

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 16 lutego 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 stycznia 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Miasto Skierniewice

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 12 stycznia 2015 r., (znak: UZP/DKD/KND/27/14) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

wykonanie studium przedinwestycyjnego w zakresie budowy obiektu uzdrowiskowo-rekreacyjnego w ramach tworzonego centrum uzdrowiskowego na Obszarze Ochrony Uzdrowiskowej Skierniewice-Maków

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Anna Packo
	Beata Pakulska-Banach

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany Prezesem UZP), działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Miasto Skierniewice w trybie przetargu nieograniczonego na *wykonanie studium przedinwestycyjnego w zakresie budowy obiektu uzdrowiskowo-rekreacyjnego w ramach tworzonego centrum uzdrowiskowego na Obszarze Ochrony Uzdrowiskowej Skierniewice-*

Maków, którego szacunkowa wartość została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 870.000,00 zł netto, stanowiącą równowartość 205.922,03 euro.

Pismem z dnia 12 stycznia 2015 r. Prezes UZP doręczył Zamawiającemu informację o wyniku kontroli, oznaczonej sygnaturą UZP/DKD/KND/27/14, w której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 91 ust. 3 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez określenie kryterium oceny ofert – ocena części technicznej oferty – na podstawie właściwości wykonawcy;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieprecyzyjny oraz subiektywny opis sposobu oceny ofert określony w odniesieniu do kryterium „ocena części technicznej oferty” w szczególności w podkryterium „kompetencje oferenta” oraz błędnie skonstruowany wzór służący ocenie ofert, który mógł skutkować naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania wykonawcy GRIT Sp. z o.o. do uzupełnienia zobowiązania firmy Oberer Consulting GmbH Wiedeń do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia;
4. art. 91 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b i art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieuprawnione skorzystanie z przedstawionego w ofercie potencjału podmiotu trzeciego przy dokonywaniu oceny oferty w ramach kryterium „ocena części technicznej oferty”;
5. art. 92 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie zamieszczenia niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty informacji dotyczącej punktacji przyznanej tej ofercie w każdym kryterium oceny ofert;
6. art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie stosowania przepisów ustawy przewidzianych dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, będące wynikiem niestarannego oszacowania wartości przedmiotowego zamówienia.

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

W zastrzeżeniach odniósł się do części ze wskazanych w informacji o wyniku kontroli naruszeń, w tym między innymi:

Ad 1 i 2) nie zgodził się z twierdzeniem zawartym w informacji o zaistnieniu przyczyny do unieważnienia postępowania, opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. W tym zakresie podtrzymał swoje wcześniejsze wyjaśnienia, w których wskazywał na specyficzny charakter zamówienia, wykraczającego poza ramy zawarte w nomenklaturze CPV pod kodem 71241000-9 (studia wykonalności, usługi doradcze i analizy), uzasadniający potraktowanie zakresu prac jako nienazwanej usługi o charakterze niepriorytetowym (inne usługi). Przedmiot zamówienia miał być realizowany z myślą o nadrzędnym celu polegającym na optymalizacji w finansowaniu projektu przez stronę publiczną z jednoczesnym zamknięciem finansowym przedsięwzięcia. Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy Zamawiający nie był związany przy tego rodzaju usłudze zakazem ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający podniósł, iż kryteria nie zaważyły na wyniku postępowania, w którym złożona została tylko jedna oferta, a w toku postępowania wykonawcy nie kwestionowali zapisów siwz. W ocenie Zamawiającego, gdyby zapisy odnoszące się do właściwości wykonawców zostały zawarte w warunkach udziału w postępowaniu, można byłoby mówić o utrudnianiu dostępu do zamówienia. Zamawiający działał w dobrej wierze i przeświadczeniu o właściwej klasyfikacji przedmiotu zamówienia jako usług niepriorytetowych, gdyby miał świadomość nieprawidłowości w ustaleniu kryteriów oceny ofert to dokonałby stosownej modyfikacji zapisów siwz.

Ad 3 i 4) Zamawiający wyjaśnił, iż zinterpretował zobowiązanie podmiotu udostępniającego swój potencjał (wiedzy i doświadczenia) jako udostępnienie potencjału w pełnym zakresie i bez żadnych ograniczeń, mając na uwadze załącznik do oferty zawierający oświadczenie wykonawcy o tym, że przedmiot umowy zostanie wykonany wspólnie z firmą Oberer Consulting GmbH jako podwykonawcą.

