



Warszawa, dnia

2021 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

UZP/DKZP/KUD/1/20

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

Zamawiający: Gmina Niebylec
Niebylec 170
38-114 Niebylec

Rodzaj zamówienia: robota budowlana

Przedmiot zamówienia: Budowa budynku Przedszkola i Żłobka Samorządowego w Niebylcu

Tryb postępowania: tryb podstawowy (art. 275 pkt 1 ustawy Pzp)

Wartość zamówienia: 8 550 263,16 zł, co stanowi równowartość 2 002 731,87 euro.

Data wszczęcia postępowania: 28 maja 2021 r.

Środki UE: nie

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu niniejszej kontroli doraźnej uprzedniej na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129,) zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 607 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza:

1. naruszenie przepisów art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy X do złożenia wyjaśnień dotyczących wartości poszczególnych budynków wskazanych w pkt 2 wykazu przedłożonego przez ww. Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.5. lit. a) SWZ dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, co w związku prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę, który nie wykazał spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.
2. naruszenie art. 18 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434) poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania, tj. oferty Wykonawcy X.

UZASADNIENIE

Ad. 1

Zamawiający - Gmina Niebylec - wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 28 maja listopada 2021 r., zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00051092/01/P.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa budynku Przedszkola i Żłobka Samorządowego w Niebylcu”.

Zgodnie z pkt 4.2. Specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako: „SWZ”), zakres rzeczowy zadania obejmuje budowę budynku przedszkola i żłobka samorządowego w Niebylcu z wewnętrznymi instalacjami (wod.-kan., c.o., elektrycznej, teletechnicznej, gazowej, wentylacji mechanicznej, klimatyzacji) oraz infrastrukturą zewnętrzną (mur oporowy, miejsca postojowe, drogi wewnętrzne wraz z placem manewrowym, kanalizacja sanitarna, kanalizacja deszczowa wraz ze zbiornikiem retencyjnym, zbiornik przeciwpożarowy, instalacje elektryczne – oświetlenie) na działkach nr ewidencyjny 33/1, 33/2 i 34/11 położonych w miejscowości Niebylec, gmina Niebylec.

W pkt 4.3. SWZ wskazano, że budynek charakteryzować będą następujące parametry: powierzchnia zabudowy: 1843,35 m², powierzchnia netto: 1601,20 m², kubatura: 8468,51 m³, maksymalna wysokość do kalenicy: 5,48 m, maksymalna długość: 79,10 m, maksymalna szerokość: 62,42 m, ilość kondygnacji nadziemnych: 1, bez podpiwniczenia.

W pkt 4.4. SWZ wskazano natomiast, że opis przedmiotu zamówienia, w tym szczegółowy zakres robót zawarty jest w *Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, dokumentacji projektowej oraz Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych*, stanowiących odpowiednio Załączniki nr 10-12 do SWZ.

W pkt 7.5. SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, w tym w pkt 7.5. lit. a) wskazał, że: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat, licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie budynku mieszkalnego, budyunku

zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej (zgodnie z przepisami obwieszczenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 500,00 m² i o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 PLN brutto każda, obejmujące swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, instalacje elektryczne, instalacje wodno-kanalizacyjne i roboty związane z zagospodarowaniem terenu”.

W pkt 10.7.SWZ zawarto postanowienie, że Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zostanie wezwany do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty – zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SWZ (pkt 10.7. c) SWZ).

W pismach z dnia 1 czerwca 2021 oraz z dnia 14 czerwca 2021 r., na podstawie art. 284 ust. 6 w związku z ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający - udostępnił treść następujących zapytań wraz z wyjaśnieniami treści SWZ dotyczących warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 10.7. c) SWZ:

[wyjaśnienia treści SWZ z dnia 1 czerwca 2021 r.]

