

Sygn. akt: KIO/KD 46/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 29 sierpnia 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej zgłoszonych pismem z dnia 27 lipca 2020 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Gminę Ścinawa** dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 lipca 2020 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „**Rewitalizację Ścinawy poprzez rozwój terenów zieleni miejskiej**”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Monika Kawa - Ogorzałek

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Gminy Ścinawa z dnia 27 lipca 2020 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 14 lipca 2020 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

- I. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Ścinawa w przedmiocie „Rewitalizacji Ścinawy poprzez rozwój terenów zieleni miejskiej” stwierdził następujące naruszenia:
 1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp a w konsekwencji również naruszenie art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Hortico S.A. do uzupełnienia „dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej”, a w konsekwencji poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego;
 2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji również naruszenie art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp i art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp oraz §5 pkt 1 rozporządzenia poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Hortico S.A. do uzupełnienia brakujących informacji z Krajowego Rejestru Karnego, a w konsekwencji poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego;
 3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Hortico S.A. do uzupełnienia wykazu personelu przewidzianego do realizacji przedmiotowego zamówienia o informacje potwierdzające, że osoba wskazana na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy /Dyrektora Wykonawcy posiada wymagane doświadczenie, a w konsekwencji poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego;
 4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Hortico S.A. do uzupełnienia wykazu personelu przewidzianego do realizacji przedmiotowego zamówienia o informacje potwierdzające, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy posiada wymagane doświadczenie, a w konsekwencji poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego;
 5. art. 140 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie w sposób niezgodny z ustawą Pzp zmian w umowie o udzielenie zamówienia publicznego;

6. art. 86 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niedopełnienie po otwarciu ofert obowiązku niezwłocznego zamieszczenia na stronie internetowej informacji dotyczących warunków płatności zawartych w ofertach.

W zakresie naruszenia z pkt 1 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że przedłożona przez wykonawcę Hortico wraz z pismem z dnia 26.06.2018r. wystawiona przez PZU polisa ubezpieczeniowa odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1031746443, w której wskazano okres ubezpieczenia 25.08.2018 do 24.06.2018r. nie potwierdza, że wykonawca Hortico spełniał warunek udziału w postępowaniu na dzień składania i otwarcia ofert tj. na dzień 13.06.2018r. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień za aktualny na gruncie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać taki dokument, który potwierdzać będzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czy brak podstaw do wykluczenia w chwili jego złożenia ale potwierdzać będzie również, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z dokumentacji niniejszego postępowania oraz udzielonych wyjaśnień wynika, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na dzień składania i otwarcia ofert.

W zakresie naruszenia z pkt 2 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że z pkt 6.2.1.1 IDW zamawiający wymagał, aby wykonawca w celu udowodnienia braku zaistnienia wobec niego podstaw wykluczenia, o których mowa w pkt 5.1.1.3 IDW oraz pkt 5.1.2.6 IDW złożył „informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”, tj. dokumenty wskazane w § 5 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako: „rozporządzenie”. Celem potwierdzenia powyższego wymogu wykonawca złożył dokumenty dotyczące wykonawcy Hortico S.A. oraz Prezesa Zarządu Hortico S.A. p. P. K.. Tymczasem, jak wynika ze złożonego wraz z ofertą wykonawcy odpisu KRS, w skład organu nadzorczego oraz zarządzającego wykonawcy Hortico S.A. wchodziły także inne osoby (organ zarządzający liczył 3 członków włącznie z p.

P. K. zaś organ nadzoru liczył 5 członków). Z wyjaśnień złożonych w toku kontroli przez Zamawiającego wynika, że nie wezwał on wykonawcy Hortico S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących innych członków organu zarządzającego oraz członków organu nadzorczego. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający, pomimo tego, iż na etapie prowadzonej procedury sformułował żądanie w zakresie konieczności przedłożenia dokumentów wskazanych w § 5 pkt 1 rozporządzenia, nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Hortico S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu w zakresie informacji z KRK dla wszystkich osób wchodzących w skład organu zarządzającego oraz organu nadzorczego wykonawcy. Tym samym wykonawca Hortico S.A. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w ramach przedmiotowej procedury.