Ad 6) Zamawiający zaprzeczył, aby dokonał zaniżenia wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy właściwych dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Wyjaśnił, iż kwota zabezpieczona w budżecie Miasta Skierniewice na 2014 r. (1.185.000 zł. brutto) zabezpieczała nie tylko środki finansowe na wykonanie studium przedinwestycyjnego, ale także na realizację innych zadań związanych z infrastrukturą obszaru ochrony uzdrowiskowej. Jednocześnie wskazał na zadania inwestycyjne zaplanowane w prognozie finansowej na lata 2012-2021 obejmujące inwestycje związane z budową obszaru ochrony uzdrowiskowej:

- 1) budowa infrastruktury drogowej w obrębie projektowanego obszaru ochrony uzdrowiskowej z terminem realizacji w latach 2012-2021 z wartością łącznych

nakładów inwestycyjnych w wysokości 43.050.000 zł. Plan wydatków w budżecie Miasta Skierniewice na 2014 r. wynosił 600.000 zł.

- 2) budowa infrastruktury w obrębie projektowanego obszaru ochrony uzdrowiskowej z terminem realizacji w latach 2012-2021 z wartością łącznych nakładów inwestycyjnych w wysokości 18.450.000 zł. Plan wydatków w budżecie Miasta Skierniewice na 2014 r. wynosił 1.185.000 zł.
- 3) zagospodarowanie terenów zielonych w części obszaru ochrony uzdrowiskowej Skierniewice-Maków z terminem realizacji 2013 – 2021 z wartością łącznych nakładów inwestycyjnych w wysokości 20.000.000 zł. Plan wydatków w budżecie Miasta Skierniewice na 2014 rok wynosił 300.000 zł.

W ramach środków ujętych w planach wydatków dla zadań z poz. 1 i 2, zaangażowane zostały kwoty 486.348,18 zł. (budowa infrastruktury drogowej) oraz 120.000 zł. (budowa infrastruktury) dla sfinansowania umowy zawartej w dniu 25.07.2013 r. na wykonanie dokumentacji projektowej na łączną wartość 606.348,18 zł. z terminem realizacji do 31.01.2015 r. (w wyniku podpisanych aneksów). Ponadto umowa na wykonanie studium przedinwestycyjnego do budowy obiektu uzdrowiskowo-rekreacyjnego w ramach tworzonego centrum uzdrowiskowego na obszarze ochrony uzdrowiskowej Skierniewice-Maków na łączną wartość 1.063.950 zł. z terminem realizacji 30.11.2014 r. również jest finansowana ze środków przeznaczonych na realizację zadania „Budowa infrastruktury (...)”. Na tą okoliczność Zamawiający przedłożył dokumenty finansowe Miasta. Kwota wskazana przez Prezesa UZP 1.185.000 zł. od której wyliczona została kwota netto przeznaczona została na sfinansowanie dwóch umów w ramach jednego zadania. Ustalona wartość zamówienia nie musi pokrywać się z kwotą, która Zamawiający w rzeczywistości zapłaci za realizację danego zamówienia.

Pismem z dnia 4 lutego 2015 r. znak: UZP/DKD/DWKZ/421/76(13)/14/LG KND/27/14 Prezes UZP zawiadomił Zamawiającego że podtrzymuję stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie dotyczącym zarzutów opisanych w zastrzeżeniach, przekazując swoje stanowisko w dniu 4 lutego 2015 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Prezes UZP odnosząc się do zastrzeżeń dotyczących naruszenia art. 91 ust. 3 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy oraz naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy podtrzymał wcześniej wyrażone stanowisko dotyczące kwalifikacji przedmiotu objętego zamówieniem jako usług priorytetowych. Prezes UZP wskazał na zakres przedmiotowej usługi polegającej na opracowaniu studium obejmującego przygotowanie strategii projektu oraz wstępnego

planu operacyjnego, na które składać się miały w szczególności: analiza wewnętrznych i zewnętrznych uwarunkowań rozwoju przedsięwzięcia, analiza SWOT, wizje i cele projektu, proponowane powiązania przestrzenne i funkcjonalne, analiza popytu i ewentualnego programu sprzedaży, koncepcje projektowe oraz analiza finansowa. Konsekwencją realizacji zleconych usług jest uzyskanie przez Zamawiającego niezależnej oceny oraz analizy potencjału technicznego, finansowego i organizacyjnego projektu, które mają wesprzeć proces podejmowania decyzji o możliwości jego realizacji. Służyć ma temu obiektywne i racjonalne określenie mocnych i słabych stron projektu oraz możliwości i zagrożeń z nim związanych, zasobów niezbędnych do realizacji projektu oraz ocena szans jego powodzenia. Powyższe wskazuje zatem na analityczno-doradczy związany z procesem inicjowania projektu, charakter świadczonych usług, co potwierdza zasadność ich klasyfikacji w ramach kategorii 71241000-9 lub 71242000-6 CPV. Na taki sposób klasyfikacji wskazał również sam Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz podając kod CPV 71241000-9, tj. „studia wykonalności, usługi doradcze, analizy”, a zatem usługi o charakterze priorytetowym. Późniejsze wyjaśnienia jakie udzielił Zamawiający w toku kontroli o omyłkowym wskazaniu kodu CPV nie zostały przez Prezesa UZP uwzględnione.