Pytanie:

Czy Zamawiający uzna doświadczenie zawodowe Wykonawcy polegające na wykonaniu jednego zadania na 8 000 000 zł brutto oraz dwóch zadań po 6 000 000 zł brutto każde?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający podtrzymuje warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia Wykonawcy, określony w SWZ. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać należyte wykonanie, w okresie ostatnich 5 lat, licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku mieszkalnego, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej (zgodnie z przepisami obwieszczenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 500,00 m² i o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 PLN brutto każda, obejmujące swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, instalacje elektryczne, instalacje wodno-kanalizacyjne i roboty związane z zagospodarowaniem terenu.

[wyjaśnienia treści SWZ z dnia 14 czerwca 2021 r.]

Pytanie nr 14:

Proszę o informację czy w ramach zdolności zawodowej i technicznej udziału w postępowaniu zgodnie z SWZ pkt 7.5 podpunkt a, Zamawiający uzna za spełnienie warunku zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał robotę budowlaną polegającą na przebudowie obiektu hali lodowiska wraz z zapleczem, w której zakresie było wykonanie boiska multisportowego z funkcją lodowiska o powierzchni powyżej 1500 m² oraz o wartości zadania inwestycyjnego powyżej 8 000 000 PLN brutto.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wskazuje, że uzna spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia Wykonawcy, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonane przez niego co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie dotyczyły każdorazowo dowolnego budynku mieszczącego się w katalogu wymienionym szczegółowo w § 3 pkt 4-6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1065), z zastrzeżeniem, że każda z wykazanych robót budowlanych dotyczyć będzie budynku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 500,00 m² i o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 PLN brutto oraz że każdorazowo zakres wykonanych robót budowlanych obejmował co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, instalacje elektryczne, instalacje wodno-kanalizacyjne i roboty związane z zagospodarowaniem terenu.

Pytanie nr 15:

Proszę o informację czy w ramach zdolności zawodowej i technicznej udziału w postępowaniu zgodnie z SWZ pkt 7.5 podpunkt a, Zamawiający uzna za spełnienie warunku zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie zespołu dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych z podziemnymi garażami wraz z budową chodników, parkingów, elementów małej architektury oraz terenów zielonych o powierzchni powyżej 1500 m² oraz o wartości zadania inwestycyjnego powyżej 8 000 000 PLN brutto.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający odsyła do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 15. Zamawiający wskazuje jednocześnie, że zgodnie z definicją art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1333 z późn. zm.), pod pojęciem budynku należy rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Po stronie Wykonawcy pozostaje zatem weryfikacja, czy posiadane przez niego dowody określające należyte wykonanie wykazanych robót budowlanych pozwolą Zamawiającemu na pozytywną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia Wykonawcy, zważywszy, że zgodnie z opisem Zamawiającego w pkt 7.5 lit. a SWZ, wykazane roboty budowlane polegać mają na budowie, przebudowie lub remoncie budynku mieszkalnego, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 500,00 m² i o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 PLN brutto każda.

Również wzór Załącznika nr 5 „WYKAZ ROBÓT BUDOWLANYCH wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat / Przedmiot zamówienia: Budowa budynku Przedszkola i Żłobka Samorządowego w Niebylcu” zawierał uwagę o następującej treści: „Uwaga: Wystarczające, ale i konieczne jest, aby Wykonawca wykazał i załączył dowody dotyczące 2 robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku mieszkalnego, budynku zamieszkania

zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej (zgodnie z przepisami obwieszczenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 500,00 m² i o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 PLN brutto każda, obejmujące swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, instalacje elektryczne, instalacje wodno-kanalizacyjne i roboty związane z zagospodarowaniem terenu. Załączone dowody muszą określać, czy roboty te zostały wykonane należycie, w szczególności czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, mogą być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.”