W zakresie naruszenia z pkt 3 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że zamawiający w pkt 5.2.3.2.1) IDW wskazał, że „wymaga aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia publicznego następujące osoby: Przedstawiciel Wykonawcy /Dyrektor Wykonawcy - posiadający wykształcenie wyższe oraz co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego w branży budowlanej oraz zrealizowane min 1 zadanie na stanowisku dyrektora kontraktu lub zastępcy dyrektora kontraktu na zadaniu o wartości robót budowlanych min 5 mln zł brutto”. Jak wynika z pkt 6.2.3.2 IDW zamawiający wymagał w celu udowodnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.2.3.2.1) IDW złożenia „Wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”. Wykaz osób stanowił załącznik nr 5 do IDW. Z treści załącznika nr 5 do IDW wynika, że „Wykonawca na własną odpowiedzialność przedstawi te informacje, które uważa za istotne w świetle wymagań Ogłoszenia o zamówieniu lub SIWI. Zaprezentowane informacje muszą precyzyjnie wskazywać wymagane przez Zamawiającego uprawnienia oraz doświadczenia”.

Ze złożonego przez Hortico S.A. Wykazu osób (pozycji dotyczącej kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia) wynika, iż p. J. W. – wskazany na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy/Dyrektora Kontraktu - pełnił nadzór nad realizacją: „Terminala lotniczego Gdynia - Kosowo”, „Rozbudowy stadionu żużlowego w Zielonej Górze o prostą startową i wieżę

sędziowską" oraz „Budowy krytej pływalni w Miliczu". Z powyższych informacji nie wynika, że p. J. W. pełni stanowisko dyrektora kontraktu lub zastępcy kierownika kontraktu, a jedynie pełnił nadzór nad ich realizacją w niedookreślonej przez wykonawcę formie.

Prezes Urzędu stwierdził, że pojęcie pełnienia nadzoru jest bardzo szerokie i może obejmować także np. pełnienie nadzoru inwestorskiego lub nadzoru ze strony odpowiednich organów administracji budowlanej. Z dokumentacji niniejszego postępowania oraz udzielonych wyjaśnień wynika, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy do uzupełnienia wykazu personelu przewidzianego do realizacji przedmiotowego zamówienia o informacje potwierdzające, że p. J. W. pełnił funkcję dyrektora kontraktu lub zastępcy dyrektora kontraktu na zadaniach wskazanych w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia.

W zakresie naruszenia z pkt 4 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że zamawiający w pkt 5.23.2.3) IDW wskazał, że „wymaga aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia publicznego następujące osoby: Kierownik Budowy - posiadający:

- min. 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy, w tym doświadczenie na stanowisku kierownika budowy przy minimum 1 zadaniu o wartości robót budowlanych minimum 5 mln zł brutto obejmującym,
- nasadzenia drzewostanu, wraz z zagospodarowaniem terenu obejmującego chodnik, place, itp.
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dn. 28 kwietnia 2006 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83 poz. 578) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów".

Jak wynika z pkt 6.23.2 IDW zamawiający wymagał w celu udowodnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.23.2.3) IDW złożenia „Wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami". Wykaz osób stanowił załącznik nr 5 do IDW. Z treści załącznika nr 5 do IDW wynika, że „Wykonawca na własną odpowiedzialność przedstawi te informacje, które uważa za istotne w świetle wymagań Ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ. Zaprezentowane

informacje muszą precyzyjnie wskazywać wymagane przez Zamawiającego uprawnienia oraz doświadczenia".

Ze złożonego przez Hortico S.A. Wykazu osób wynika, iż p. M. G. – wskazany na stanowisko Kierownika budowy - pełnił nadzór nad budową „Zielonego Centrum”. Z powyższych informacji nie wynika zatem, że p. M. G. pełnił stanowisko kierownika budowy podczas realizacji „Zielonego Centrum”, a jedynie pełnił nadzór na ich realizacją w nieokreślonej przez wykonawcę formie.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że jak wynika ze złożonych dokumentów oraz udzielonych wyjaśnień p. M. G. pełnił nadzór nad pracami w ramach inwestycji „Zielone Centrum”. Jednakże z powyższych informacji nie wynika aby pełnił on funkcję Kierownika budowy w ramach tej inwestycji. Pojęcie pełnienia nadzoru jest bardzo szerokie i może obejmować także pełnienie nadzoru inwestorskiego lub nadzoru ze strony odpowiednich organów administracji budowlanej. Tym samym na podstawie złożonych dokumentów i udzielonych wyjaśnień zamawiający nie mógł ustalić, czy p. M. G. posiada wymagane doświadczenie, a tym samym czy wykonawca Hortico S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W zakresie naruszenia z pkt 5 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że zgodnie z treścią dokumentu pn. „Aneks nr 1 do Kontraktu - Umowa nr JRP.3.2018 z dnia 6 sierpnia 2018 r." *datowanego na dzień 04.09.2018 r., zamawiający wraz z wykonawcą Hortico S.A., „w związku z protokołem konieczności nr 1 z dnia 24.08.2018 r., który stanowi załącznik do niniejszego aneksu", dokonał zmiany umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.* W wyniku dokonanych zmian wartość umowy została zmieniona i wyniosła ostatecznie 14.482.216,80 zł brutto, tj. uległa zmniejszeniu o 21,44 %.

