych brył geometrycznych, w tym 11 z niepowtarzalną formą. Bryły składają się z wielokrotności sześcianu o wymiarach boków nie mniejszych niż 2 cm. Wyobraźnia przestrzenna, komunikacja w grupie. Całość zapakowana w duże, drewniane lakierowane pudełko”.

Na podstawie tak szczegółowego opisu trudno jest znaleźć produkt równoważny, czyli taki, który ma takie same parametry techniczne jak w opisie. Na uwagę zasługuje opis opakowania - „drewniane lakierowane pudełko”. W przypadku zabawki czy pomocy edukacyjnej opakowanie nie ma edukacyjnego waloru ani też wpływu na efekty pracy z daną pomocą. W kontekście przedmiotu zamówienia nie ma znaczenia jako element zamawianego produktu.

W pozostałych pomocach edukacyjnych szczegółowy opis utrudniający uczciwą konkurencję obejmuje przede wszystkim: rozmiary zabawki, kolory, materiał z jakiego jest wykonana, a także opakowanie w jakim się znajduje.

2. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeśli tak to jakich?

Odpowiedzi: Nie, nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego udzielono 131 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 40 razy.

3. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawca R. oraz A. są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w siwz w opisie przedmiotu zamówienia?

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 34 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 117 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 20 razy. (...)

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłego, zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane m.in. przez firmy R. i A. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym, 34 produkty, dla których wg biegłego nie ma rozwiązań równoważnych, jest dystrybuowanych wyłącznie przez firmy R. i A., co przesądza o tym, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy.

Tym samym zamawiający opisując wymagania techniczne tak szczegółowo, że niemożliwe było w stosunku do większości pomocy dydaktycznych zaoferowanie produktów równoważnych, działał zbyt rygorystycznie. Powyższy rygoryzm promował produkty dystrybuowane przez wykonawców R. oraz A., przy czym – jak wynika z opinii - w 20% zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami, co przesądza o tym, że jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Należy również podkreślić, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, tj. oferta wykonawcy A., co może stanowić potwierdzenie ograniczenia uczciwej konkurencji w kontrolowanym postępowaniu.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ten sposób, że część produktów mogły oferować wyłącznie firmy R. i A., co oznacza, że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 29/16).

IV.4.2. Przedmiot zamówienia: przebudowa sali kinowej

Wartość zamówienia: 3.550.920,65 zł (840.474,48 euro)

Wszczęcie postępowania: 16.02.2015 r.

Projekt z Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do siwz, w którym zamawiający zawarł zapisy co do możliwości przyjęcia równoważności proponowanych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Specyfikacja, w stosunku do foteli kinowych, nie zawiera zapisów precyzujących mierniki równoważności, czy też wymagania zamawiającego co do dokumentów wymaganych na potwierdzenie równoważności. Opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 do siwz, zawiera natomiast odesłanie do dokumentacji projektowej oraz przedmiarów robót.

Projekt budowlany, z grudnia 2013 r., zawiera wskazanie na założone przez zamawiającego rozwiązanie projektowe foteli kinowych: „One to One” firmy D. Dokument ten zawiera dokładny opis ww. fotela kinowego. Dalsze części opracowań dołączonych do siwz, tj. Rysunek A10 i Rysunek A10a pn. „Przebudowa sali kinowej oraz przynależnych jej pomieszczeń” w legendzie w pkt nr 1 zawierają wskazanie dwóch różnych typów foteli

kinowych: „Conect” firmy M. lub „One to One” firmy D. Dalej przedmiar robót ogólnobudowlanych wskazuje na przykładowe rozwiązania fotela kinowego w pozycji 253, tj.: „Kalkulacja indywidualna - Demontaż starych 250 miejsc oraz montaż nowych foteli np. „Erasmus” firmy A. lub np. „One to One” firmy D. lub np. „Oscar” firmy N., szt. 226”.

W terminie składania ofert wpłynęło 6 ofert. Dwóch wykonawców zaproponowało fotele typu „One to one” firmy D., dwóch zaproponowało fotele „Oscar” firmy N., jeden wykonawca zaproponował fotele „Agnes” firmy M. i jeden zaproponował fotele „Bogart PL” firmy E.

Z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie co do prawidłowości działania zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp do biegłego z prośbą o sporządzenie opinii. Biegły w opinii, przy uwzględnieniu dokumentacji postępowania, przedstawił poniższe stanowisko:

Ad. 1. Dokładne parametry foteli wskazane w załączniku nr 39 do siwz na przykładzie fotela „One to one” firmy D. „są zbyt szczegółowe aby można było zgodnie z nimi przedstawić fotel innego producenta, który by te parametry spełnił, są to:

1.1. wymiary stopy mocującej fotel do podłoża 292 x 77mm;

1.2. kolor elementów metalowych o nazwie „gunmetal” jest kolorem własnym producenta. Właściwe określenie koloru to podanie jego numeru z palety kolorów RAL lub NCS;

1.3. dokładny opis nogi fotela, z określeniem kształtu jego przekroju;

1.4. wymiary osłony podłokietnika określone jednoznacznie co do milimetra tj. 415x16x450 mm;

1.5. dokładne określenie szerokości podłokietnika - w tym przypadku 77 mm;

1.6. dokładny opis siedziska z podaniem jego wymiarów z dokładnością do 1 mm.

Podobnie opisano oparcie;

1.7. mechanizm zamykania siedziska dokładnie określono na grawitacyjny;

1.8. dokładne określenie trzech stopni regulacji oparcia pod kątem 11°, 16°, 21°;

1.9. dokładne wymiary blatu do pisania tj. 250 x 335 mm i grubości 8 mm”; (...)

Ad. 3. „Opis foteli jednoznacznie wskazuje na konkretny produkt/producenta. Na rynku nie można znaleźć innych foteli, które odpowiadają wszystkim parametrom wymienionym w załączniku nr 39. Parametry są zbyt szczegółowe”. W sporządzonej opinii biegły dokonał tabelarycznego zestawienia fotela typu „One to one” z fotelom „Oscar”, które dowodzi, że „zastosowanie foteli innego producenta nie spowodowałoby kolizji z przepisami przeciwpożarowymi, jak również założona funkcja foteli zostałaby zapewniona”.

Jak wynika z opinii, sporządzonej na podstawie dostarczonych dokumentów, literatury oraz własnej wiedzy biegłego „opis foteli zamieszczony w załączniku nr 39 do siwz wskazuje jednoznacznie na konkretny model fotela, a tym samym jego producenta czyli fotel „One to one” firmy D.”. W opinii biegłego „możliwe jest opisanie wymagań dotyczących parametrów foteli tak, aby nie wskazywały jednoznacznie na konkretny model. Zaznaczyć należy, że konstrukcja foteli stworzonych do pełnienia tych samych funkcji będzie zawsze podobna a ich wymiary będą się mieściły w ramach określonych norm dla mebli przeznaczonych do siedzenia. Różne będą rozwiązania konstrukcyjne, które zmierzają do osiągnięcia tego samego celu. Zatem niespełnienie parametrów zawartych w siwz na podstawie opisu fotela „One to one” nie oznacza, że inny wyrób będzie miał gorsze właściwości od fotela przyjętego za wzorcowy, w tym wypadku „One to one”. Parametry wskazane w punkcie 1.1. - 1.9. opinii nie są parametrami istotnymi dla funkcji użytkowych oraz dla trwałości mebla a ich zmiana nie będzie miała wpływu na walory użytkowe wyrobu”.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Jak wykazano powyżej, opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie uniemożliwił zaoferowanie produktów innych producentów. Opisane przez zamawiającego ww. wymagania techniczne uniemożliwiły zatem zaoferowanie produktów równoważnych, przez co zamawiający promował produkty konkretnego producenta. Świadczy o tym także fakt, że zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę z fotelem kinowym „One to One” firmy D., natomiast odrzucił z powodu zaoferowania innego fotela oferty innych wykonawców. Wskazanie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt, tj. określenie ich w taki sposób, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 52/16).

IV.4.3. Przedmiot zamówienia: dostawa wraz z montażem fabrycznie nowego wyposażenia specjalistycznego – aparatury naukowo badawczej

Wartość zamówienia: 5.436.600,00 zł (1.352.522,64 euro)

Wszczęcie postępowania: 03.04.2013 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej

Szczegółowy opis zamawianych dostaw wraz z podaniem minimalnych wymagań technicznych i jakościowych oraz ilości poszczególnych elementów dostawy zawarto w Załączniku nr 1 do SIWZ, stanowiącym zestawienie produktów przeznaczonych dla m.in.:

1. Pracowni intensywnej terapii dorosłych i dzieci (na wyposażeniu wskazanej pracowni znajduje się Symulator pacjenta IV).
2. Pracowni medycyny przedszpitalnej (na wyposażeniu wskazanej pracowni znajduje się Symulator pacjenta I).

W trakcie postępowania do Zamawiającego wpłynęły wnioski Wykonawców o podział zamówienia na części. Wydzieleniu miałyby podlegać manekiny, symulatory szkoleniowe oraz sprzęt medyczny. Ponadto wykonawcy prosili o zmianę niektórych wymogów w stosunku do symulatorów pacjenta. Na ww. wnioski zamawiający odpowiedział negatywnie.

W terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęła 1 oferta złożona przez wykonawcę D. W ofercie wskazano symulatory firmy Gaumard (m.in. poz. 37 – Symulator pacjenta IV oraz poz. 103 – Symulator pacjenta I).

Z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii.

Biegła stwierdziła, iż „dopuszczenie innych produktów (symulatorów) w poz. 37 i poz. 103 nie przyniosłoby uszczerbku dydaktycznego, gdyż środowisko pracy zbliżone do naturalnego byłoby odtworzone. Rozwiązanie w postaci symulowanego pulsoksymetru zastosowane w symulatorach (poz. 37) „nie jest atrapą”, lecz rozwiązaniem równoważnym,

które nie zakłóca pracy symulatora i nie burzy procesów dydaktycznych. Sam pulsoksymetr jest urządzeniem stosunkowo prostym w obsłudze i nie wymaga wielu szkoleń. Dopuszczenie symulatora z opcją symulowanego pulsoksymetru jest rozwiązaniem, które nie wpływa na pogorszenie procesu dydaktycznego. Biegła nie może zgodzić się z Zamawiającym, że w rzeczywistości niemożliwe jest użycie przez ratownika medycznego dodatkowego urządzenia jakim jest pulsoksymetr, które jak twierdzi Zamawiający nie występuje w rzeczywistej pracy. Takie urządzenie jest jak najbardziej realne, jest wykorzystywane w codziennej pracy, a w realnych warunkach nie zawsze saturacja mierzona jest za pomocą funkcji defibrylatora. Podłączenie pulsoksymetru (dodatkowego urządzenia) nie stanowi większego problemu dla pracującego personelu. Ponadto monitorowanie saturacji na oddzielnym urządzeniu z medycznego punktu nie wpływa (bo nie może) na zapis sygnału EKG otrzymywany z defibrylatora. W tym miejscu wskazać należy, że także argumenty Zamawiającego w zakresie powoływania się na Ustawę o ratownictwie medycznym oraz normę PN EN 1789 dotyczącą wyposażenia ambulansów nie świadczą wcale o tym, że w symulatorach musi być zastosowana opcja pulsoksymetru klinicznego. Przywołanie w/w regulacji prawnych, w tym przypadku nie znajduje racjonalnego ani merytorycznego uzasadnienia. Ponadto, oprogramowanie do sterowania symulatorem na podstawie modelu 3D na dzień 9.05.2013 roku (dzień otwarcie ofert) spełnia tylko jeden rodzaj sprzętu – jednego producenta (Gaumard Scientific Company). Pozostałe wskazane przez Zamawiającego symulatory METI i LAERDAL nie spełniają tego parametru. Taką informację przekazał Zamawiającemu dystrybutor zarówno LAERDAL (LMP Sp. z o.o.), jak i METI (Medline Sp. z o.o.). Dodatkowo materiały informacyjne dotyczące tych produktów, nie potwierdzają spełniania w/w parametru.”

Ponadto biegła wskazała, co następuje.

1.Opis przedmiotu zamówienia wskazuje na produkty firmy Gaumard Scientific Company.

Parametry techniczne wskazujące na produkty w/w firmy to w szczególności:

- pomiar saturacji przy użyciu pulsoksymetru klinicznego, zawarty w opisie symulatora IV oraz
- oprogramowanie do sterowania symulatorem na podstawie modelu 3D w opisie symulatora I.