W dniu 16 lipca 2021 r. dokonano wyboru oferty Wykonawcy X, jako oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z przekazaną dokumentacją, Wykonawca X w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2021 r. przedłożył następujące dokumenty, o których mowa w pkt. 10.5-10.7 SWZ:

1. *Oświadczenie Wykonawcy o braku przynależności do grupy kapitałowej z innym Wykonawcą - wg załącznika nr 3 do SWZ*
2. *Oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania - wg załącznika nr 4 do SWZ*
3. *Wykaz robót budowlanych potwierdzających warunek udziału w postępowaniu przetargowym - wg załącznika nr 5 do SWZ*
4. *Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie przedstawionych robót budowlanych (protokoły odbiorów końcowych)*
5. *Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia - wg załącznika nr 6 do SWZ*
6. *Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie Kierownika Robót Sanitarnych, o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania - wg załącznika nr 4 do SWZ*
7. *Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie Kierownika Robót Elektrycznych, o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania - wg załącznika nr 4 do SWZ*

W złożonym na wezwanie Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 7.5 lit. a) SWZ wykazie robót budowlanych, sporządzonym wg Załącznika nr 5 do SWZ – *Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat*, Wykonawca X wskazał następujące roboty budowlane:

(1) Przebudowa, adaptacja, modernizacja i zmiana sposobu użytkowania budynku - umowa nr WA.2110.2.2016 - przebudowa podpiwniczonego czterokondygnacyjnego budynku z wymianą pokrycia stropodachu, robotami rozbiórkowymi i wyburzeniowymi, wykonaniem żelbetowych

elementów konstrukcyjnych: podciągów i nadproży, budową żelbetowego szybu windowego i szachtu wentylacyjnego, wykonaniem konstrukcji żelbetowych schodów zewnętrznych wykonaniem izolacji przeciwwilgociowej i termicznej ścian, wymianą stolarki okiennej i drzwiowej, instalacji wod.- kan. i c.o., klimatyzacji i wentylacji mechanicznej, elektrycznej podstawowej i teletechnicznej, sieci strukturalnych, systemu zapobiegania pożaru, wykończeniem "pod klucz", windą osobową, platformą schodową i podnośnikiem zewnętrznym dla osób niepełnosprawnych, przyłączem kanalizacji sanitarnej, nawierzchnią dziedzińca, ogrodzeniem, zieleńcem, małą architekturą; budynek w wojewódzkiej i gminnej ewidencji zabytków nieruchomości Miasta Rzeszowa p.u. = 3 064,00 m² , V = 13 763,30 m³ – wartość brutto 8 229 935,24 zł, okres realizacji od 16.05.2016 r. do 31.03.2017 r.; podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane: Wojewódzki Urząd Pracy w Rzeszowie Rzeszów, ul. Naruszewicza 1; miejsce wykonania: Rzeszów, ul. Naruszewicza 11.

(2) Budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych nr 33 i 34 z parterowym łącznikiem i usługami w parterze w formule "zaprojektuj i wybuduj" - umowa nr 3/508/1/33/34/2014 - budynki mieszkalne wielorodzinne pięciokondygnacyjne, podpiwniczone, wykonane w technologii tradycyjnej z żelbetowymi stropami, szybami windowymi i klatkami schodowymi, z dachem o konstrukcji drewnianej pokrytym blachodachówką, z kompletem instalacji wewnętrznych i zewnętrznych, z pełną infrastrukturą towarzyszącą: drogami, chodnikami i miejscami postojowymi - w pełnym wykończeniu p.u. = 3 689,24 m² , V = 18 720,20 m³ – wartość brutto 11 070 490,17 zł, okres realizacji: od 25.09.2014 r. do 04.10.2017 r.; podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane: Spółdzielnia Mieszkaniowa XYZ.

Jak wynika z przedłożonych przez Wykonawcę protokołów odbioru dotyczących robót budowlanych wskazanych w pkt 2 wykazu (tj. protokół odbioru końcowego spisany dnia 21 kwietnia 2021 r.), budynek mieszkalny wielorodzinny nr 33 ma powierzchnię 1566,24 m² (tj. powierzchnia użytkowa mieszkań w budynku), budynek mieszkalny nr 34 ma powierzchnię 743,88 m² (tj. powierzchnia użytkowa mieszkań w budynku). W ww. protokołach odbioru nie zawarto informacji w zakresie wartości budynków mieszkalnych nr 33 i 34.