Jak wynika z dokumentu datowanego na 24.08.2018 r. pn. „Protokół konieczności nr 1 do umowy nr JRP.3.2018 z dnia 06.08.2018 r." - zamawiający, wykonawca Hortico S.A. oraz inżynier kontraktu Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. ustalili, że w ramach przedmiotowego postępowania zrezygnują z wykonania części prac budowlanych. Wartość robót budowlanych, z których postanowiono zrezygnować wynosiła 3.340.040,00 zł netto, czyli 4.108.249,20 zł brutto. Wśród robót, z których zrezygnowano znajduje się m.in.: wymiana nawierzchni przy CTIK w ilości 1353 m², rezygnacja z placów granitowych w ilości 631 m², ograniczenie długości ścieżki Terraway w ilości 630 m², budowa 3 parków linowych, budowa siłowni plenerowych, budowa wieży widokowej, budowa płyty wodnej, most na rzece Zimnica, budowa boiska do piłki nożnej. Jako uzasadnienie dokonanych zmian wskazano, że po analizie

projektu, warunków w terenie oraz potrzeb Gminy Ścinawa konieczna jest optymalizacja zakresu rzeczowego, ze względu na:

- poprawę wskaźnika relacji powierzchni czynnej biologicznie do całkowitej powierzchni rewitalizowanej w ramach projektu;
- racjonalizację kosztów utrzymania efektów projektu po jego zakończeniu;
- racjonalizację utrzymania powstałej małej architektury pod względem technicznym.

Dodatkowo wskazano, że wykonawca wykona roboty zamienne polegające na wykonaniu placów z kostki brukowej zamiast z granitu. Wartość tych robót oszacowano na kwotę 126.200,00 zł netto, czyli 155.226,00 zł brutto. Jak wynika z pkt 10 i 11 Protokołu konieczności wartość zamówienia miała zostać zmniejszona o kwotę 3.953.023,20 zł brutto oraz miała ostatecznie wynieść 14.482.216,80 zł brutto. Jednocześnie pkt 9 Protokołu konieczności wskazywał, że „protokół stanowi podstawę do aneksowania umowy nr JRP.3.2018 z dnia 06.08.2018 r.” oraz, że „Wymienione zmiany określone w pkt 5 i 7 niniejszego protokołu zlecone zostaną na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 01.10.2018 r. zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie umowy. Z treści ogłoszenia wynika, że podstawą prawną zmiany umowy jest art. 144 ust. pkt 1 ustawy Pzp oraz, że zmiana umowy została przewidziana w SIWZ. Dodatkowo zamawiający wskazał, że „Po wnikliwej analizie projektu, warunków w terenie oraz potrzeb Gminy Ścinawa, w zakresie efektów projektu, koniecznym jest optymalizacja zakresu rzeczowego, ze względu na poprawę wskaźnika relacji powierzchni czynnej biologicznie do całkowitej powierzchni rewitalizowanej w ramach projektu, racjonalizację kosztów utrzymania efektów projektu po jego zakończeniu, racjonalizację utrzymania powstałej małej architektury pod względem technicznym. Zmiany umowy dotyczą zaniechania robót związanych z wykonaniem małej architektury, tym samym nie zaburzy celu operacji, nie wpływają negatywnie na założone wskaźniki, a także pozwalają realizować projekt w założonym terminie”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, wskazując na dokonanie w sposób niezgodny z ustawą Pzp zmian w umowie o udzielenie zamówienia publicznego, podniósł, że 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. Dla zamawiającego oznacza to, że opis przedmiotu umowy nie może odbiegać od opisu zawartego w ofercie przede wszystkim, co do zakresu tej umowy.