Ponadto, wskazać należy, że sporządzony opis przedmiotu zamówienia jest odzwierciedleniem ulotki producenta zarówno w przypadku poz. 37 jak i poz. 103.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia oraz zgromadzonych w toku postępowania dokumentów, wykazała że w przypadku poz. 37 punkty 1.3; 2.5; 2.6; 2.9; 2.10 OPZ wskazują na producenta Gaumard Scientific Company, a pomiar saturacji przy użyciu pulsoksymetru klinicznego, zawarty w opisie symulatora IV wyklucza udział konkurencji. W przypadku poz. 103 świadczą o tym punkty 2.4; 2.9; 2.10; 2.15. Należy również dodać, że obrazowanie 3D Modelu symulatora (2.15) jest charakterystyczne dla interfejsu UNI® (Ujednolicona platforma sterowania Symulatora) opracowanego przez Gaumard Scientific Company. UNI® Control Software jest wkomponowany w symulatory HAL. Biorąc pod uwagę znak zastrzeżony widniejący przy systemie UNI należy wnioskować, że jest to rozwiązanie charakterystyczne wyłącznie dla jednego producenta, dostępne w symulatorach HAL (<http://www.gaumard.com/s3201>). Wobec powyższego biegła nie podziela poglądu Zamawiającego jakoby inne symulatory dostępne na rynku, w tym w szczególności METIman, Laerdal posiadały funkcję 3D i spełniały wymagania Zamawiającego zawarte w OPZ. Analiza parametrów technicznych tych symulatorów wykazała chociażby, że urządzenia nie mają możliwości wyświetlania 12 krzywych dynamicznych, a sam fakt posiadania obsługi symulatora za pomocą dotykowego monitora nie świadczy o tym, że

zachowana jest funkcja 3D. W świetle powyższego parametr ten zdecydowanie wyklucza udział konkurencji z uwagi na opisane oprogramowanie do sterowania symulatorem na podstawie modelu 3D (poz. 103), funkcji opatrzonej znakiem zastrzeżonym.

2. Zdaniem biegłej potrzeby wskazane przez Zamawiającego nie miały uzasadnienia dla takiego opisu przedmiotu zamówienia, ze szczególnym wskazaniem konkretnego producenta - Gaumard Scientific Company. Dopuszczenie innych rozwiązań między innymi proponowanych przez Medline Sp. z o. o. oraz LMP Sp. z o. o. było możliwe bez uszczerbku dla procesów dydaktycznych. (...)

4. Możliwe było podzielenie zamówienia na pakiety (zadania) bez uszczerbku dla realizacji całego zamówienia. Zamawiający powinien uczynić to już na etapie określania swoich potrzeb, bowiem jako specjalista doskonale wie, że sprzęt medyczny i symulatory medyczne to dwie różne grupy.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłej, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że parametry określone dla pozycji nr 37 – Symulator pacjenta IV oraz pozycji nr 103 – Symulator pacjenta I wskazywały na produkty firmy Gaumard Scientific Company. Z opinii biegłej wynika także, że określone przez Zamawiającego wymagania dotyczące w przypadku Symulatora pacjenta IV – pomiaru saturacji przy użyciu pulsoksymetru oraz w przypadku Symulatora pacjenta I – oprogramowania do sterowania symulatorem na podstawie modelu 3D symulatora, nie wynikały z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający mógł zatem zrezygnować z powyższych zapisów i sformułować opis przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwiłby przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. W szczególności rezygnacja z ww. wymogów nie wpłynęłaby negatywnie na proces dydaktyczny przy wykorzystaniu symulatorów.

Na marginesie należy zauważyć, że przedmiot zamówienia nie został podzielony na części (pakiety), mimo złożonych w tej sprawie wniosków wykonawców, którzy następnie nie złożyli ofert. Dopuszczenie składania ofert częściowych jest wprawdzie uprawnieniem, nie obowiązkiem zamawiającego, niemniej jednak zasadne jest korzystanie z tego uprawnienia w celu zwiększenia dostępu wykonawców do zamówienia. W przedmiotowej sprawie brak dopuszczenia składania ofert częściowych przyczynił się dodatkowo do utrudnienia uczciwej konkurencji, które wystąpiło już z powodu opisanego symulatorów w sposób wskazujący na konkretnego producenta.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ten sposób, że część produktów mogła pochodzić wyłącznie od firmy Gaumard Scientific Company, co oznacza, że w konsekwencji ograniczony został krąg podmiotów mogących złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia z uchybieniem terminu, które w związku z tym nie były rozpatrywane merytorycznie ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 55/16).

IV.4.4. Przedmiot zamówienia: przygotowanie terenów inwestycyjnych pod budowę Parku Naukowo Technologicznego

Wartość zamówienia: 17.183.227,31 zł (4.067.132,31 euro)

Wszczęcie postępowania: 03.01.2015 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ, przedmiotem zamówienia były roboty budowlane obejmujące wykonanie m.in. sieci i urządzeń elektroenergetycznych, w tym farmy fotowoltaicznej i stacji transformatorowej wraz z linią kablową SN.

W toku postępowania do zamawiającego wpływały pytania do treści SIWZ, których część dotyczyła opisu przedmiotu zamówienia w zakresie paneli i inwerterów fotowoltaicznych. M.in. podniesiono, że „opisane w projekcie inwertery zawierające 9 niezależnych wejść śledzących MPPT nie są produkowane przez żadnego z powszechnie dostępnych producentów i dystrybutorów w Polsce”. Wykonawca zasugerował przy tym zamawiającemu inne rozwiązanie techniczne dotyczące inwerterów. Po drugie, zdaniem wykonawcy, zastosowanie przedniej szyby paneli ze szkła o grubości 1,5 mm jest nieprawidłowe. Jak wskazano, „znajomość ogólnoswiatowego rynku paneli fotowoltaicznych wskazuje na to, iż takie szkło nie jest stosowane w fotowoltaice gruntowej. Szkło o grubości 1,5 mm ma słabą wytrzymałość i krótkotrwałą odporność na grad. Biorąc pod uwagę, iż projektowana instalacja powinna mieć trwałość standardową 25 lat, to projektowane szkło nie spełni podstawowych funkcji ochronnych ogniw fotowoltaicznych. Jak do tej pory żaden z akredytowanych ośrodków certyfikujących nie certyfikował rozwiązania paneli fotowoltaicznych z przednią szybą o takiej grubości. (...). Znajomość rynku wskazuje na to, iż zaprojektowane panele fotowoltaiczne nie są produkowane na standardowych liniach produkcyjnych”. W odpowiedzi zamawiający odmówił dokonania modyfikacji projektu technicznego zgodnie z wnioskami wykonawców.

Z uwagi na fakt, że ocena wymagań dla urządzeń składających się na farmę fotowoltaiczną wymagała wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu powołał w sprawie biegłego z zakresu energetyki słonecznej. Biegły ocenił prawidłowość opisu wszystkich elementów składających się na farmę fotowoltaiczną.

Odnosząc się do kwestii typu szkła przedniego biegła wskazała, że „Stosowanie szkła wzmocnianego metodą wymiany jonowej nie jest popularne w rozwiązaniach przeszkleń modułów fotowoltaicznych. Dostępne na rynku typowe rozwiązania, nawet o wysokiej sprawności nie wykorzystują szkła wzmocnianego tą metodą. Również stosowanie tak cienkiego szkła w modułach fotowoltaicznych nie jest rozpowszechnione. (...) Podsumowując, warunek grubości szkła oraz konkretnej metody jego wzmocniania w bardzo dużym stopniu ogranicza dostępność dostawców. Produkt, jaki może być zastosowany musi zostać wykonany na zlecenie, a nie być typowo dostępnym na rynku. Dodatkowo stosowanie szkła o grubości 1,5mm i cieńszego budzi wątpliwości odnośnie do jego trwałości. Warunek taki nie powoduje podniesienia jakości modułu oraz nie ma praktycznego wpływu na transmisyjność szkła, a w konsekwencji na sprawność całego urządzenia”. W innym miejscu biegły dodaje, że „Sposób wzmocniania przeszklenia również nie wpływa w istotny sposób na uzyski energetyczne instalacji. Stanowić on może dodatkowy czynnik poprawiający jakość wykonania modułu, jednak zapisany w projekcie wykonawczym sposób wzmocniania szkła metodą wymiany jonowej nie jest powszechnie stosowany i sprawdzony na szeroką skalę w przemyśle związanym z fotowoltaiką”. (...)

Odnosząc się do kwestii paneli, biegła wskazała, że „Wymagania sformułowane we wszystkich punktach, traktowane łącznie, jako wymaganie kompleksowe, w sposób istotny ograniczają dostępność dostawców mogących zrealizować zamówienie. Z dostępnych danych autorowi nie udało się znaleźć odpowiedniego dostawcy, który ma tego typu rozwiązania w swojej ofercie. Oczywiście moduł o wymienionych parametrach może być wykonany na zamówienie, ale oznacza to znaczne zwiększenie nakładów inwestycyjnych i nie jest niczym uzasadnione. Projektant argumentował wybór parametrów modułu osiągnięciem maksymalnych uzysków z instalacji fotowoltaicznej, jednak nie sprecyzował on podstawowego parametru, który zapewnił by realizację tego celu, tj. sprawności całego modułu. W ten sposób wskazane w projekcie wykonawczym wymagania nie zapewniają maksymalnych uzysków, a jedynie ograniczają dostępność rozwiązań. Wymagania dotyczące konkretnej mocy modułu odpowiadającej określonej powierzchni modułu i powierzchni laminatu, oraz konkretnego typu szkła zastosowanego do jego budowy, nie są standardowymi rozwiązaniami stosowanymi w modułach fotowoltaicznych. Powoduje to, że do realizacji projektu mogą być wykorzystane jedynie produkty wykonywane na zamówienie. Autor projektu argumentuje, że każdy ze zdefiniowanych elementów można zakupić oddzielnie i całość modułu zamontować. Wymaga to od dostawcy posiadania odpowiedniej linii montażowej lub zamówienia wszystkich elementów oddzielnie i znalezienie odpowiedniego producenta, który zrealizuje dla niego takie zamówienie. Szczególnie istotnym parametrem jest w tym przypadku zaproponowane szkło o grubości 1,5mm wzmacniane metodą wymiany jonowej, które jest produktem bardzo trudno dostępnym, a jego zastosowanie nie wpływa w widoczny sposób na poprawę pracy systemu fotowoltaicznego. Jednocześnie stosowanie rozwiązania nietypowego powoduje wystąpienie zwiększonego ryzyka związanego z eksploatacją takiego urządzenia. (...)”

Zdaniem biegłej, „Wyszczególnione w pkt. 1 niniejszej opinii wymagania stawiane modułom fotowoltaicznym oraz wyszczególnione w pkt. 2 wymagania stawiane falownikom nie są gwarancją uzyskania najwyższych uzysków energii z instalacji fotowoltaicznej. Budowa instalacji o innym typie ogniw fotowoltaicznych oraz innym typie przeszklenia również pozwoli zrealizować cel projektowanego systemu fotowoltaicznego. Przedstawione w projekcie wykonawczym: Projektowane Sieci i Urządzenia Elektroenergetyczne: farma fotowoltaiczna, obliczenia dotyczące szacowanych uzysków z instalacji 580 kW wskazują na uzyski roczne wynoszące 554 MWh. Wynik taki jest wynikiem typowym dla większości systemów fotowoltaicznych budowanych w Polsce i nie wyróżnia się w sposób szczególny, pomimo bardzo „wyśrubowanych” wymagań dotyczących budowy modułów i falowników. Roczny uzysk jednostkowy na 1kWp mocy zainstalowanej to 955 kWh/kWp”. (...) Zrealizowanie celu projektowanego systemu fotowoltaicznego jest możliwe przy zastosowaniu modułów o innych parametrach, w szczególności o innym typie szkła niż zapisane w wymaganiach projektu wykonawczego”.

Biegła podsumowuje swoją opinię stwierdzając jednoznacznie, że „zawarte w dokumencie wymagania są nieuzasadnione pod względem technicznym jak i ekonomicznym. Powodują znaczne zawężenie dostępnych na rynku rozwiązań oraz konieczność zakupu zarówno modułów fotowoltaicznych oraz inwertorów, jako elementów wykonanych na zamówienie. Liczba firm, które mogą sprostać przedstawionym w Projekcie wykonawczym wymaganiom jest bardzo wąska, w Europie firm takich jak tylko kilka (Ertex solartechnik GmbH, Sunnovation Production GmbH, Onyx Solar). Jediną firmą w Polsce, która może wykonać produkt spełniający wymagania dotyczące produkcji modułów fotowoltaicznych jest firma MLSystem”.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W przedmiotowej sprawie opis przedmiotu zamówienia w zakresie modułów oraz inwerterów fotowoltaicznych stawia przed wykonawcami konieczność zaoferowania urządzeń wykonanych na zlecenie, z uwagi na zablokowanie możliwości dostarczenia jakichkolwiek gotowych, dostępnych na rynku rozwiązań. Jak wykazała biegła, tak wysoko postawione wymogi nie miały przy tym żadnego uzasadnienia technicznego, ani ekonomicznego. W dodatku w przypadku paneli fotowoltaicznych tylko jeden producent, spośród producentów polskich, dysponował możliwością wytworzenia wymaganego urządzenia. Co istotne, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia dwóch wykonawców zwróciło uwagę zamawiającemu na nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, jednak zamawiający odmówił jakichkolwiek zmian. Z tych względów, mając na uwadze opisane wyżej okoliczności oraz opinię biegłej powołanej w sprawie należy stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie modułów oraz inwerterów fotowoltaicznych został dokonany z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, tzn. w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 19/16).