W toku niniejszej kontroli w oparciu o przekazaną dokumentację ustalono, że Zamawiający nie wezwał Wykonawcy X na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień dotyczących wartości poszczególnych budynków wskazanych w pkt 2 przedłożonego wykazu.

Z przedłożonego wykazu wynika wyłącznie, że wartość całego kontraktu obejmującego budowę tych budynków opiewa na kwotę 11 070 490,17 zł. Przy czym należy zauważyć, że zgodnie z protokołem odbioru końcowego powierzchnia budynku nr 33 wynosi 1566,24 m², co czyni zadość wymogom SWZ. Jednakże z przedłożonych dokumentów nie wynika czy wartość ww. roboty budowlanej polegającej na budowie ww. budynku mieszkalnego miała wartość nie mniejszą niż 8 000 000,00 zł brutto. Należy bowiem stwierdzić, że wykazanie wartości całego kontraktu (polegającego na budowie dwóch budynków mieszkalnych nr 33 i 34) nie jest tożsame z wykazaniem wartości budowy ww. budynku mieszkalnego nr 33.

W ocenie Urzędu wskazana w pkt 2 wykazu robota budowlana spełniałaby wymagania warunku SWZ literalnie rozumianego tylko w przypadku, gdyby Wykonawca wykazał, że wartość roboty budowlanej polegającej na budowie budynku nr 33 o powierzchni 1566,24 m², obejmującej swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, instalacje elektryczne, instalacje

wodno-kanalizacyjne i roboty związane z zagospodarowaniem terenu, wynosiła zgodnie z SWZ co najmniej 8 000 000 zł brutto.

W piśmie skierowanym do Urzędu Zamawiający wskazał, że: w udzielanych wyjaśnieniach przytaczał literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu, wskazane w treści SWZ, a co ważne, w wyjaśnieniach zawarł zapis, iż to „po stronie Wykonawcy pozostaje zatem weryfikacja, czy posiadane przez niego dowody określające należyte wykonanie wykazanych robót budowlanych pozwolą Zamawiającemu na pozytywną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia Wykonawcy”. Zamawiający ani kategorycznie nie potwierdził, ani nie zaprzeczył, czy honorował będzie robotę budowlaną polegającą na budowie przykładowego zespołu dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych, jaki pojawił się w zapytaniu, na które padła przywoływana odpowiedź, zważając, że każdy taki przypadek będzie wymagał indywidualnej oceny ze strony Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnia, iż Wykonawca: X, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, wykazał, że w zadanym okresie czasu wykonał 2 roboty budowlane mające potwierdzić spełnianie przez niego postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, z których jedna faktycznie dotyczyła budowy dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych nr 33 i 34 z parterowym łącznikiem i usługami w parterze, na co Wykonawca przedłożył oddzielne dowody, tj. protokół odbioru końcowego budynku – „Budynek mieszkalny wielorodzinny nr 33 z usługami na parterze z niezbędnymi urządzeniami budowlanymi, zjazdem, miejscami postojowymi i chodnikami w granicach opracowania A, B, C, F i poza granicami” oraz protokół odbioru końcowego budynku – „Budynek mieszkalny wielorodzinny nr 34 z usługami w parterze z niezbędnymi urządzeniami budowlanymi, zjazdem, miejscami postojowymi i chodnikami w granicach opracowania A, B, C, F i poza granicami”. Analiza przedłożonych protokołów wykazała jednak, że roboty budowlane związane z budową budynków nr 33 i 34 prowadzone były w ramach jednego zamówienia, tj. w ramach jednej umowy nr 3/508/1/33/34/2014 z dnia 25.09.2014 r., prowadzone były jednocześnie, tj. w okresie od 12.06.2015 r. do 20.07.2017 r., powierzchnia użytkowa tylko jednego z budynków wyniosła 1566,24 m², przekraczając minimalny wymagany przez Zamawiającego pułap 1500,00 m², a wartość wykonanych w ramach umowy robót wyniosła 11 070 490,17 PLN brutto, przekraczając tym samym graniczną wartość co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto, wymaganą przez Zamawiającego. Zamawiający, analizując dokumenty złożone przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, posiłkował się licznymi interpretacjami zawartymi w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynikało jednoznaczne wskazanie, iż wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli realnej zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością, w tym przypadku wymaganym doświadczeniem w robotach budowlanych dotyczących obiektów o powierzchni użytkowej co najmniej 1500,00 m² i wartości co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto. Przedłożone przez Wykonawcę: X dowody potwierdzające, że realizując w jednym czasie na podstawie jednej umowy roboty budowlane związane z budową dwóch budynków mieszkalnych o powierzchni użytkowej odpowiednio: 1566,24 m² i 743,88 m² oraz o wartości robót wynoszącej 11 070 490,17 PLN, w ocenie Zamawiającego były wystarczającym miernikiem wiedzy i doświadczenia niezbędnych i zarazem wystarczających do wykonania zamówienia, a Wykonawca sposób nie budzący wątpliwości wypełnił postawiony przez Zamawiającego warunek.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Przepis art. 274 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Art. 128 ust. 1 ustawy stanowi z kolei, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub świadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W myśl przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat, licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie budynku mieszkalnego, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej (zgodnie z przepisami obwieszczenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 500,00 m² i o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 PLN brutto każda, obejmujące swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, instalacje elektryczne, instalacje wodno-kanalizacyjne i roboty związane z zagospodarowaniem terenu.