Przy czym przez pojęcie zakresu świadczenia należy rozumieć jego wymiar, wielkość. Z przepisu art. 140 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zmian rozszerzających czy też zmieniających w inny sposób zakres umowy nie wolno wprowadzać zarówno przed podpisaniem umowy, jak i w trakcie jej realizacji. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp). Warunki zmiany umowy (klausule) nie mogą być interpretowane w sposób dowolny. Powyższemu sprzeciwia się bowiem treść art. 140 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z których wynika, iż zamawiający jest obowiązany stosować zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz, że treść umowy musi odpowiadać zobowiązaniu zawartemu w ofercie. Porównanie i ocena ofert wykonawców musi się bowiem odbywać w oparciu o wycenę tego samego zakresu zamówienia i warunków jego realizacji. Późniejsze zmiany umowy wpływające na zmianę wycenianego zakresu obejmują tylko zobowiązanie jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co może wpływać na ograniczenie uczciwej konkurencji i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zamawiający nie mógł w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp dokonać zmiany treści umowy w zakresie opisanym w Protokole konieczności. W samym aneksie nie wskazano podstawy prawnej do dokonania zmiany umowy, a jedynie przywołano protokół konieczności, w którym wskazano na art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Ogólne stwierdzenie zawarte w protokole konieczności, że *„wprowadzone zmiany zgodne są z aktem umowy (...), z rozdziałem 13 FIDIC tj. Zmiany i korekty”*, nie może stanowić podstawy prawnej dokonania opisanych w protokole konieczności zmian umowy, dotyczących zakresu przedmiotu umowy.

Wskazanie w informacji o zmianie umowy opublikowanej w Biuletynie Zamówień Publicznych art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako podstawy dokonania zmiany umowy, stanowiło działanie post factum. Treść ogłoszenia o zmianie umowy nie stanowi bowiem podstawy do dokonania zmiany umowy. Takie ogłoszenie ma jedynie funkcję informującą i nie stanowi czynności prawno-kształtującej. Czynnością taką było aneksowanie umowy. Z treści załącznika do aneksu, do którego protokół się wprost odwoływał, wynikało, że podstawą dokonania zmian umownych jest art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wskazanej w ogłoszeniu o zmianie umowy informacji, że podstawą zmiany umowy był art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz do uzupełniających tę informację wyjaśnień zamawiającego, że zmiana umowy została dokonana w oparciu o Klauzule 13.1 pkt e), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że nie mogły one również stanowić podstawy dokonanych zmian.

Prezes ustalił, że w ramach ww. Klauzuli 13.1 pkt e) dopuszczono zmianę zatwierdzonej kwoty kontraktowej w związku z rezygnacją z części robót jeżeli spełnione zostaną jednocześnie dwie przesłanki. Pierwszą z nich jest okoliczność, że roboty z których zrezygnowano nie mają uzasadnienia ekonomicznego i technicznego, a drugą, że na etapie realizacji z przyczyn niezależnych od stron okaże się, że owe roboty nie są niezbędne do prawidłowego ukończenia zamówienia i osiągnięcia celów wskazanych w PFU.

Zgodnie z pkt D.1 - Założenia generalne PFU - „Celem niniejszego opracowania jest koncepcja układu zieleni wraz z programem użytkowo - przestrzennym, który ma przedstawić projekty rewaloryzacji i zagospodarowania terenów zieleni. Przedmiotem opracowania jest projekt koncepcyjny mający określić potencjalne możliwości zagospodarowania i rewaloryzacji układu zieleni miasta, zwiększenie obszarów zieleni poprzez adaptacje obszarów zieleni niezagospodarowanych rekreacyjnie z małą ilością roślin, rekonstrukcje zabytkowych szpalerów drzew zieleni przyulicznej, wykonanie pasów zieleni izolacyjnej wzdłuż dróg i osiedli mieszkaniowych. Podjęte działania mają na celu polepszenie warunków środowiskowych, warunków życia mieszkańców poprzez zwiększenie powierzchni zieleni przyczyniającej się do poprawy jakości powietrza, chroniącej przez zanieczyszczeniami hałasem.

W koncepcji bardzo istotna jest ochrona dóbr kultury i dziedzictwa narodowego, aspekty estetyczne oraz równie ważne aspekty społeczne - udostępnienie mieszkańcom miasta przestrzeni do wypoczynku, rekreacji i uprawiania sportów - biegów, jazdy na rowerze, gry w piłkę, ćwiczenia na siłowni plenerowej.