IV.4.5. Przedmiot zamówienia: dostawa fabrycznie nowej koparko – ładowarki

Wartość zamówienia: 256.097,56 zł (60.616,24 euro)

Wszczęcie postępowania: 18.02.2015 r.

Projekt z Programu Operacyjnego zrównoważony rozwój sektora rybołówstwa i nadbrzeżnych obszarów rybackich

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz zamawiający wymagał, aby koparko - ładowarka spełniała poniższe minimalne wymagania:

- 1) „Fabrycznie nowa, rok produkcji 2015 lub 2014.
- 2) Silnik wysokoprężny z turbodoładowaniem, o maksymalnej mocy od 90 do 95 KM, spełniający normę emisji spalin Tier 4 lub równoważną, bez filtra cząstek stałych.
- 3) Minimalny moment obrotowy 430 Nm przy 1 400 obr/min.
- 4) Masa całkowita maksymalnie 8500 kg.
- 5) Skrzynia biegów typu Power Shift z co najmniej 4 biegami w przód i 4 wstecz rewers, (dopuszczalna skrzynia biegów automatyczna) wyposażona w blokadę zmiennika momentu.
- 6) Napęd na cztery koła, przednia oś skrętna, koła przednie rozmiar 400/70 - 20 cali, tylne 480/80 - 26 cali.
- 7) Układ hydrauliczny - pompa wielotłoczkowa o przepływie min 160 l/min i ciśnieniu roboczym min 250 bar.
- 8) Sygnał akustyczny cofania.
- 9) Kabina operatora spełniająca standardy normy ROPS/FOPS.
- 10) Światła przednie drogowe oraz dodatkowe oświetlenie robocze przód/tył.
- 11) Skrzynka narzędziowa.
- 12) Osprzęt ładowarkowy:
 - a) łyżka ładowarki wielofunkcyjna o pojemności min 1,0 m³ z widłami do palet,
 - b) samo poziomowanie łyżki ładowarkowej,

- c) układ „powrót do kopania” łyżki ładowarkowej,
 - d) wysokość załadunku co najmniej 3,0 m,
 - e) wysokość podnoszenia wideł co najmniej 2,5 m,
 - f) wysokość wyładunku co najmniej 2,50 m, przechył łyżki 45 stopni,
 - g) ładunek podnoszony do pełnej wysokości co najmniej 3000 kg,
 - h) siła skrawania łyżki min 6500 kG.
- 13) Osprzęt koparkowy:
- a) ramię robocze teleskopowe wysuwane,
 - b) głębokość kopania min 5,5 m,
 - c) zasięg na poziomie gruntu od osi obrotu ramienia co najmniej 6,5 m,
 - d) zasięg na poziomie gruntu w bok od osi maszyny co najmniej 7,0 m,
 - e) wysokość załadunku co najmniej 4,5 m,
 - f) udźwig łyżki z wysuwem co najmniej 700 kg,
 - g) udźwig łyżki bez wysuwu co najmniej 1400 kg,
 - h) siła skrawania łyżki min 6000 kG,
 - i) szybkozłączce koparkowe mechaniczne lub hydrauliczne,
 - j) łyżka koparkowa o szerokości 330 - 370 mm,
 - k) łyżka koparkowa o szerokości 580 - 620 mm,
 - l) łyżka koparkowa o szerokości 850 - 9000 mm,
 - m) łyżka skarpowa o szerokości 1400 - 1600 mm.
- 14) Układ SRS amortyzujący ruchy ramienia ładowarkowego podczas transportu.
- 15) Nawigacja satelitarna GPS z pomiarem stanu paliwa.
- 16) Pełna [gwarancja – dop. wł.] na okres min. 12 miesięcy bez limitu motogodzin.
- 17) Gwarancja na silnik, skrzynie jazdy i mosty na okres min. 60 miesięcy z limitem 2000 motogodzin.
- 18) Podjęcie naprawy gwarancyjnej przez serwis, w miejscu ewentualnego unieruchomienia maszyny w ciągu maksymalnie dwóch dni roboczych od telefonicznego powiadomienia o usterce.”

W terminie składania ofert (tj. 02.03.2015 r.) do zamawiającego wpłynęły 2 oferty. Obydwaj wykonawcy zaoferowali koparko – ładowarkę JCB 3 CX Turbo Plus.

Z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję oraz czy zapisy zamawiającego o dopuszczalności złożenia ofert równoważnych (tj. o parametrach wyższych od wskazanych w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu) dają wykonawcom realną możliwość złożenia takich ofert.

Biegły w opinii przedstawił poniższe stanowisko:

„1. W świetle ostatecznych postanowień siwz, zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj. konkretnej marki i modelu koparko-ładowarki, będącej przedmiotem zamówienia. Jest to maszyna marki JCB model 3CX Turbo Plus. Parametrami przesądzającymi o możliwości wyboru tylko tego modelu to: brak filtra DPF przy spełnieniu normy Tier4 oraz konieczność zastosowania systemu SRS. Parametrów tych nie spełnia jakakolwiek maszyna innego producenta. Istnieje ponadto szereg innych parametrów których nie spełniają poszczególne maszyny (opisane szczegółowo w ust. IV niniejszej opinii)

2. Produkty Case, Caterpillar, New Holland, Komatsu, Terex nie spełniają wymów siwz w zakresie opisanym szczegółowo w ust. IV niniejszej opinii”.

W ust. IV opinii biegły przedstawił parametry określone w siwz, których nie spełniały koparki innych producentów, takich jak: Caterpillar, Terex, Volvo, Case, Komatsu i New Holland. Na koniec biegły podkreślił, iż „Najważniejszymi ograniczeniami w możliwości zaoferowania maszyn innych dostawców, których niewielka modyfikacja mogła wpłynąć istotnie rozszerzenie oferty, były:

1. górna granica mocy silnika – 95 KM (zalecane zniesienie lub podwyższenie),
2. maksymalny moment obrotowy na poziomie 430 Nm przy 1 400 obr/min (zalecane obniżenie),
3. maksymalna masa całkowita na poziomie 8 500 kg (później 8 650 kg – zalecane podwyższenie),
4. maksymalny wydatek pompy hydraulicznej na poziomie 160 l/min i ciśnienie robocze min. 250 bar (zalecane obniżenie),
5. siły skrawania łyżek (zalecane obniżenie),
6. głębokość kopania (zalecane obniżenie),
7. szerokości łyżek (zalecana zmiana zakresów),
8. układ amortyzujący SRS (zalecane dopuszczenie układu równoważnego).

Biegły dodał, że wiele z wymienionych wyżej parametrów maszyn innych producentów (w odniesieniu do maszyny zaoferowanej w przetargu), dotyczących układów roboczych, mogłoby zostać spełnionych, gdyby dopuszczone zostały maszyny o wyższej mocy i masie całkowitej oraz oczywiście z filtrem DPF.”

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić, że zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia wskazując na konkretny produkt, markę i model koparko-ładowarki, tj. JCB model 3CX Turbo Plus. Określone w siwz wymagania techniczne dotyczące wymogu braku filtra DPF przy spełnieniu normy Tier4 oraz konieczność zastosowania systemu SRS przesądzały o możliwości wyboru tylko ww. modelu koparko – ładowarki. Z przedstawionej opinii biegłego wynika jednocześnie, że wymagań zamawiającego odnośnie parametrów przedmiotu zamówienia, które przesadzają o możliwości wyboru marki JCB model 3CX Turbo Plus, nie można uzasadnić potrzebami zamawiającego. Jak wskazał biegły, sformułowania opisu przedmiotu zamówienia zawarte w siwz oraz późniejsze wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego zawierają wiele sprzeczności i trudnych do uzasadnienia zapisów. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia często określał parametry na poziomie najniższym z występujących na rynku, a innych na najwyższym. Parametry te były opisane bardzo szczegółowo, przy czym ich wpływ na pracę maszyny był często znikomy. Jak uznał biegły „Niewielkie modyfikacje tychże warunków rozszerzyłyby znacznie możliwość ofertowania przez innych dostawców”.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż zapisy siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zostały przez zamawiającego sporządzone w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji, bowiem wskazywały na konkretnego producenta. Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 42/16).

IV.5. Naruszenia dotyczące opisu kryteriów oceny ofert

IV.5.1. Przedmiot zamówienia: dostawa samochodów zaopatrzeniowych z żurawiem

Wartość zamówienia: 19.444.444,44 zł (4.602.344,30 euro)

Wszczęcie postępowania: 29.09.2014 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający w siwz określił dwa kryteria oceny ofert: cena oferty – waga: 80% oraz parametry techniczne (ładowność pojazdu) – waga 20%. W toku postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego m.in. o zdefiniowanie metody obliczania „ładowności pojazdu”, stanowiącej kryterium oceny ofert. Zamawiający wyjaśnił, że „Zamawiający będzie oceniał oferty na podstawie parametrów technicznych podanych w homologacji podwozia”. Z kolei pismem z dnia 30.10.2014 r. w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, który wskazał, że w homologacji podwozia podane są dwa parametry techniczne: maksymalna masa całkowita i dopuszczalna masa całkowita, zamawiający poinformował, że „będzie dokonywał oceny ładowności na podstawie dopuszczalnej masy całkowitej”. W odpowiedzi na kolejne pytanie wykonawcy, zamawiający wyjaśnił: „W załączniku nr 5 „Oferta” w pozycji „Oferujemy samochód o ładowności...” należy podać ładowność obliczoną jako różnicę pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia określoną w wyciągu ze świadectwa homologacji podwozia a masą własną podwozia określoną w wyciągu w wyciągu ze świadectwa homologacji podwozia. Zgodnie z punktem 9.2 zamawiający dokona oceny oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań określonych przez zamawiającego na podstawie złożonych dokumentów oraz dostępnych publicznie opisów”.

Zamawiający w toku oceny ofert zwrócił się do wszystkich wykonawców z prośbą o uzupełnienie ofert na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez podanie masy własnej oferowanych podwozi, określonej w wyciągu ze świadectwa homologacji.

Wykonawca W. poinformował, że zgodnie z wyciągiem ze świadectwa homologacji oferowanego podwozia jego masa własna wynosi 8100 kg. Wykonawca podał również, iż ładowność pojazdu, liczona jako różnica pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia wskazaną w homologacji podwozia, a masą własną wynosi 13 900 kg. Wskazał przy tym, iż zamawiający w żadnym punkcie siwz nie wymagał podania przez oferentów parametrów masy własnej.

Wykonawca S. poinformował, iż masa własna oferowanego podwozia wynosi 7 650 kg. Wykonawca wskazał, iż wymagane przez zamawiającego w ww. piśmie podanie danych technicznych określonych w wyciągu ze świadectwa homologacji jest niemożliwe do zrealizowania, ponieważ dokument taki nie istnieje od dnia 23.06.2013 r. Wykonawca wskazał, że zgodnie z implementowaną Dyrektywą Ramową 2007/46/WE dokument „Wyciąg z homologacji” został zastąpiony dokumentem WE o nazwie „Świadectwo Zgodności” lub „Świadectwo Zgodności WE”. Zgodnie z Rozporządzeniem Komisji WE nr 385/2009, Świadectwo Zgodności bądź Świadectwo Zgodności WE jest oficjalnym oświadczeniem, że konkretny pojazd został wyprodukowany zgodnie z wymogami określonymi w prawie Unii Europejskiej w sprawie homologacji typu, co wskazuje, iż ww. świadectwa wystawione mogą być tylko dla pojazdów wyprodukowanych. Wykonawca poinformował, że dla produkcji przyszłej dane techniczne mogą być określone na podstawie dokumentacji technicznej

producenta. Ponadto wykonawca wskazał, że masa własna pojazdu nie występuje w Świadectwie Zgodności, zaś parametrem jej odpowiadającym jest masa pojazdu w stanie gotowym do jazdy, co zgodnie z Dyrektywą 70/156/WE oznacza ciężar pojazdu z karoserią w układzie gotowym do jazdy (z płynem chłodniczym, środkami smarnymi, paliwem, narzędziami i przyborami, kołem zapasowym i kierowcą). Wykonawca wskazał, iż z uwagi na to, że krajowe przepisy wymagają podania m.in. masy własnej producent bądź importer pojazdu ma obowiązek wystawić dla pojazdów kompletnych i skompletowanych „Oświadczenie o danych i informacjach o pojeździe niezbędnych do rejestracji i ewidencji pojazdów”, jednakże oświadczenie to nie dotyczy pojazdów niekompletnych. Wykonawca wskazał, iż na potrzeby kalkulacji ładowności (rozumianej tak, jak określił to w siwz zamawiający - jako różnicę pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia a masą własną podwozia), przyjął, że masę własną podwozia skalkulować można na podstawie masy w stanie gotowym do jazdy pojazdu standardowego, powiększoną/pomniejszoną o masy elementów indywidualnego pojazdu i o masę kierowcy. Wykonawca wskazał, iż dopuszczalna masa całkowita pojazdu jest parametrem określonym przepisami krajowymi i jest równa technicznej dopuszczalnej maksymalnej masie całkowitej pojazdu określonej w punkcie 1.6 Świadectwa Zgodności, z uwzględnieniem krajowych przepisów ustawy z dnia 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. 2012 poz. 1137 ze zm.) (dalej jako Prawo o ruchu drogowym), zgodnie z którym dla pojazdu dwuosowego dmc ograniczona jest do 18 000 kg, nawet gdy ww. określona w punkcie 1.6 Świadectwa zgodności masa maksymalna jest wyższa od tej wartości. Wykonawca zaznaczył, że pojazdy pożarnicze nie są objęte ww. ograniczeniem i maksymalna masa rzeczywista takiego pojazdu może przekraczać ten parametr, ale wg. wykonawcy sposób wyliczenia ładowności wskazany przez zamawiającego nie pozostawia wątpliwości, że należało przyjąć dopuszczalną masę całkowitą (tj. 18 000 kg). Wykonawca wskazał również, że dokonał obliczenia ładowności poprzez odjęcie od dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu (18 000 kg) kalkulowanej masy podwozia przeznaczonego do przyszłej produkcji (7 650 kg), w wyniku czego wyliczył ładowność 10 350 kg. Wykonawca zaznaczył przy tym, iż taki parametr nie wystąpi w żadnych dokumentach pojazdu, stanowi bowiem zdefiniowany przez zamawiającego wskaźnik istotny w ocenie ofert.