Zamawiający również w odpowiedziach na pytania do treści SWZ zawartych w piśmie z dnia 14 czerwca 2021 r. podkreślał, że: *uzna spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia Wykonawcy, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonane przez niego co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie dotyczyły każdorazowo dowolnego budynku mieszczącego się w katalogu wymienionym szczegółowo w § 3 pkt 4-6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1065), z zastrzeżeniem, że każda z wykazanych robót budowlanych dotyczyć będzie budynku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 500,00 m² i o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 PLN brutto oraz że każdorazowo zakres wykonanych robót budowlanych obejmował co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, instalacje elektryczne, instalacje wodno-kanalizacyjne i roboty związane z zagospodarowaniem terenu.*

Mając na uwadze ww. zapisy określające warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, w ocenie Urzędu należy uznać, że Zamawiający wyraźnie wymagał, by wykonawca na potwierdzenie spełniania tego warunku wykazał wykonanie 2 robót

budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o powierzchni nie mniejszej niż 1500 m² i o wartości nie mniejszej 8 000 000 zł (obejmującej swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, instalacje elektryczne, instalacje wodno-kanalizacyjne i roboty związane z zagospodarowaniem terenu).

Zatem odnosząc się do literalnego brzmienia ww. warunku, stwierdzić należy, że Wykonawca przedkładając przedmiotowy wykaz nie wykazał, że spełnia powyższy warunek. Wskazana przez Wykonawcę robota budowlana polegała bowiem na budowie dwóch, a nie jednego budynku, i mimo że obejmowała budowę budynku o powierzchni powyżej 1500 m², to wskazana przez Wykonawcę wartość odnosi się do całego kontraktu.

Wskazać należy, że Zamawiający odpowiadając na pytania do treści SWZ dotyczących warunku określonego w pkt 7.5. a) SWZ, podkreślał że każda z wykonanych robót ma dotyczyć budynku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1500 m² i o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 PLN, tym samym w ocenie Urzędu jasno wyraził, jak należy rozumieć ww. warunek udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym twierdzenie Zamawiającego zawarte w wyjaśnieniach skierowanych do Urzędu, że: *zamawiający ani kategorycznie nie potwierdził, ani nie zaprzeczył, czy honorował będzie robotę budowlana polegająca na budowie przykładowego zespołu dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych, jaki pojawił się w zapytaniu, na które padła przywołana odpowiedź, zważając, że każdy taki przypadek będzie wymagał indywidualnej oceny ze strony Zamawiającego, stoi w sprzeczności z tym, co Zamawiający wskazał w odpowiedziach na zapytania do treści SWZ.*