W Parku Miejskim i zieleńcu na terenie d. Cmentarza Ewangelickiego przewidywana jest również funkcja dydaktyczna - na tablicach informacyjnych w strefach wejściowych historia obiektu, mapy archiwalne założeń i mapy z lokalizacją najcenniejszych gatunkowo drzew i oznakowanie tabliczkami z informacją botaniczną poszczególnych drzew. Edukacji przyrodniczej ma również służyć projektowany sad i ogród ziołowy." Jak wskazał sam zamawiający rozmowy dotyczące zmiany umowy były toczony już przed zawarciem umowy, a jak wynika z przekazanej dokumentacji wykonawca Hortico S.A. już przed zawarciem umowy przekazał zamawiającemu „zestawienie małej architektury, która z powodu planowanego

wyłączenia poszczególnych placów zabaw z zakresu wykonania - nie będą zamontowane". Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, oznacza to, że już przed udzieleniem zamówienia zamawiający musiał wiedzieć, że roboty z których zrezygnowano, nie są niezbędne do prawidłowego ukończenia zamówienia i osiągnięcia celów wskazanych w PFU, przynajmniej w zakresie na jaki powołuje się w protokole konieczności tj. poprawa relacji powierzchni czynnej biologicznie do całkowitej rewitalizowanej powierzchni.

Oczywisty, już przed udzieleniem zamówienia, był chociażby fakt, że rezygnacja m.in. z budowy parku linowego, części placów zabaw, siłowni plenerowych, labiryntu, wieży widokowej czy płyty wodnej przyczyni się do poprawienia wskaźnika powierzchni czynnej biologicznie do powierzchni całkowitej rewitalizowanej przestrzeni. Ograniczenie przestrzeni zabudowanych w ramach prowadzonych inwestycji zawsze bowiem prowadzi do zwiększenia współczynnika powierzchni czynnej biologicznie.

Kwestią równie oczywistą jest również fakt, że rezygnacja z części małej architektury, boiska czy parków linowych, będzie miała wpływ na późniejsze niższe koszt utrzymania parków i terenów zielonych. Trudno więc stwierdzić, że bezpośrednio po udzieleniu zamówienia realizacja tych robót budowlanych nie miała uzasadnienia ekonomicznego, a umowa wymagała zmiany z tego powodu.

Z drugiej zaś strony należy podkreślić, że dokonane zmiany uniemożliwiły w sposób oczywisty realizację innych celów wskazanych w PFU przyświecających udzielonemu zamówieniu. Przykładowo, rezygnacja z budowy boiska piłkarskiego w oczywisty sposób stoi w sprzeczności z celem, jakim jest udostępnienie mieszkańcom miasta miejsca do gry w piłkę, a który to cel realizacja tego zamówienia miała umożliwić. Fakt, że w Ścinawie istnieje już stadion miejski nie ma w tym miejscu znaczenia, ponieważ był to fakt znany zamawiającemu przed udzieleniem zamówienia. Istnienie stadionu miejskiego nie miało też wpływu na przygotowanie OPZ oraz PFU, w których zamawiający wymagał aby w ramach przedmiotowego zamówienia powstało nowe boisko, które umożliwi udostępnienie nowego miejsca do gry w piłkę. Analogiczna sytuacja dotyczy siłowni plenerowych. Rezygnacja z ich budowy, w sposób oczywisty uniemożliwi udostępnienie jej mieszkańcom miasta.

W konsekwencji, zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, niemożliwy do zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym jest art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i to pomimo przewidzenia przez zamawiającego w SIWZ (Warunki szczególne kontraktu) rozległego katalogu przesłanek dopuszczających zmiany umowy o zamówienie publiczne.

Wszystkie wskazane bowiem w uzasadnieniu okoliczności nie były bowiem niezależnymi od stron umowy oraz nieprzewidywalnymi okolicznościami.

W zakresie naruszenia z pkt 6 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zamieszczone na stronie internetowej w dniu 13.06.2019r. (w dniu otwarcia ofert) informacje nie zawierają danych dotyczących warunków płatności, które są wymagane zgodnie z art. 86 ust.5 pkt 3 ustawy Pzp.

II. Zamawiający - Gmina Ścinawa - w dniu 27 lipca 2020r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżenia od wyników kontroli w zakresie naruszeń opisanych w pkt 1-5, nie wniósł zastrzeżeń w zakresie naruszenia z pkt 6.