Wykonawca D. oświadczył, iż masa własna oferowanego podwozia wynosi od 5 400 do 10 300 kg. Z załączonych do ww. pisma dokumentów – specyfikacja techniczna pojazdu przekazana przez producenta - wynika, iż techniczna masa całkowita oferowanego pojazdu wynosiła 18 600 kg, dopuszczalna krajowa masa całkowita – 18 000 kg, zaś masa podwozia – 6 415 kg.

Wykonawca Z. wskazał, iż masa własna oferowanego podwozia wynosi 7 711 kg. Ponadto wykonawca załączył wyjaśnienia producenta podwozia – IVECO Poland Sp. z o.o. dotyczące masy podwozia, których treść pokrywa się z ww. wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę S., z tą różnicą, iż obliczony w ten sam sposób parametr „ładowność podwozia”, wobec innej wykalkulowanej masy własnej podwozia – 7 711 kg, po dokonaniu odjęcia od dopuszczalnej masy całkowitej 18 000 kg wyniósł 10 289 kg.

Wykonawca T. w piśmie z dnia 3.12.2014 r. wskazał, iż masa własna oferowanego podwozia nie przekroczy 6 740 kg. Ponadto dołączył pismo producenta pojazdu MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., w którym wskazano, iż definicja terminu dopuszczalnej masy całkowitej jest określeniem precyzyjnym, jasno i bezsprzecznie odróżniającym się od definicji maksymalnej masy całkowitej i dla pojazdów dwuosowych nie może ona przekroczyć 18 000 kg. W piśmie tym wskazano również, iż wobec przepisów krajowych oferta producenta dla wykonawcy określała dmc na 18 000 kg oraz masę własną podwozia na 6740 kg.

Pismami z dnia 8.12.2014 r. zamawiający poinformował wykonawców D. i W., iż w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawy omyłek w ich ofertach, wskazując, że zgodnie z odpowiedziami zamawiającego i wyjaśnieniami wykonawców w zakresie treści złożonych ofert dotyczącymi masy własnej podwozia wyliczenie ładowności powinno mieć charakter równań:

- w ofercie wykonawcy D.: $18\ 000\ \text{kg} - (\text{minus})\ 6\ 415\ \text{kg} = 11\ 585\ \text{kg}$,

- w ofercie wykonawcy W.: $18\ 000\ \text{kg} - (\text{minus})\ 8\ 100\ \text{kg} = 9\ 900\ \text{kg}$,

wobec czego zamawiający zmienił w ofercie D. zapis z „Oferujemy samochód o ładowności 8,6 ton” na zapis – „Oferujemy samochód o ładowności 11,585 tony”, natomiast w ofercie W. zapis „Oferujemy samochód o ładowności 13,9 tony” na zapis – „Oferujemy samochód o ładowności 9,9 tony”.

Wykonawca W. pismem z dnia 10.12.2014 r. poinformował zamawiającego, iż nie wyraża zgody na poprawienie jego oferty w ww. sposób. Wykonawca oświadczył również, że złożona przez niego oferta jest zgodna z postanowieniami siwz, wyjaśnieniami do siwz i przepisami ustawy i nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający pismem z dnia 12.12.2014 r. poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oferty wykonawcy W. wobec braku wyrażenia zgody na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wykonawca W. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy W. oraz nakazała dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, iż z wyjaśnień zamawiającego poczynionych na rozprawie i zawartych w odpowiedzi na ww. odwołanie wynika, że zamawiający określeniom zawartym w siwz przypisał znaczenia z ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2012 r. poz. 1137, 1448) i wydanego na jej podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (w brzmieniu z t.j. Dz. U. 2013 r. poz. 951). W rezultacie powołania się na rozporządzenie z 2002 r., zamawiający uznał, iż dopuszczalna masa całkowita nie może przekraczać 18 ton, wobec czego dokonał poprawy oferty wykonawcy W. Izba podkreśliła, że informacja o odniesieniu do ww. aktów prawnych nie została zawarta w siwz ani wyjaśnieniach do siwz. Zamawiający nie określił również, iż stanowiącą podstawę obliczenia ładowności pojazdu dopuszczalna masa całkowita nie może przekraczać 18 ton. Wadliwe określenie kryteriów oceny ofert doprowadziło do dokonania oceny ofert przy użyciu kryteriów, które nie zostały określone w siwz, a zostały ustalone przez zamawiającego już na etapie oceny ofert. W konsekwencji zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, na którą wykonawca W. nie wyraził zgody, w rezultacie czego jego oferta została odrzucona. Krajowa Izba Odwoławcza uznała dokonanie ww. poprawy omyłki za nieuprawnione, wobec posługiwania się przez zamawiającego kryteriami dorozumianymi. W związku z tym, za naruszające art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Izba uznała również odrzucenie przedmiotowej oferty wobec braku zgody wykonawcy na poprawę omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 26.1.2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnieniu poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz unieważnieniu

odrzućenia oferty wykonawcy W. Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta wykonawcy W.

Mając na uwadze powyżej ustalony stan faktyczny, stwierdzić należy, że zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób nieprecyzyjny, posługując się pojęciami, które nie zostały dookreślone – sposób obliczenia kryterium „ładowność” został sprecyzowany dopiero w wyjaśnieniach do siwz, jednakże dookreślenie to okazało się również niepełne. Zamawiający dopiero na etapie oceny ofert wskazał, iż zastosowanie znajdują również przepisy określające dopuszczalną masę całkowitą, mimo iż – jak wskazała Izba – wykonawca W. zasadnie przyjął, iż przepisy te nie dotyczą pojazdów specjalnych. Nieprecyzyjne określenie kryteriów oceny ofert doprowadziło do wskazanego przez samego zamawiającego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem część wykonawców w ofertach wskazała ładowność pojazdu jako różnicę pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia a masą własną podwozia, zaś wykonawca wybrany – jako różnicę pomiędzy maksymalną masą całkowitą podwozia a masą własną samochodu.

W efekcie zamawiający oceniał oferty w kryterium ładowności pojazdu przyjmując dla wykonawcy W. masę całkowitą w wysokości 22 ton, natomiast dla pozostałych wykonawców – 18 ton, co wpłynęło na obliczenie ładowności pojazdów w taki sposób, że oferta W. została uznana za najkorzystniejszą, mimo że w przypadku stosowania dla wszystkich wykonawców tych samych kryteriów, czyli przyjęcia do obliczeń ładowności pojazdu masy całkowitej w wysokości 18 ton, musiałaby być uznana za czwartą w kolejności.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanowił, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odczytując kompleksowo powyższe unormowania, należy stwierdzić, iż zamawiający obowiązany jest sformułować kryteria oceny ofert w sposób, który zapewni, iż wszystkie oferty oceniane będą na takich samych, nie budzących wątpliwości interpretacyjnych zasadach, zaś wykonawcy nie będą mieli trudności we właściwym formułowaniu ofert. Jak wykazano powyżej, w niniejszej sprawie zamawiający sformułował kryterium ładowności pojazdu w sposób nie pozwalający na wybór najkorzystniejszej oferty, gdyż kryterium nie zostało jednoznacznie opisane, a tym samym w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając na uwadze powyższe, uznać należy, iż nieprecyzyjne określenie kryteriów oceny ofert doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli jest ono obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Artykuł 146 ust. 6 ustawy Pzp stanowi zaś, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W niniejszej sprawie, jak wykazano powyżej, nieprawidłowe określenie kryteriów oceny ofert doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, którego to naruszenia konsekwencją była niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a w praktyce dokonany wybór najkorzystniejszej oferty naruszał zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślenia wymaga, iż wybrana mogłaby być inna oferta, gdyby ww. zasada została zachowana. Należy stwierdzić zatem, że zaszła

przewidziana w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przesłanka unieważnienia umowy - zamawiający dokonał czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania. Zgodnie zatem z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający zobligowany był do unieważnienia przedmiotowego postępowania, jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże, zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania, dokonał wyboru wykonawcy w obciążonym wadą postępowaniu i zawarł z tym wykonawcą umowę, wobec czego stwierdzić należy, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 75/16).

IV.5.2. Przedmiot zamówienia: pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu

Wartość zamówienia: 385.155,00 zł (91.163,10 euro)

Wszczęcie postępowania: 08.01.2015 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usługi pełnienia roli Inżyniera Kontraktu dla projektu pn.: Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie miasta, w tym pełnienie usługi nad następującymi robotami:

- budowa stacji uzdatniania wody SUW II o wydajności 50 m³/h zgodnie z pozwoleniem na budowę,
- opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz budowę sieci kanalizacji sanitarnej o dł. ok. 6 km wraz z budową 4 szt. pompowni ścieków, z podziałem na 5 zadań,
- modernizacja 6 pompowni ścieków,
- modernizacja oczyszczalni ścieków.

Jak wynika z umowy w sprawie zamówienia publicznego, przedmiotem umowy „są usługi świadczone przez Inżyniera Nadzoru, związane z zarządzaniem technicznym, administracyjnym i finansowym inwestycji. Zarządzanie będzie obejmowało m.in. organizację, nadzór i koordynację procesu inwestycyjnego, wykonywanie obowiązków Inżyniera Nadzoru zgodnie z przepisami prawa, w szczególności Prawa budowlanego, sporządzanie raportów, rozliczanie finansowe inwestycji zgodnie z wymaganiami zamawiającego, instytucji zarządzającej i pośredniczących w ramach realizacji przedsięwzięcia (...).”

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał cenę – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w

załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia oraz biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia w kontrolowanym postępowaniu należy stwierdzić, że zamówienia na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nie można zaliczyć do kategorii „prostych, nieskomplikowanych usług”. Usługa w niniejszej sprawie polega na nadzorze technicznym i jakościowym nad robotami budowlanymi w zakresie budowy stacji uzdatniania wody i kanalizacji sanitarnej, jak również na nadzorze nad całością dokumentacji sporządzonej przez wykonawcę oraz na sprawowaniu kontroli prawidłowości stosowania procedur unijnych i dopełnieniu w tym zakresie wszelkich formalności. Inżynier Kontraktu nie jest pojedynczą osobą, lecz zespołem specjalistów o określonych kwalifikacjach m.in. z zakresu prawa budowlanego. Zakres praw i obowiązków Inżyniera Kontraktu wynika z umowy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, dodatkowo w punkcie 6.1. Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zostało wskazane, że „zarządzanie będzie obejmowało wykonywanie obowiązków Inżyniera zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC (żółty/czerwony)”. Również z § 2 ust. 22 lit. d umowy wynika, że wykonawca jest zobowiązany do „nadzorowania jakości wykonywanych robót budowlanych zgodnie z (...) procedurami FIDIC (...)”.