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, dokonując oceny spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę X, Zamawiający wyszedł poza literalne brzmienie zapisów SWZ, stwierdzając iż: *Przedłożone przez Wykonawcę: X dowody potwierdzające, że realizując w jednym czasie na podstawie jednej umowy roboty budowlane związane z budową dwóch budynków mieszkalnych o powierzchni użytkowej odpowiedni: 1566,24 m² i 743,88 m² oraz o wartości robót wynoszącej 11 070 490,17 PLN, w ocenie Zamawiającego były wystarczającym miernikiem wiedzy i doświadczenia niezbędnych i zarazem wystarczających do wykonania zamówienia, a Wykonawca w sposób nie budzący wątpliwości wypełnił postawiony przez Zamawiającego warunek.*

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający dokonując wybory oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę X naruszył art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. Wykonawcy do wyjaśnienia czy wartość jednego z budynków (budynek nr 33) wskazanych w pkt 2 wykazu, którego powierzchnia była zgodna z wymaganiami SWZ, wynosiła co najmniej 8 000 000 PLN, co w związku prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę, który nie wykazał spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zalecenie usunięcia naruszenia:

Prezes Urzędu zaleca, ze względu na fakt, że oferta Wykonawcy X jest ofertą najkorzystniejszą, wezwanie ww. Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp

do wyjaśnienia wskazanej w naruszeniu kwestii czy wartość budynku nr 33 wskazanego w pkt 2 wykazu, którego powierzchnia była zgodna z wymaganiami SWZ, wynosiła co najmniej 8 000 000 PLN.

Powyższa informacja ma znaczenie kluczowe dla oceny, czy wykonawca X spełniał warunek udziału w postępowaniu, którego sposób oceny został opisany w pkt. 7.5 a) SWZ.

W przypadku nie wykazania przez Wykonawcę, że robota budowlana polegająca na budowie zespołu dwóch budynków spełniania wymagania określone w SWZ, przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje, aby wykonawca został w wyznaczonym terminie wezwany do uzupełnienia przedmiotowego wykazu o robotę potwierdzającą spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, tj. potwierdzającego, że Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat, licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie budynku mieszkalnego, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej (zgodnie z przepisami obwieszczenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 500,00 m² i o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 PLN brutto każda, obejmujące swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, instalacje elektryczne, instalacje wodno-kanalizacyjne i roboty związane z zagospodarowaniem terenu.

W sytuacji nie potwierdzenia przez uzupełniony wykaz robót budowlanych spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia lub w przypadku braku uzupełnienia tego wykazu, Prezes Urzędu zaleca unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Wykonawcy X na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp, a następnie dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Jednocześnie, Prezes Urzędu zwraca się z prośbą o przesłanie informacji o sposobie wykonania ww. zaleceń pokontrolnych.

Ad. 2)

W toku niniejszej kontroli ustalono, że pismem z dnia 28 czerwca 2021 r. Y zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wgląd do oferty z najniższą ceną.

W dniu 16 lipca 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 2 sierpnia 2021 r., w odpowiedzi na pismo Wykonawcy z prośbą o wgląd do oferty z najniższą ceną, na podstawie § 5 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający przekazał ofertę Wykonawcy - X.