W zakresie naruszenia z pkt 1 Zamawiający podniósł w zastrzeżeniach, że wezwanie z dnia 20.06.2018r. skierowane do Hortico S.A. nie zawierało wskazania czy polisa ubezpieczeniowa lub inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia OC ma być aktualne na dzień składania ofert czy aktualne na dzień przedłożenia. Z treści przepisu art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że dokumenty składane na wezwanie mają być aktualne na dzień ich złożenia. Wskazał, że z faktu złożenia polisy potwierdzającej, że wykonawca Hortico S.A. był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę 5.000.000,00 zł od dnia 25.06.2018 r., czyli po dniu, w którym wykonawca został wezwany do złożenia polisy, nie można wyciągnąć wniosku, że wykonawca nie dysponował polisą aktualną na dzień składania ofert. Wykonawca wraz z ofertą złożył wstępne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie naruszenia z pkt 2 Zamawiający wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2 ustawy Pzp jedynie mógł, a nie musiał, wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie przekracza progów unijnych i Zamawiający uznał, że złożone przez Hortico S.A. oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia jest wystarczające.

W zakresie naruszenia z pkt 3 Zamawiający wskazał, że stawiając wymóg w zakresie dysponowania osobą pełniącą taką funkcję w przeszłości dążył do zagwarantowania sobie, aby zadanie będące przedmiotem zamówienia było realizowane przez osoby posiadające doświadczenie w kompleksowym zarządzaniu i nadzorowaniu inwestycji o podobnym zakresie i przedmiocie. Zdaniem Zamawiającego pojęcie dyrektora kontraktu nie jest pojęciem ściśle zdefiniowanym w SIWZ. Ponieważ nadzór oznacza zarówno kontrole jak i władcze ingerowanie, czyli możliwość sprawowania bezpośredniego wpływu jak i władcze ingerowanie,

czyli możliwość sprawowania bezpośredniego wpływu na przedmiot/podmiot nadzoru, Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnia warunki udziału wynikające z IDW. Podkreślenia wymaga, że ze względu jednak na posłużenie się wspomnianym na wstępie pojęciem wieloznacznym niejasności interpretacyjne powinny być w takich wypadkach poczytywane na korzyść wykonawcy. Podniósł, że kwestie pojęć wieloznacznych należy interpretować na korzyść wykonawcy. Zamawiający zwrócił także uwagę, iż w informacji zawartej w tabeli (kolumna nazwana: „zakres wykonywanych czynności”), użyto przeszłego, stąd Gmina uznała, że pełnił on wymagane funkcję - przedstawiciela wykonawcy o odpowiednich kompetencjach.

W zakresie naruszenia z pkt 4 Zamawiający wskazał, że przedmiotowy zarzut oparty jest na błędnej analizie stanu faktycznego. Pan M. G. został wyraźnie wskazany w tabeli dostarczonej przez Wykonawcę jako kierownik budowy. Ponadto z pozwolenia na budowę lub z projektu zagospodarowania terenu przekazanych przez wykonawcę Hortico S.A. wynika, że Pan M. G. pełnił funkcję kierownika budowy podczas budowy „Zielonego Centrum”.

W zakresie naruszenia z pkt 5 Zamawiający wskazał, że Gmina Ścinawa miała podstawy do zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1. Podanie błędnej podstawy prawnej nie ma w tym kontekście znaczenia i należy traktować ją jako omyłkę pisarską, w szczególności, że w ogłoszeniu o zmianie powołano się na prawidłowy przepis i fakt zmiany umowy zgodnie z jej postanowieniami. Projekt otrzymał dofinansowanie i musiał być zgodny z głównym celem Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020. Wskazał, że optymalizacja zakresu rzeczowego, objętego umową była konieczna ze względu na konieczność poprawy wskaźnika relacji powierzchni czynnej biologicznie do całkowitej powierzchni rewitalizowanej w ramach projektu, racjonalizację kosztów utrzymania efektów projektu po jego zakończeniu oraz racjonalizację utrzymania powstałej małej architektury pod względem technicznym.

III. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po analizie zgłoszonych zastrzeżeń poinformował pismem z dnia 14.08.2020r., że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszeń stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 lipca 2020r. W związku z tym zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolą, a także po

zapoznaniu się z zastrzeżeniami Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia od wyniku kontroli nie zasługują na uznanie.

Izba stwierdziła, że ustalenia faktyczne dokonane w toku kontroli w zakresie stwierdzonych naruszeń są prawidłowe.

W zakresie naruszenia z pkt 1 Informacji o wyniku kontroli, Izba uznała, że przedłożona przez wykonawcę Hortico S.A. na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp polisa PZU S.A. ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 1031746443, wystawiona dnia 26.06.2018r. i obowiązująca od 25.06.2018r. do 24.06.2019r. nie potwierdza, że na dzień składania ofert tj. 13.06.2018r. wykonawca Hortico S.A. spełniał warunek udziału w postępowaniu, określony w pkt 5.2.2 2 IDW.