Funkcja Inżyniera Kontraktu (Nadzoru) może być pełniona wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane w zakresie danej specjalności. Przy wykonywaniu przedmiotowej usługi istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania oraz wielkości do tej, na której nadzór ma być pełniony. W konsekwencji, konkretnej usługi nadzoru inwestorskiego nie może świadczyć każdy podmiot, lecz tylko te podmioty, które spełniają, poza posiadaniem uprawnień budowlanych, także inne warunki udziału w postępowaniu, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia, o czym świadczy też fakt, że zamawiający wymagał w kontrolowanym postępowaniu wykazania się przez wykonawców odpowiednim doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi konkretne uprawnienia budowlane oraz wpis na listę podmiotów legitymujących się odpowiednimi uprawnieniami w danej specjalności branżowej. O ile powyższe kwalifikacje mogą być powszechne w firmach zajmujących się wykonywaniem usług objętych przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie, o tyle nie można powiedzieć, że są to kwalifikacje powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna. Z tego też powodu liczba ośmiu ofert złożonych w kontrolowanym postępowaniu nie może świadczyć o „powszechności” zamawianej usługi.

Ponadto, nie ma podstaw do uznania, iż usługa pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu posiada ustalone standardy jakościowe. FIDIC określa wprawdzie prawa i obowiązki Inżyniera Kontraktu, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres wynika przede wszystkim z rodzaju, zakresu i poziomu skomplikowania inwestycji, na której Inżynier będzie pełnił swoje obowiązki. Stąd też nie można twierdzić, iż usługa nadzoru inwestorskiego może mieć charakter typowy, standardowy i z tego powodu posiadać ustalone standardy jakościowe.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%), ponieważ z przedstawionych informacji wynika, że usługi, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były usługami powszechnie

dostępny o ustalonych standardach, lecz usługami wymagającymi od wykonawcy posiadania specjalistycznej wiedzy, odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu prawa budowlanego oraz dostosowanymi do charakteru konkretnej inwestycji. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający w zakresie ww. naruszenia nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.5.3. Przedmiot zamówienia: świadczenie usług rzeczniaka patentowego

Wartość zamówienia: 400.000,00 zł (94.676,79 euro)

Wszczęcie postępowania: 13.01.2015 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Przedmiotem zamówienia było świadczenie usług rzeczniaka patentowego na potrzeby realizacji projektu POIG, polegających na opracowaniu i dokonaniu zgłoszeń ochrony patentowej wybranych rozwiązań i produktów rynkowych za granicą wraz z doradztwem w zakresie własności przemysłowej. Zamawiający powierzył opracowanie i dokonanie zagranicznych zgłoszeń patentowych, tj. opracowanie, przygotowanie wniosków o udzielenie patentu na 14 wynalazków i dokonanie ich zgłoszeń za granicą, w tym do:

- United States Patent and Trademark (USPTO) – 2 wynalazków,
- Europejskiego Urzędu Patentowego (EPO) – co najmniej 2 wynalazków.

Kraje, w których będą dokonane zgłoszenia pozostałych wynalazków, miały być wskazane przez zamawiającego. W ramach przedmiotu zamówienia do obowiązków wykonawcy miało należeć prowadzenie wszelkich czynności niezbędnych do przeprowadzenia pełnej procedury zgłoszeniowej oraz do ochrony praw własności przemysłowej zamawiającego w okresie trwania umowy, w szczególności:

- a) świadczenie pomocy prawnej i technicznej zgodnie z ustawą z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (t.j. Dz. U. 2011 r. Nr 155 poz. 925), z wyłączeniem zastępstwa procesowego w cywilnych postępowaniach sądowych;
- b) opracowanie wszelkich dokumentów niezbędnych do dokonania zgłoszenia wynalazku w trybie międzynarodowym EPO lub PO w tym:
 - badanie stanu techniki i czystości patentowej,
 - złożenie podania wraz z opisem i wymaganymi dokumentami w trybie EPO, PCT;
- c) obsługę rzeczniaka patentowego własną oraz, jeśli odrębne przepisy lub wytyczne kraju, w którym realizowana jest faza narodowa procedury, wymagają takiej współpracy, również pełnomocników zagranicznych, w tym wybór zagranicznych kancelarii rzeczniaków patentowych oraz zapłatę wynagrodzenia zagranicznym kancelariom patentowym za dokonanie ochrony patentowej na rzecz zamawiającego oraz reprezentowanie zamawiającego; (...)
- d) reprezentowanie zamawiającego w postępowaniu w wybranych krajach i przed Europejskim Urzędem Patentowym, jak również przed sądami oraz dokonanie w imieniu zamawiającego wszelkich czynności w celu uzyskania ochrony patentowej krajowej jak i międzynarodowej.

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%. Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego

jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do przedmiotu niniejszego zamówienia, po pierwsze, należy zauważyć, że usługa ta polega głównie na opracowaniu i przygotowaniu wniosków o udzielenie patentu i dokonaniu ich zgłoszeń za granicą, jak również na świadczeniu doradztwa w zakresie własności przemysłowej. Tym samym wykonawca wykonujący tę usługę musi posiadać uprawnienia do wykonywania zawodu rzecznika patentowego polskiego i europejskiego, jak również posiadać wiedzę i doświadczenie w prowadzeniu spraw przed urzędami patentowymi za granicą. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się wykonywaniem usług rzecznika patentowego, o tyle nie są powszechne generalnie.

Ponadto należy zauważyć, że powyższy zakres usług wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na dokonaniu co najmniej 14 zgłoszeń zagranicznych (w tym co najmniej 2 wg procedury USPTO) oraz posiadał doświadczenie w prowadzeniu spraw patentowych w dziedzinie nauk technicznych (mechanika, elektronika, chemia). Ponadto wykonawca musiał dysponować co najmniej jednym rzecznikiem patentowym, który posiada uprawnienia polskiego rzecznika patentowego, posiada uprawnienia europejskiego rzecznika patentowego oraz przeprowadził jako rzecznik patentowy co najmniej 14 pozytywnie zakończonych procedur zagranicznych, tj. zakończonych udzieleniem patentu. Wykonanie ww. usługi wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia wyniesionych z wcześniej świadczonych usług rzecznika patentowego podobnych pod względem rodzaju czy skomplikowania oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalistyczne uprawnienia.

Nie można także uznać, że ww. usługa posiada ustalone standardy jakościowe. O ile sama procedura zgłoszenia wynalazku do urzędów patentowych jest uregulowana ustawowo (ustawa Prawo własności przemysłowej), o tyle objęta niniejszym zamówieniem usługa pomocy prawnej i technicznej jest wykonywana w sposób i w zakresie zależnym od konkretnego problemu prawnego lub technicznego i nie może być w związku z tym „ustandaryzowana”. Doradztwo z natury rzeczy musi być dostosowane do indywidualnych potrzeb i problemów, jakie ma konkretny zamawiający. Tym samym, ww. usługi nie są usługami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach jakościowych, ale usługami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających specjalistyczne kryteria. A zatem, przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.5.4. Przedmiot zamówienia: remont połączony z modernizacją dojazdu pożarowego

Wartość zamówienia: 2.440.172,39 zł (577.569,26 euro)

Wszczęcie postępowania: 09.01.2015 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Przedmiot zamówienia obejmował wykonanie remontu połączonego z modernizacją dojazdu pożarowego. Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia, należy zauważyć, że roboty budowlane polegające na remoncie i modernizacji pojazdu pożarowego nie zaliczają się do kategorii robót powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. Powyższy zakres robót wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. budowy lub przebudowy drogi o wartości zadania min. 1 500 000,00 zł brutto za każdą robotę, jak również osobą zdolną do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej. Wykonanie ww. robót wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalne uprawnienia budowlane.

Ponadto, roboty takie muszą być wykonane zgodnie z projektem budowlanym, zatem wykonawca musi posiadać umiejętność czytania projektu budowlanego, jak też musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów budowy dróg. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się akurat robotami drogowymi, o tyle nie są powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy tymczasem odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia nie przekłada się wprost na „powszechność, dostępność” danych robót.

Odnosząc się z kolei do argumentacji zamawiającego z pisma z dnia 1.08.2016 r., wskazać należy, iż w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, na którą powołuje się zamawiający (opinia „Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę”, zamieszczona na stronie www.uzp.gov.pl) wskazuje się, że poprzez dostawy lub usługi „powszechnie dostępne” należały rozumieć „dostępność dla wszystkich zainteresowanych”, przy czym chodzi tu o dostępność dla wszystkich zainteresowanych takiego samego lub podobnego świadczenia, zatem brak indywidualizowania przedmiotu świadczenia na potrzeby poszczególnych zamawiających. Natomiast pod pojęciem „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć: typy lub gatunki (dostaw/usług) znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, oferowanym w powszechnej ofercie standardom, nie zaś specyficznym wymaganiom zamawiającego, na skutek dostosowania standardu dostawy czy usługi do jego indywidualnych potrzeb, a zatem o jakości nie wymagającej indywidualnego ustalenia. W niniejszej sprawie zamawiający w pkt III.3.c siwz wskazał, że wykonawca „zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi normami i instrukcjami obowiązującymi w Lasach Państwowych”. Część dokumentacji stanowiła dokumentacja projektowa - załącznik nr 13 do siwz. Konieczność wykonania robót w oparciu o sporządzoną przez zamawiającego dokumentację projektową, przy zgodności m.in. z instrukcjami obowiązującymi w Lasach Państwowych wskazuje na zindywidualizowanie zamówienia i dostosowanie jego przedmiotu do indywidualnych potrzeb zamawiającego. Zamawiający wskazał również, że „o ustalonym standardzie mówimy więc w rozumieniu samego zamawiającego, jak i wykonawców, którzy są zainteresowani konkretnym przedmiotem zamówienia”, zaś wiedza w zakresie standardów jakościowych jest „wiedzą

specjalistyczną i w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia wymaga wiadomości ekspertów lub biegłych z danej dziedziny”. W rozumieniu zamawiającego ustalone standardy oceniają zamawiający i wykonawcy, którzy są zainteresowani konkretnym przedmiotem zamówienia. Należy zauważyć, iż takie rozumienie ustalonych standardów przesądza, iż nawet najbardziej specjalistyczne roboty budowlane traktowane mogą być jako powszechnie dostępne, bowiem mogą być znormalizowane i wszyscy wykonawcy „zainteresowani konkretnym przedmiotem zamówienia” – będą w stanie zaoferować ich wykonanie. Jak zaś wskazano powyżej, oceniając przesłanki zastosowania kryterium ceny jako wyłącznego, określone w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy mieć na uwadze ogół rynku, nie zaś konkretną branżę. Bez wpływu na ocenę naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp pozostaje twierdzenie zamawiającego, iż pomimo zastosowania jedynie kryterium ceny, nie miało to wpływu na jakość otrzymanej usługi ani niedozwolonego wpływu na ceny ofert. Po pierwsze, zamawiający nie jest w stanie przewidzieć konsekwencji zastosowania dodatkowego kryterium, ponieważ do jego zastosowania nie doszło, wobec czego wszelkie rozważania - w tym stwierdzenie, że zastosowanie dodatkowego kryterium nie miałoby wpływu na rezultat postępowania – miałyby charakter czysto hipotetyczny. Nieokreślony pozostaje również wpływ zastosowania jednego kryterium na konkurencję w ww. postępowaniu. Po drugie, art. 91 ust. 2a ustawy Pzp nie przewiduje możliwości zastosowania jedynie kryterium ceny, w przypadku gdy w ocenie zamawiającego, nie będzie to miało wpływu na jakość robót.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%). Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 62/16).

IV.5.5. Przedmiot zamówienia: budowa kanalizacji sanitarnej

Wartość zamówienia: 5.694.315,47 zł (1.416.637,34 euro)

Wszczęcie postępowania: 07.01.2015 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego

Przedmiot zamówienia obejmował wykonanie kanalizacji sanitarnej. Zakres podstawowych robót obejmował budowę:

- kolektorów sanitarnych,
- rurociągów tłocznych,
- kanałów bocznych,
- kanalizacji ciśnieniowej

o łącznej długości 6426 m i przepompowni sieciowych szt. 3 oraz przepompowni przydomowych szt. 1.

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których

mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, a w szczególności roboty budowlane obejmujące przedmiot zamówienia, należy uznać, że roboty te nie zaliczają się do kategorii „prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych”. Po pierwsze, roboty takie muszą być wykonywane zgodnie z projektem budowlanym, zatem wykonawca musi posiadać umiejętność czytania projektu budowlanego, jak też musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów prowadzenia ww. prac budowlanych. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach realizujących roboty budowlane w zakresie budowy kanalizacji sanitarnych, o tyle nie są powszechne w ogóle. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia nie przekłada się wprost na „powszechność, dostępność” danych robót.

Ponadto powyższy zakres robót wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na budowie kanalizacji sanitarnej o łącznej długości min. 3000 m, w ramach której wykonane zostało: min. 2000 m rurociągu sanitarnego o średnicy min. 200 mm i min. 1 przepompownia sieciowa, jak również aby dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe i doświadczenie, tj. kierownikiem budowy, kierownikiem robót sanitarnych oraz kierownikiem robót drogowych. Wykonanie ww. robót wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalne uprawnienia budowlane. Tym samym, ww. roboty nie są robotami powszechnie dostępnymi, ale robotami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających wymagania określone przez zamawiającego. Fakt, że roboty te nie są skomplikowane na tle innych możliwych robót budowlanych, nie oznacza, że są „powszechnie dostępne” w ogóle.