W związku z otrzymaniem wnioskowanej oferty, w dniu 2 sierpnia 2021 r. Wykonawca Y wystąpił o *unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie prowadzonego postępowania, z uwagi na liczne uchybienia i nieprawidłowości, których dopuścił się Zamawiający.*

W ww. piśmie Wykonawca uzasadniał, że: *w dniu 28.06.2021 r. firma Y wystąpiła do Państwa z wnioskiem o udostępnienie treści oferty z najniższą ceną – oferty złożonej przez firmę X. Pismo*

zostało przekazane za pośrednictwem platformy zakupowej, zgodnie z zapisami SIWZ, które jako formę komunikacji Zamawiającego z wykonawcami wskazało właśnie platformę zakupową. W odpowiedzi na złożone pismo o wgląd do treści oferty, dopiero w dniu 02.08.2021 r. Zamawiający przekazał firmie Y treści oferty złożonej przez firmę X. Jest to o tyle istotne, iż w dniu 16.07.2021 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonując wyboru oferty złożonej przez firmę X, a równocześnie uniemożliwiając kolejnym firmom, biorącym udział w postępowaniu, podejmowanie jakichkolwiek kroków prawnych, Firma Budowlana przewidzianych ustawą Prawo Zamówień Publicznych, w tym wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, z uwagi na brak udostępnienia oferty firmy X.

Na wezwanie Urzędu Zamawiający udzielił wyjaśnień, w których nie kwestionował dokonania naruszeń przepisów ustawy Pzp dotyczących udostępnienia oferty najkorzystniejszej. Niemniej Zamawiający wskazał, że w jego ocenie naruszenie to nie ma wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Nadto Zamawiający stwierdził, że: *W ocenie Zamawiającego to Wykonawca uchybił wszelkim terminom przysługującym mu na wniesienie odwołania od czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego w postępowaniu. W szczególności dotyczy to uchybienia terminu na wniesienie odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż odczytując wiadomość Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty po 16 dniach od jej otrzymania, Wykonawca sam siebie pozbawił możliwości złożenia odwołania w ustawowym terminie, niezależnie od tego jakie rozstrzygnięcie postępowania Wykonawca znalazłby w odebranej po terminie wiadomości. Ponadto w ocenie Zamawiającego gdyby Wykonawca był żywo zainteresowany losami postawiania, a w szczególności perspektywą wyłonienia jego oferty jako najkorzystniejszej, mógł on na wcześniejszym etapie postępowania skorzystać z narzędzi, jakie gwarantuje mu ustawa Pzp, w tym w szczególności w oparciu o art. 16 ust. 3 ustawy Pzp wnieść odwołanie w terminie 5 dni od dnia, w którym powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia wobec braku aktywności informacyjnej Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli Zamawiający był zobowiązany do dokonania tych czynności (w przedmiotowym przypadku zatem mogło to być odwołanie wobec braku udostępnienia oferty z najniższą ceną w terminie określonym art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).*

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Zgodnie z treścią art. 74 ust. 1 ustawy Pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny. Ust. 2 pkt 1) ww. artykułu stanowi, że załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert.

Przepis art. 18 ust. 1 ustawy Pzp stanowi z kolei, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Stosownie zaś do treści § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający udostępniła wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie.

W kontekście ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania stanu faktycznego należy stwierdzić, że Zamawiający zaniechał udostępnienia na wniosek jednego z oferentów treści oferty złożonej przez Wykonawcę X zgodnie z regułami określonymi w ww. przepisach.

Nadmienić również należy, że otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło w dniu 16 lipca 2021 r., a Zamawiający udostępnił ofertę najkorzystniejszą na wniosek dopiero w dniu 2 sierpnia 2021 r. i tym samym uniemożliwił złożenie odwołania na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a ustawy Pzp, tj. w terminie 5 dni liczonym od dnia dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Reasumując stwierdzić należy, iż Zamawiający poprzez odmowę udostępnienia niezwłocznie dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania naruszył art. 18 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż informacje zawarte w dokumentach, których udostępnienia Zamawiający zaniechał w określonym przepisami terminie, mogły stanowić podstawę faktyczną do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, czego dotyczy naruszenie, o którym mowa w pkt 1.

Uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp, od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W przypadku, gdyby ww. zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej zgłaszała osoba upoważniona przez kierownika zamawiającego, proszę o przestanie pełnomocnictwa do występowania przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, jako centralnym organem administracji rządowej.