W aktualnym stanie prawnym, weryfikacja podmiotowa wykonawcy odbywa się na dwóch etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszy etap jest dokonywany w oparciu o aktualne na moment upływu terminu składania ofert oświadczenia potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, drugi etap jest dokonywany przed zawarciem umowy, w oparciu o „aktualne na dzień złożenia” dokumenty składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Istotne jest to, aby stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia istniał nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert do dnia udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Potwierdza to treść art.24ust.12 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że dokumenty składane w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust.1 kub ust. 2 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień złożenia tych oświadczeń lub dokumentów, co oznacza, że mogą być one wystawione po dacie składania ofert, gdyż stan spełnienia warunków i niepodlegania wykluczeniu musi być utrzymany również na moment ich złożenia. Przedłożone w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp dokumenty i oświadczenia stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w dokumentach JEDZ a przez fakt, że przedłożone dokumenty są aktualne na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły

W analizowanym stanie faktycznym, z treści złożonego przez wykonawcę Hortico S.A. dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej

bezsprzecznie wynikało, iż w dniu składania ofert wykonawca nie był objęty ochroną ubezpieczeniową. Oznacza to, że stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie miał charakteru ciągłego tj. od dnia upływu terminu składania ofert aż do dnia udzielenia zamówienia. Z tych względów, w ocenie Izby, Zamawiający winien był wezwać wykonawcę Hortico S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż posiadał on ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej również we wcześniejszym okresie co najmniej od upływu terminu składania ofert. W ten sposób wykonawca potwierdziłby także prawdziwość złożonego wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie naruszenia z pkt 2 Informacji o wyniku kontroli, Izba podzieliła stanowisko prezentowane w odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 14.08.2020r., co do tego, że przepis art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, pozostawia zamawiającemu swobodę w zakresie decyzji, czy będzie żądał od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia (w zakresie opisanym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ), czy też za wystarczające uzna wstępne oświadczenie wykonawcy. Jednakże, w sytuacji, jeżeli zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ wskaże, iż żąda danego dokumentu, to zobligowany jest wymagać przedłożenia go przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Skoro zatem Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu w pkt 6.2.1 IDW żądał informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert to winien konsekwentnie w oparciu o ustalone wymagania dokonywać oceny ofert. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca złożył dokumenty dotyczące jedynie wykonawcy Hortico S.A. oraz Prezesa Zarządu Hortico S.A. p. P. K., podczas gdy - jak wynika ze złożonego wraz z ofertą wykonawcy odpisu KRS - w skład organu nadzorczego oraz zarządzającego wykonawcy Hortico S.A. wchodziły także inne osoby (organ zarządzający liczył 3 członków włącznie z p. P. K. zaś organ nadzoru liczył 5 członków). Z tych względów, w ocenie Izby, Zamawiający winien był wezwać wykonawcę Hortico S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów z Krajowego Rejestru Sądowego.

W zakresie naruszenia z pkt 3 i 4 Informacji o wyniku kontroli, Izba stwierdziła, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie w sposób nie budzący wątpliwości, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Wszelkie niejasności co do potwierdzenia spełniania wymagań Zamawiającego winny być przez niego wyjaśnione na etapie badania i oceny ofert. W rozpatrywanym stanie faktycznym posłużyć się pojęciem „nadzoru nad realizacją”

w przypadku osoby p. J. W., która miała wykazać się doświadczeniem na stanowisku dyrektora kontraktu lub zastępcy dyrektora kontraktu jak również osoby p. M. G., która miała wykazać się doświadczeniem na stanowisku „kierownika budowy” budzi uzasadnione wątpliwości co do faktycznie pełnionej przez te osoby funkcji. Sam Zamawiający przyznał w złożonych zastrzeżeniach, że pojęcie nadzór jest pojęciem wieloznacznym. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego dotyczącym interpretacji treści tabeli wykazu osób. Kolumna „zakres wykonywanych czynności” dotyczy funkcji jaką dana osoba miała pełnić podczas realizacji zadania i została wypełniona przez Zamawiającego a zatem nie zawiera ona informacji o funkcji, jaką dana osoba pełniła podczas realizacji innych inwestycji. Zakres doświadczenia i pełnione funkcje zostały podane przez wykonawcę w kolumnie „Kwalifikacje zawodowe, doświadczenie”. Dodatkowo odnośnie p. M. G. niezasadnym jest twierdzenie Zamawiającego, że z pozwolenia na budowę lub z projektu zagospodarowania terenu przekazanych przez Hortico S.A. wynika, że osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy „Zielonego Centrum”. W dokumentacji zgromadzonej w toku kontroli nie potwierdzono tych informacji.