Biorąc ponadto pod uwagę, że ww. roboty musiały być wykonane wg konkretnego projektu budowlanego dostosowanego do konkretnych warunków inwestycji, nie można uznać, że roboty te miały ustalone standardy jakościowe, gdyż standard ich wykonania musiał być dostosowany do potrzeb zamawiającego. A zatem, przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena. W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 74/16).

IV.5.6. Przedmiot zamówienia: kompleksowa informatyzacja SP ZOZ

Wartość zamówienia: 235.122,00 zł (55.651,49 euro)

Wszczęcie postępowania: 13.11.2014 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego

Przedmiot zamówienia obejmował rozbudowę i modernizację posiadanego systemu informatycznego obejmującą sprzęt i oprogramowanie wraz z montażem, konfiguracją i wdrożeniem, udzielenie licencji na oprogramowanie, dostarczenie rozwiązań wpięrających nowe funkcje, integrację powstałego systemu informatycznego oraz modernizację okablowania strukturalnego w budynku B w technologii Ethernet kat 6 (metodą zaprojektuj i wybuduj). Zgodnie z oświadczeniem zawartym w § 4 ust. 2 siwz zamawiający posiada Zintegrowany System Informatyczny InfoMedica/AMMS produkcji firmy X S.A. oraz

zintegrowany z nim system radiologiczny RIS/PACS produkcji firmy Y obsługujący pracownię RTG.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2 (licytacja elektroniczna), a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyżej opisany stan faktyczny, należy stwierdzić, że rozbudowa i modernizacja posiadanego systemu informatycznego nie zalicza się do kategorii dostaw o ustalonych standardach jakościowych. Przedmiot zamówienia cechuje konieczność dostosowania przedmiotu dostawy do indywidualnych potrzeb zamawiającego opisanych w siwz oraz w szczegółowej specyfikacji technicznej. Wskazuje na to m.in. fakt, iż przedmiot zamówienia dotyczy posiadanego przez zamawiającego systemu informatycznego wykonanego w konkretnej technologii i standardzie. Posiadane moduły systemu współpracują tylko z motorem określonej bazy danych wykorzystując platformę technologiczną wskazanej firmy, co wiąże się z koniecznością spełnienia konkretnych parametrów ogólnych, technicznych, użytkowych i funkcjonalnych zawartych w załączniku nr 1 do siwz – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” oraz w załączniku nr 8 - „Program Funkcjonalno-Użytkowy”. Z powyższych powodów zamawianego oprogramowania nie można uznać za posiadające ustalone standardy jakościowe, gdyż jest to oprogramowanie, które musi obejmować wymagane przez zamawiającego moduły i zapewniać współpracę z posiadanym przez zamawiającego Szpitalnym Systemem Informatycznym.

Odnosząc się z kolei do przesłanki powszechnej dostępności wskazać należy, iż zamawiane oprogramowanie ma charakter specjalistyczny, dotyczący konkretnych modułów realizujących specyficzne funkcjonalności z zakresu usług medycznych. Oprogramowanie takie nie występuje w ofercie dowolnej firmy nawet z branży informatycznej. Ponadto przedmiot zamówienia zawiera także usługi polegające na konfiguracji, wdrożeniu, integracji systemu informatycznego, w tym modernizacji istniejących modułów oprogramowania oraz instalacji i konfiguracji dostarczonych nowych modułów oprogramowania i modernizacji okablowania. Powyższe usługi nie są wykonywane powszechnie, ale mogą być wykonane tylko przez specjalistyczne firmy dysponujące kadrą z odpowiednimi kwalifikacjami. O powyższym świadczy także fakt, że zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się nie tylko wiedzą i doświadczeniem, ale także kierownikiem projektu i dwoma specjalistami z określonym doświadczeniem i certyfikatami. Należy także dodać, że niniejszy przedmiot zamówienia nie służy realizacji bieżących potrzeb przeciętnego nabywcy, ale jest nabywany wyłącznie przez jednostki ochrony zdrowia od specjalistycznych firm branży informatycznej.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż zamawiający naruszył art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.5.7. Przedmiot zamówienia: zakup infrastruktury sprzętowej

Wartość zamówienia: 317.479,68 zł (75.144,90 euro)

Wszczęcie postępowania: 30.12.2014 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 zadania, które obejmowały:

Zadanie I – dostawę, instalację i konfigurację serwerów kasetowych, serwerów plików, przełączników sieciowych oraz szafy serwerowej z wyposażeniem w konfiguracji zgodnej z załącznikiem nr 1 do SIWZ;

Zadanie II – dostawę 2 sztuk laptopów w konfiguracji zgodnej z załącznikiem nr 2 do SIWZ.

Ponadto zamówienie obejmowało też usługę instalacji i konfiguracji urządzeń, instruktaż w zakresie obsługi i serwisowanie sprzętu. Zamawiający określił cenę jako jedyne kryterium oceny ofert.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe, stwierdzić należy, iż przedmiotem niniejszego zamówienia nie była prosta dostawa wymaganego sprzętu, ale także instalacja i konfiguracja serwerów kasetowych, serwerów plików, przełączników sieciowych i szafy serwerowej z wyposażeniem, instruktaż w zakresie obsługi oraz serwisowanie sprzętu. Istotne jest, że umiejętności z zakresu instalacji, konfiguracji, instruktażu i serwisowania ww. sprzętu posiadają tylko osoby z odpowiednią wiedzą z zakresu informatyki, co oznacza, że zdolnym do wykonania ww. zamówienia są tylko wykonawcy dysponujący kadrą z odpowiednimi kwalifikacjami. Tym samym niniejsze zamówienie mogła wykonać wyłącznie firma wyspecjalizowana w branży informatycznej. O ile przy tym zdolność do wykonywania ww. czynności może być powszechna w firmach z branży IT, o tyle nie jest powszechna generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy tymczasem odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota, dostawa lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna.

Jednocześnie wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, w tym uczelnie publiczne, w przypadku wyboru ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, mają obowiązek wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Jak wynika z przekazanych dokumentów, taki załącznik nie został wypełniony i dołączony do protokołu niniejszego postępowania.

Nieuprawnione ustalenie przez Zamawiającego kryterium: cena 100%, jako jedynego kryterium oceny ofert, stanowi zatem naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 71/16).

IV.5.8. Przedmiot zamówienia: dostawa wraz z montażem mebli reprezentacyjnych

Wartość zamówienia: 1.200.000,00 zł (284.030,39 euro)

Wszczęcie postępowania: 19.12.2014 r.

Projekt z Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego

Przedmiot zamówienia obejmował dostawę mebli reprezentacyjnych dla Muzeum (w tym zakup, ewentualne wytworzenie, załadunek, transport, rozładunek, wniesienie, montaż i ustawienie w pomieszczeniach wskazanych przez zamawiającego). W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał dołączenia do oferty opisów dostarczanych produktów z uwzględnieniem wszystkich parametrów, potwierdzających co najmniej spełnianie wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia oraz w Szczegółowej specyfikacji technicznej. Opis dotyczący mebli określonych w poz. 1-3, 5, 14, 16, 18 miał zostać dokonany przez wykonawcę poprzez przedstawienie dokładnego rysunku warsztatowego.

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%. Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2 (licytacja elektroniczna), a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego zamówienia na dostawę mebli reprezentacyjnych, stwierdzić należy, iż cechuje je konieczność dostosowania zarówno przedmiotu dostawy, jak i wymaganych od wykonawców dokumentów, do indywidualnych potrzeb zamawiającego opisanych w SIWZ oraz w Szczegółowej specyfikacji technicznej. Wskazuje na to m.in. fakt, iż meble mają być zrobione na wymiar, ale też fakt, że część z nich charakteryzuje się specyficznym (artystycznym) wyglądem i z całą pewnością nie są to meble powszechnie wykorzystywane do standardowego wyposażenia mieszkań czy biur. Tego typu mebli nie można zaliczyć do mebli powszechnie dostępnych i zaspokajających bieżące potrzeby konsumenckie, gdyż są to meble rzadkie, przeznaczone dla wąskiego grona odbiorców. Nie występują one w ofercie przeciętnej firmy meblarskiej. Również wymóg załączenia przez wykonawców do oferty opisów dostarczanych produktów potwierdzających spełnianie wymagań postawionych w SIWZ, a w przypadku mebli określonych w poz. 1-3, 5, 14, 16 i 18 dodatkowy wymóg, aby ww. opis został dokonany przez wykonawcę w postaci dokładnego rysunku warsztatowego, wymaga od wykonawców posiadania fachowej wiedzy oraz umiejętności pozwalających na sporządzenie rysunków warsztatowych zamawianych produktów, np. posiadanych przez projektantów. Mając na względzie charakter przedmiotowego zamówienia, stwierdzić należy, iż w odniesieniu do większości opisanych mebli wykazanie ich powszechnej dostępności jest praktycznie niemożliwe.

Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na dostawy, do których można zaliczyć np. dostawę prostych mebli biurowych, takich jak stoły, krzesła, czy biurka posiadających zestandaryzowane parametry. Jednakże w przypadku dostaw obejmujących dostawę mebli charakteryzujących się znacznym indywidualizowaniem, wykonywanych ręcznie jak np. „flying carpet rug”, czy też

wymagających sporządzenia szczegółowych rysunków warsztatowych przedkładanych do akceptacji Inwestora, nie można mówić o powszechnej dostępności zamawianych produktów. Nie można też w tym przypadku dowodzić istnienia szerokiego kręgu podmiotów oferujących przedmiotowe dostawy, gdyż jak wskazał sam zamawiający meble będące przedmiotem niniejszego zamówienia stanowią niszę rynkową na rynku meblarskim.

Odnosząc się z kolei do przesłanki "ustalonych standardów jakościowych" wskazać należy, iż oznaczają one powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy/dostaw, niewymagające skomplikowanego opisu. W związku z powyższym, wprowadzenie w przedmiotowym postępowaniu wymogu sporządzenia opisu dostarczanych przedmiotów również w postaci szczegółowego projektu warsztatowego, uwzględniającego warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ, świadczy o tym, iż zamawiane przedmioty nie mają ustalonych standardów jakościowych. Ponadto sama specyfika niektórych z nich w zakresie nietypowych materiałów i kształtów świadczy o braku ustalonych standardów jakościowych.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym postępowaniu przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena. W związku z czym, zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez ustalenie jako jedynego kryterium ceny (waga 100%).

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 60/16).

IV.5.9. Przedmiot zamówienia: zakup wozu strażackiego wraz z wyposażeniem

Wartość zamówienia: 642.000,00 zł (152.132,70 euro)

Wszczęcie postępowania: 19.11.2014 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego

Przedmiot zamówienia obejmował dostawę wozu strażackiego wraz z wyposażeniem dla Ochotniczej Straży Pożarnej. Opis przedmiotu zamówienia został podzielony na trzy części:

1. Wymagania ogólne,
2. Podwozie z kabiną,
3. Zabudowa pożarnicza.

Część pierwsza zawierała ogólny zakres przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na regulacje prawne, których wymogi miał spełniać oferowany pojazd, tj. wymagania polskich przepisów o ruchu drogowym z uwzględnieniem:

- wymagań dotyczących pojazdów uprzywilejowanych zgodnie z ustawą Prawo o ruchu drogowym;

- wymagań techniczno-użytkowych określonych w załączniku do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu zasad bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania (Dz. U. Nr 143, poz. 1002) wprowadzonego rozporządzeniem zmieniającym z dnia 27.04.2010 r. (Dz. U. Nr 85, poz. 553);

- wymagań określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. Nr 32 z 2003 r., poz. 262 z późniejszymi zmianami);

- wymagań określonych w rozporządzeniu Ministrów: Spraw Wewnętrznych, Obrony Narodowej, Finansów oraz Sprawiedliwości z dnia 17 października 2014 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów specjalnych i używanych do celów specjalnych Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, kontroli skarbowej, Służby Celnej, Służby Więziennej i straży pożarnej (Dz.U. 2014 poz. 1421);

Część druga opisywała wymagania techniczne dotyczące podwozia i kabiny. Natomiast część trzecia opisu przedmiotu zamówienia zawierała szczegółowe wymagania techniczne dotyczące zabudowy pożarniczej, która miała zostać zainstalowana w dostarczanym wozie strażackim.

Zgodnie z treścią siwz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, do ofert należało dołączyć opis (zawierający wymiary) i szkic rysunkowy lub fotografię:

- wozu strażackiego,
- schematu układu wodno – pianowego.