Zdaniem Izby, w oparciu o złożone w postępowaniu dokumenty, w szczególności wykaz osób, Zamawiający nie mógł w sposób jednoznaczny ustalić czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym. Okoliczność ta winna być co najmniej przedmiotem wyjaśnienia z wykonawcą w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła natomiast poglądu, że stwierdzone w pkt 1, 2, 3 i 4 naruszenia dotyczące art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oznaczają w konsekwencji, iż doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy Zamawiający zaniechał obligatoryjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp to nie można jednoznacznie stwierdzić, iż doszło do zaniechania wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W zakresie naruszenia z pkt 5 Informacji o wyniku kontroli, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż brak było podstaw do zawarcia dnia 4.09.2018r. aneksu nr 1 do kontraktu – umowy nr JRP.3.2018 z dnia 6.08.2018r. Nawet, jeśli przyjąć, jak twierdzi w zastrzeżeniach Zamawiający, że podstawą do dokonania zmiany umowy był art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, to nie można uznać, że okoliczności zmiany umowy wypełniają klauzulę 13.1 pkt e Warunków Szczególnych. W klauzuli tej dopuszczono zmianę zatwierdzonej kwoty kontraktowej w związku z rezygnacją z części robót, jeżeli okaże się, że ich realizacja nie ma uzasadnienia ekonomicznego i technicznego a na etapie realizacji z przyczyn niezależnych od Stron okaże się, że nie jest niezbędna do prawidłowego ukończenia zamówienia i osiągnięcia

celów wskazanych w PFU. Zdaniem Izby, przesłanki te nie zostały wykazane zarówno w datowanym na 24.08.2018r. Protokole konieczności nr 1 do umowy nr JRP.3.2018 z dnia 6.08.2018r. jak również w złożonych w toku kontroli wyjaśnieniach i zastrzeżeniach. Nie wykazano, że rezygnacja z części robót, objętych kontraktem znajduje uzasadnienie ekonomiczne i techniczne, a co więcej nie wykazano, że rezygnacja z robót jest niezależna od stron a roboty te nie są niezbędne do prawidłowego ukończenia zamówienia i osiągnięcia celów PFU.

Jak wynika z Protokołu konieczności nr 1 Zamawiający w wyniku analizy projektu, warunków w terenie oraz potrzeb Gminy Ścinawa uznał, że konieczna jest optymalizacja zakresu rzeczowego. Zatem okoliczności dokonania zmian nie były niezależne od stron, tym bardziej, że jak wynika z dokumentacji Zamawiający jeszcze przed podpisaniem umowy prowadził rozmowy dotyczące zmiany umowy. Zamawiający znał cele Projektu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020, z którego finansowane było zamówienie i cele te winien odzwierciedlić już w przygotowanym na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia PFU również w zakresie współczynnika terenów biologicznie czynnych. Niezrozumiałym jest twierdzenie Zamawiającego, że na etapie tworzenia PFU cele i wskaźniki były zachowane, a następnie po podpisaniu umowy okazało się, że wykonanie zamówienia zgodnie z PFU spowoduje, że zamówienie zostanie zrealizowane niezgodnie z celami i wskaźnikami projektu.

Ponadto, nie można uznać, że rezygnacja z części robót, obejmująca m.in. parki linowe, siłownię plenerową, wieżę widokową, płytę wodną czy boisko do piłki nożnej nie naruszyła celów wskazanych w PFU, skoro w pkt D.1 PFU podano m.in., że „*Podjęte działania mają na celu polepszenie warunków środowiskowych, warunków życia mieszkańców poprzez zwiększenie powierzchni zieleni przyczyniającej się do poprawy jakości powietrza, chroniącej przez zanieczyszczeniami hałasem. W koncepcji bardzo istotna jest ochrona dóbr kultury i dziedzictwa narodowego, aspekty estetyczne oraz równie ważne aspekty społeczne - udostępnienie mieszkańcom miasta przestrzeni do wypoczynku, rekreacji i uprawiania sportów - biegów, jazdy na rowerze, gry w piłkę, ćwiczenia na siłowni plenerowej*”.

Izba potwierdziła, że nie było podstaw do dokonania zmiany umowy w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na to że jak wskazano w toku kontroli wartość umowy została zmniejszona o 21,44 % wartości zamówienia, a zatem przekracza górną wartość dopuszczalnych w przywołanym przepisie zmian, wynosząca 15%.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....