Ponadto zamawiający wymagał, aby pojazd był oznakowany numerami operacyjnymi zgodnie z rozporządzeniem Nr 1 do zarządzenia Nr 13 Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 27 grudnia 2012 r. w sprawie gospodarki transportowej w jednostkach organizacyjnych Państwowej Straży Pożarnej. Dane do oznakowania pojazdu miały zostać podane wykonawcy przez zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia.

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2 (licytacja elektroniczna), a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego zamówienia na dostawę wozu strażackiego wraz z wyposażeniem dla Ochotniczej Straży Pożarnej, zauważyć należy, iż samochód miał być wykonany zgodnie z przepisami szczegółowymi, regulującymi dla ww. pojazdów wymagania techniczno - użytkowe, ich wyposażenie, a także wygląd zewnętrzny. Wóz straży pożarnej z całą pewnością nie jest pojazdem powszechnie wykorzystywanym do użytku standardowego. Tego typu samochodów nie można zaliczyć do aut powszechnie dostępnych i zaspokajających bieżące potrzeby konsumenckie, gdyż są to samochody wykorzystywane do specjalistycznych zadań, wyposażone w specjalistyczne urządzenia, oznakowane w sposób szczególny i przeznaczone dla wąskiego grona odbiorców. Nie występują one w ofercie przeciętnego dealera samochodowego. Przygotowanie, skompletowanie takiego wozu wymaga specjalistycznej wiedzy w zakresie obowiązujących przepisów oraz wiedzy technicznej z zakresu motoryzacji, jak i urządzeń czy sprzętu pożarniczego będących wyposażeniem wozu strażackiego. Ponadto zgodnie z treścią siwz (pkt 3.2.4 Pozostałe wymagania) wykonawcy zostali zobowiązani do przygotowania wszystkich niezbędnych dokumentów wymaganych do rejestracji pojazdu jako samochodu specjalnego pożarniczego,

a w odniesieniu do sprzętu będącego na wyposażeniu pojazdu - świadectwa dopuszczenia wymaganego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 kwietnia 2010 r. w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym postępowaniu przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena. W związku z czym zamawiający naruszył art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.6. Naruszenia dotyczące przepisów wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020)

IV.6.1. Przedmiot zamówienia: budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej

Wartość zamówienia: 211.083.612,17 zł (50.560.160,04 euro)

Wszczęcie postępowania: 05.08.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Polska Wschodnia

Zamawiający wskazał, iż zastosował procedurę, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, w ogłoszeniu i w siwz brak jest informacji, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający będzie stosował procedurę wskazaną w ww. przepisie.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, zamawiający wskazał, iż „(...) informacje dotyczące zastosowania procedury z art. 24aa ustawy Pzp Zamawiający zawarł w następujących zapisach SIWZ.

- Z zapisów SIWZ - Rozdział VI pkt 2 ppkt 5 wynika, że zamawiający wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (czyli już po dokonaniu oceny ofert) wezwie do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Tym samym oceni oferty a potem zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

- Zastosowanie procedury odwróconej potwierdzają zapisy w SIWZ - Rozdział XIV pkt 12, gdzie Zamawiający jednoznacznie wskazał jakie dokumenty należy przedłożyć w pierw t.j. na etapie składania oferty i są to: potwierdzenie wniesienia wadium, Formularz ofertowy, Zestawienie ofertowe, oświadczenie - Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) oraz zapisy SIWZ - Rozdziału VI pkt 1, o treści: „Do oferty wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert (dopisek: oświadczenie), stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ww. oświadczenie wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu.” Jak wynika z powyższych zapisów Zamawiający nie żądał na tym etapie postępowania przedłożenia dokumentów i oświadczeń określonych w rozdziale VI SIWZ.

Natomiast z zapisów w rozdziale VI pkt oraz 2, 3, 4 w związku z rozdziałem VI pkt 2 ppkt 5 wynika, że Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta uprzednio została najwyżej oceniona (na podstawie dokumentów określonych w rozdział XIV pkt 12) do złożenia

dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.”

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień należy podnieść, iż przywołane przez zamawiającego zapisy siwz nie wskazują na zastosowanie tzw. procedury odwróconej uregulowanej w art. 24aa ustawy Pzp. W szczególności na zastosowanie omawianej procedury nie wskazuje brak żądania przedłożenia wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń (poza oświadczeniem JEDZ) potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (mającym zastosowanie zarówno w procedurze zwykłej, jak też odwróconej), zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 jedynie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Natomiast na obowiązek dołączenia przez wykonawcę do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu aktualnego na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3, wskazuje dyspozycja art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, która także ma zastosowanie zarówno do procedury zwykłej, jak też odwróconej.

Tym samym samo stosowanie ww. przepisów nie przesądza o stosowaniu tzw. procedury odwróconej.

Zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, procedura odwrócona polega na tym, że zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zaniechanie zamieszczenia odpowiednich zapisów w siwz lub ogłoszeniu o zamówieniu odnośnie zastosowania powyższej procedury, wyklucza taką możliwość. Tym samym, zamawiający w kontrolowanym postępowaniu biorąc pod uwagę brak wskazania w siwz lub w ogłoszeniu o zamówieniu zamiaru stosowania procedury odwróconej, nie był uprawniony do jej zastosowania, a w konsekwencji – miał obowiązek najpierw zbadać, czy wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu (na podstawie przedłożonych przez nich oświadczeń JEDZ), a następnie dokonać oceny ofert. Z wyjaśnień zamawiającego z dnia 07.12.2016 r. wynika, że zamawiający zaniechał powyższych czynności w stosunku do wszystkich wykonawców, a zatem w praktyce zastosował procedurę odwróconą, mimo braku takiego wskazania w siwz lub ogłoszeniu o zamówieniu.

Wobec powyższego należy uznać, że nie przewidując w siwz lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości zastosowania procedury odwróconej, a stosując ją w praktyce, zamawiający naruszył art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.6.2. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi wojewódzkiej

Wartość zamówienia: 104.350.531,06 zł (24.994.737,85 euro)

Wszczęcie postępowania: 12.08.2016 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego

W punkcie III.3. SIWZ zamawiający wskazał, że „stosownie do art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osoby wykonującej czynności, o których mowa w pkt XXI.3 SIWZ (kierownika budowy) w zakresie realizacji zamówienia”. W ww. punkcie XXI SIWZ zamawiający określił wymagania w związku z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp, tj. a) sposób dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, c) rodzaj 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.

Zamawiający wskazał w szczególności, że „wykonawca najpóźniej w terminie protokolarnego przejęcia od zamawiającego (inwestora) terenu budowy zobowiązany będzie do przedstawienia zamawiającemu dokumentów potwierdzających sposób zatrudnienia [kierownika budowy], w szczególności poprzez przedłożenie poświadczonych przez pracownika za zgodność z oryginałem kopii umów o pracę. (...). Wykonawca na każde pisemne żądanie zamawiającego w terminie do 5 dni roboczych przedkładał będzie zamawiającemu raport stanu i sposobu zatrudnienia ww. osoby, oświadczenia zatrudnionej osoby o otrzymaniu wynagrodzenia.”

W toku kontroli wezwano zamawiającego do wyjaśnienia, dlaczego wskazał w SIWZ wyłącznie czynności wykonywane przez kierownika budowy jako czynności, których wykonywanie wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Poproszono o wyjaśnienie, czy inne osoby, realizujące przedmiotowe zamówienie, nie będą wykonywać czynności polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.), dalej również jako „Kp”.

Z wyjaśnień zamawiającego z dnia 08.12.2016 r. wynika, iż „przygotowując (...) Specyfikacje Istotnych Warunków Zamówienia, w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia w szczególności obowiązek wynikający z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, opierał się na literalnym brzmieniu tego przepisu, tj. wskazaniu czynności, które zdaniem Zamawiającego w tych konkretnych zamówieniach polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 kodeksu pracy. Działania te poprzedzone były dogłębną analizą przeprowadzonych wcześniej postępowań na roboty budowlane, a w szczególności „Wykazów osób” dołączonych do ofert, gdzie najczęściej sposób dysponowania osobą, określony jako „umowa o pracę” pojawiał się przy kierowniku budowy. (...). Ponadto, jednoznaczna identyfikacja, czy poszczególne czynności składające się na cały proces robót budowlanych polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy, w dużej mierze uwarunkowana jest sposobem realizacji robót przez konkretnego wykonawcę. To na etapie wykonywania robót wykonawca opracowując harmonogram wykonywania zamówienia z podziałem na poszczególne prace, ustala czas realizacji poszczególnych branż (np. czy prace ziemne będą wykonywane przez okres 2 tygodni czy 2 dni) oraz czy przy wykonywaniu poszczególnych prac będą potrzebni np. pracownicy wykonujący proste prace budowlane. Nawet w sytuacji, gdyby zamawiający

posiadał pełną wiedzę dotyczącą wszystkich wyżej wymienionych elementów, jednoznaczna identyfikacja, czy poszczególne czynności mieszczą się w dyspozycji art. 22 § 1 Kodeksu pracy, byłaby nadal niezmiernie trudna. Świadczyć o tym może bardzo bogate i rozbieżne orzecznictwo sądów dotyczące tego, gdzie znajduje się granica pomiędzy umową o pracę a umową zlecenia, czy umową o dzieło. (...). Na uwagę zasługuje też fakt, że przy wykonywaniu robót drogowych, które są specyficzne ze względu na uwarunkowania klimatyczne wielu wykonawców /podwykonawców wykorzystuje inne aniżeli umowa o pracę formy zatrudnienia osób wykonujących określone czynności w procesie budowlanym. Narzucenie przez zamawiającego obowiązku zatrudnienia osób wykonujących określone czynności wyłącznie na umowę o pracę, w sytuacji gdy osoby te mogą być zatrudnione, zgodnie z obowiązującymi przepisami, na podstawie umowy o dzieło czy zlecenia, prowadziłoby do zbyt dużej ingerencji w swobodę działalności gospodarczej. (...) Gdyby intencją ustawodawcy było nakazanie zamawiającemu określenia wszystkich możliwych czynności, których wykonywanie wymaga zatrudnienia pominąłby on sformułowanie „wskazane przez zamawiającego”. W związku z powyższym, opierając się na powyższych założeniach, zamawiający w pkt XXI ppkt 3 SIWZ wskazał tylko katalog czynności wykonywanych przez kierownika budowy, gdyż to te czynności w przedmiotowych zamówieniach, w ocenie zamawiającego polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy”.

Mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny należy zauważyć, iż interpretacja art. 29 ust. 3a ustawy Pzp wymaga wykładni celowościowej. Jak bowiem 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 Kodeksu pracy. 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 Pzp 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 po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego 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 zatrudnić osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Należy podkreślić, że w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym spoczywa ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.

Przedmiot kontrolowanego zamówienia stanowi rozbudowa odcinka drogi wojewódzkiej klasy G o całkowitej długości L=14,215 km. Z analizy dokumentacji technicznej

uszczegółowiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że jego zakres obejmuje m.in. roboty w zakresie następujących branż:

- branża drogowa, w tym m.in. roboty przygotowawcze, roboty ziemne, podbudowy, nawierzchnie, roboty wykończeniowe, przepusty pod DW 814, elementy ulic,
- branża mostowa, w tym m.in. remont mostu i kładki dla pieszych,
- branża telekomunikacyjna, w tym m.in. przebudowa kabli doziemnych, przebudowa linii napowietrznej, zabezpieczenie sieci telekomunikacyjnej,
- branża elektryczna, w tym m.in. przebudowa sieci elektroenergetycznych, budowa oświetlenia drogowego,
- branża sanitarna, w tym m.in. przebudowa i zabezpieczenie istniejących sieci i przyłączy wodociągowych, budowa kanalizacji deszczowej.

Analiza zakresu robót składających się na ww. branże wskazuje, iż część z nich polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane. Przykładowo, do takich robót należy zaliczyć: rozbiórka krawężników betonowych, rozebranie poręczy stalowych, sadzenie krzewów i drzew liściastych, ręczne rozścielenie kory na terenie płaskim, ustawienie słupków do znaków, ręczne wbijanie pali drewnianych w grunt, ręczne kopanie i zasypywanie rowów dla kabli, ręczne wykopy ciągłe lub jamiste ze skarpami, ręczne układanie kabli wielożyłowych, demontaż ręczny podpór żelbetonowych i odciążek, ręczne wciąganie kabla ziemnego, itd.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż wymienione przykładowo powyżej czynności 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 również powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

W kontrolowanym postępowaniu, ograniczając się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę kierownika budowy, zamawiający dokonał wadliwie oceny czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.6.3. Przedmiot zamówienia: dostawy sera podpuszczkowego dojrzewającego

Wartość zamówienia: 46.617.800,00 zł (11.166.207,57 euro)

Wszczęcie postępowania: 21.09.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014-2020

Zamawiający na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2) i 3) 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”, tj.:

• zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym 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;

• zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca 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.

Jednocześnie zamawiający w pkt IX.1 i 2 siwz wskazał, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczy wykonawcę, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie przewidział natomiast fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Pismem z dnia 10.11.2016 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia m.in. ww. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia.

Należy wskazać, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Należy zauważyć, że zaświadczeń, o których mowa z w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, iż żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, iż wymagane przez zamawiającego zaświadczenia Urzędu Skarbowego, właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS nie są

dokumentami potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy Pzp oraz 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, postawiony przez zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Żądanie złożenia ich przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona stanowi jednocześnie naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.6.4. Przedmiot zamówienia: budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej

Wartość zamówienia: 211.083.612,17 zł (50.560.160,04 euro)

Wszczęcie postępowania: 05.08.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Polska Wschodnia

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy B. z prośbą o złożenie dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. m.in. dokumentu wskazanego w § 5 pkt 4 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”, dotyczących wykonawcy B. oraz wskazanych przez niego podwykonawców/podmiotów trzecich, tj. odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Należy zwrócić uwagę, że powyższe dokumenty zostały złożone przez ww. wykonawcę wraz z ofertą. Ponadto, w stosownych miejscach formularzy JEDZ złożonych przez ww. podmioty (tj. część III.C – Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) znajdują się informacje, że spółki zostały wpisane do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego oraz podane są numery wpisów i strona internetowa www.ms.gov.pl.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją § 10 ust. 1 rozporządzenia, w przypadku wskazania przez wykonawcę dostępności oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w §2, §5 i §7, w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnymi i bezpłatnych baz danych, zamawiający pobiera samodzielnie z tych baz danych wskazane przez wykonawcę oświadczenia lub dokumenty.

W świetle powyższych przepisów, ze względu na złożenie przez wykonawcę przedmiotowych dokumentów wraz z ofertą oraz ze względu na odpowiednie zapisy zawarte w formularzach JEDZ, zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy B. o złożenie dokumentu wskazanego w § 5 pkt 4 rozporządzenia. Dokonując powyższej czynności zamawiający naruszył art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 10 ust. 1 rozporządzenia.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.6.5. Przedmiot zamówienia: dostawy sera podpuszczkowego dojrzewającego

Wartość zamówienia: 46.617.800,00 zł (11.166.207,57 euro)

Wszczęcie postępowania: 21.09.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014-2020

Jak wynika z załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz) - jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), w Części III: Podstawy wykluczenia, sekcja C w rubryce „Informacje dotyczące ewentualnej niewypłacalności, konfliktu interesów lub wykroczeń zawodowych” w miejscu przeznaczonym dla wykonawców do udzielenia odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy?” zamawiający zamieścił odpowiedź „NIE DOTYCZY”.

W konsekwencji obydwaj wykonawcy, którzy złożyli swoje oferty w kontrolowanym postępowaniu posługując się przygotowanym przez zamawiającego wzorem, złożyli JEDZe udzielając w powyższym zakresie odpowiedzi „NIE DOTYCZY”.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, zamawiający pismem z dnia 12.12.2016 r. wskazał, iż „Powyższe działanie Zamawiającego znajduje swoje uzasadnienie w treści Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zwanego dalej rozporządzeniem. Zgodnie z treścią instrukcji, stanowiącej załącznik nr 1 do rozporządzenia, w informacji dotyczącej wypełniania części III. „Kryteria wykluczenia”, sekcja A dotyczy obligatoryjnych podstaw wykluczenia (zgodnie z art. 57 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE), które dotyczą podstaw związanych z wyrokami skazującymi za przestępstwo, sekcja B dotyczy obligatoryjnych podstaw wykluczenia (zgodnie z art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE), związanych z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, natomiast sekcja C dotyczy fakultatywnych podstaw wykluczenia (zgodnie z art. 57 ust.4 Dyrektywy 2014/24/UE), związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi. (...). Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie przewidział jako podstawy wykluczenia, sytuacji, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 5, 6 i 7 ustawy. W związku z powyższym nie wymagał od Wykonawców podania informacji na ten temat w dokumencie JEDZ. (...) Zamawiający nie wzywał Wykonawców do uzupełnienia dokumentu JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, w powyższym zakresie.”

Jednocześnie, do ww. pisma zamawiający dołączył oświadczenie wykonawcy X. o nienaruszeniu przez wykonawcę obowiązków w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego ani prawa pracy. Nie uzupełniono natomiast analogicznego oświadczenia złożonego przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, tj. wykonawcę Y.

Mając na względzie powyższe wyjaśnienia należy podnieść, iż zgodnie z treścią instrukcji, na którą powołuje się zamawiający, stanowiącej załącznik nr 1 do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r., podstawy wykluczenia wskazane w części III „Kryteria wykluczenia”, sekcja C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi” mogą zostać zastosowane jako obligatoryjne, o ile tak postanowi państwo członkowskie („instytucje zamawiające mogą zostać zobowiązane przez swoje państwa członkowskie do zastosowania tych podstaw wykluczenia.”).

Zgodnie z regulacjami dyrektyw, jak i ww. Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r., w ustawie Pzp ustawodawca przewidział przesłanki obligatoryjne i fakultatywne do badania podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, które wiążą się z naruszeniem obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy.

W ramach przesłanek obligatoryjnych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp wskazano podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy, jeśli osoby występujące po jego stronie zostały ukarane za przestępstwo, o którym mowa w art. 181 -188 [przestępstwa przeciwko środowisku] i 218-221 [przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową] Kodeksu karnego. Ponadto, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp zobowiązano zamawiającego do wykluczenia z postępowania wykonawców, jeżeli osoby występujące po stronie wykonawcy zostały prawomocnie skazane m.in. za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769). Powyższe wykluczenia mają charakter obligatoryjny i wykonawcy zobowiązani są zawsze składać oświadczenie w tym zakresie.

Ponadto, w ramach przesłanek fakultatywnych ustawodawca przewidział w art. 24 ust. 5 pkt 5 – 7 ustawy Pzp podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy, jeśli:

- osoby występujące po jego stronie zostały prawomocnie skazane za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3 000 złotych;
- wobec wykonawcy wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3 000 złotych.

Wskazana powyżej podstawa do wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny, a złożenie oświadczenia w tym zakresie istnieje tylko, jeśli zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

Reasumując, w JEDZ - Części III: Podstawy wykluczenia, sekcja C w rubryce „Informacje dotyczące ewentualnej niewypłacalności, konfliktu interesów lub wykroczeń zawodowych” wykonawcy są zawsze zobowiązani do udzielenia odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy?” ze względu na fakt, iż w ten sposób potwierdzają (lub nie) spełnianie przesłanek obligatoryjnych wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp. Jednocześnie (o ile zamawiający tego zażąda) w tym samym miejscu wykonawcy potwierdzają (lub nie) spełnianie przesłanek fakultatywnych wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 5 – 7 ustawy Pzp (przy czym taka sytuacja w przedmiotowym postępowaniu nie ma miejsca).

Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Zaniechanie zamawiającego w zakresie wezwania wykonawcy Y., do uzupełnienia dokumentu JEDZ w zakresie oświadczenia o nienaruszeniu obowiązków w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie, ze względu na fakt, iż ww. wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył stosowne dokumenty potwierdzające, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, Prezes Urzędu nie wydał w tym zakresie zaleceń pokontrolnych, a naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uznaje za niemające wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.6.6. Przedmiot zamówienia: dostawy sera podpuszczkowego dojrzewającego

Wartość zamówienia: 46.617.800,00 zł (11.166.207,57 euro)

Wszczęcie postępowania: 21.09.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014-2020

Zamawiający wskazał, że o udzielenie kontrolowanego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp (tj. „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wykluczy wykonawcę w stosunku do którego otwarto likwidację lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego”).

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu zamawiający wymagał w pkt XI.A siwz przedstawienia wraz z ofertą oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 2, art. 25a ust. 3 pkt 1, art. 25a ust. 6 ustawy Pzp (tj. aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia [JEDZ]; w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienia, oświadczenie w formie JEDZ miał złożyć każdy członek konsorcjum).

W pkt XI.A.3 siwz zamawiający wskazał, że w przypadku powoływania się przez wykonawcę na zasoby innych podmiotów, ww. oświadczenie miały złożyć również te podmioty. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, iż „UWAGA: zgodnie z Rozporządzeniem 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), JEDZ dotyczący ww. podmiotów, na których zasoby powołuje się wykonawca, obejmuje szerszy zakres oświadczeń w odniesieniu do wszystkich podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp.”

Treść powyższego zastrzeżenia zamawiającego odnośnie konieczności wypełniania JEDZa przez podmioty trzecie w zakresie wszystkich fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania jest nieprawidłowa.

Stosownie do dyspozycji art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbadać, czy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego potencjał nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp. W świetle przepisów ustawy Pzp ocena, czy w stosunku do podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał realizują się przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ustawy Pzp, powinna przebiegać w oparciu o takie same zasady, jakie dotyczą wykonawcy, który tym potencjałem się posługuje. Tym samym, jeżeli zamawiający w toku postępowania o udzielenie publicznego nie bada podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy, nie może zweryfikować w tym zakresie podmiotu trzeciego i żądać przedstawienia przez ten podmiot odpowiednich oświadczeń zawartych w JEDZu czy też dokumentów.

Należy wskazać, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Ponadto, zgodnie z art. 25a ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Żądając wypełnienia JEDZa przez podmioty trzecie w zakresie wszystkich przesłanek fakultatywnych wykluczenia (tj. szerszym niż przez wykonawców, obejmującym również przesłanki wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 2-8 ustawy Pzp), tj. w zakresie, który nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania, zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 w zw. 25a ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.6.7. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi wojewódzkiej

Wartość zamówienia: 104.350.531,06 zł (24.994.737,85 euro)

Wszczęcie postępowania: 12.08.2016 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego

Poproszony o wyjaśnienia dotyczące ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, zamawiający wyjaśnił, że „w przedmiotowym postępowaniu na szacunkową całkowitą wartość zamówienia składa się:

- wartość zamówienia podstawowego, która została ustalona na kwotę 80 269 639,28 zł netto (co stanowi równowartość 19 226 721,43 euro),
- wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, które zostały ustalone na kwotę 24 080 891,78 zł netto (co stanowi równowartość 5 768 016,43 euro) oraz
- wartość zamówień, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, które zostały ustalone jako 15% wartości zamówienia podstawowego na kwotę 12 040 445,90 zł netto (co stanowi 2 884 008,22 euro)”.

Zasady szacowania wartości zamówienia zostały określone w art. 32 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość tych zamówień. Przepisy ustawy Pzp nie formułują natomiast obowiązku ani możliwości szacowania wartości zamówienia łącznie z wartością zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (zgodnie z tym przepisem zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie).

Z powyższego wynika, że na wartość zamówienia, oszacowaną z należytą starannością przez zamawiającego, składa się w niniejszej sprawie wyłącznie wartość zamówienia podstawowego oraz wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Brak jest natomiast podstawy prawnej do szacowania wartości zamówienia łącznie z wartością zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że poprzez oszacowanie wartości zamówienia łącznie z wartością ewentualnej zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a zatem poprzez doliczenie do wartości szacunkowej zamówienia wartości, której doliczenia nie przewidują przepisy ustawy Pzp, zamawiający naruszył art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

IV.6.8. Przedmiot zamówienia: budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej

Wartość zamówienia: 211.083.612,17 zł (50.560.160,04 euro)

Wszczęcie postępowania: 05.08.2016 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Polska Wschodnia

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 05.08.2016 r. zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na druku stanowiącym załącznik nr II („Ogłoszenie o zamówieniu”) do Rozporządzenia wykonawczego

Komisji (UE) 842/2011 z dnia 19.08.2011 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1564/2005 (Dz.U. L 222 z 27.08.2011). Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S (...).

Zgodnie z art. 11 ust. 7 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w akcie wykonawczym Komisji Europejskiej ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień wydanym na podstawie art. 51 ust. 1, art. 75 ust. 3 i art. 79 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, art. 71 ust. 1, art. 92 ust. 3 i art. 96 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 3a dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, str. 31), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

Aktem wykonawczym ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, w dacie wszczęcia niniejszego postępowania (tj. 05.08.2016 r. – dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego), było Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.U. L 296 z 12.11.2015), zwane dalej „rozporządzeniem wykonawczym nr 2015/1986” które weszło w życie w dniu 18.04.2016 r. Zgodnie z art. 8 rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986, rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 traci moc ze skutkiem od dnia 18.04.2016 r. Zamawiający zatem zobowiązany był w dacie wszczęcia postępowania przygotować ogłoszenie zgodnie z wzorem załącznika nr II („Ogłoszenie o zamówieniu”) do rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986.

Zamawiający publikując ogłoszenie o zamówieniu na formularzu nieobowiązującym w dniu wszczęcia postępowania naruszył art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986. Naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.