Prezes UZP wyjaśnił, iż do „innych usług” wskazanych w poz. 27 załącznika nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010 r., Nr 12, poz. 68) zalicza się wszystkie usługi, które nie są w sposób szczególny zidentyfikowane, czy to poprzez ich opisową konkretyzację, czy też poprzez dookreślenie właściwych kodów CPV. Jest to zbiór usług, które nie mogą być zakwalifikowane do innej kategorii usług wskazanych w załącznikach do ww. rozporządzenia. Sytuacja taka nie miała miejsca w odniesieniu do przedmiotowej usługi możliwej do zakwalifikowania do co najmniej dwóch kodów CPV, nawet jeżeli zakres zamówienia obejmuje kilka rodzajów usług.

Odnosnie kryteriów oceny ofert Prezes UZP zwrócił uwagę na potrzebę ich określenia w sposób jasny dla wykonawców, którzy mają mieć jasność według jakich kryteriów będzie oceniana oferta. Zamawiający dokonał nieprecyzyjnego opisu sposobu oceny w kryterium „ocena części technicznej oferty”, w szczególności w podkryterium „kompetencje oferenta”, nie wskazał sposobu przyznania punktów prezentowanym w ofercie założeniom, koncepcjom i wizjom wykonawcy. Sam Zamawiający przyznał, że wzór do oceny ofert został błędnie skonstruowany, co mogło ograniczyć konkurencję przez zmniejszenie kręgu potencjalnych wykonawców, a tym samym wpłynąć na liczbę ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie Prezes UZP wskazał na wyłączenie wprost w ustawie możliwości ustanawiania kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy w przypadku usług o charakterze priorytetowym. Ocenie wiarygodności i potencjału wykonawcy służą warunki udziału w postępowaniu, które określone w sposób odpowiadający

potrzebom Zamawiającego, ale jednocześnie związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne, zapewniłyby wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia, nie naruszając jednocześnie zasad uczciwej konkurencji.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prezes UZP odniósł się do treści zobowiązania podmiotu o udostępnieniu potencjału, w oparciu o który wykonawca wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu wskazując na brak jednoznacznego oświadczenia o tym, że podmiot będzie udostępniał swój potencjał w trakcie realizacji zamówienia oraz w jakim charakterze. Z dokumentu wynika, iż Oberer Consulting GmbH Wiedeń „będzie służyć wykonawcy wsparciem merytorycznym, jeżeli okaże się niezbędne podczas realizacji zamówienia”. Nie wskazuje ono na deklarację bezwzględnego zaangażowania w realizację zamówienia, a na uzależnienie tego udziału od bliżej niezdefiniowanych okoliczności. Warunkowe oświadczenie podmiotu nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b, tj. udowodnienia Zamawiającemu dysponowania niezbędnymi zasobami do realizacji zamówienia. Dla udowodnienia dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w określony sposób nie jest wystarczające oświadczenie wykonawcy co do podwykonawstwa. Złożenie oświadczeń przez wykonawców, których treść nie została w żaden sposób potwierdzona przez same podmioty trzecie w zobowiązaniach, nie stanowi dowodu, że podmioty trzecie posiadają wiedzę o planowanym przez wykonawcę sposobie wykorzystania ich zasobów i rzeczywiście na taki sposób wykorzystania tych zasobów zgadzają się. Dla wykazania słuszności takiej interpretacji Prezes UZP odwołał się do podnoszonych w orzecznictwie Izby tez o konieczności wykazania realnego i rzeczywistego udostępnienia potencjału pozwalającego na ustalenie czego dokładnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane.

Odnosnie zastrzeżeń dotyczących zarzutu naruszenia art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Prezes UZP odniósł się do wyjaśnień jakich udzielał Zamawiający w toku postępowania kontrolnego, w których uzasadniał podstawę określenia wartości szacunkowej zamówienia kwotą środków finansowych zabezpieczonych w budżecie Miasta (kwota 1.185.000 zł brutto). Ponadto Zamawiający wskazał, iż wartość szacunkowa zamówienia ustalona została „z uwzględnieniem wartości podprogowej wynikającej z art. 11 ust. 8 Pzp, tj. w przypadku usług kwoty 207.000 euro netto (kurs euro 4,2249 zł – po przeliczeniu 874.554,30 zł. netto). W wyniku zaokrąglenia do pełnych dziesiątek tysięcy złotych w dół uzyskano kwotę 870.000 zł. netto. Powyższe uzasadniać miało stwierdzenie, iż wartość zamówienia została zaniżona w celu obejścia przepisów ustawy Pzp.

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

Zastrzeżenia odnoszą się do stwierdzonych w pkt 1, 2, 3 i 5 informacji o wyniku kontroli zarzutów naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawy Pzp).

Zarzut wskazany w punkcie pierwszym, tj. naruszenia art. 91 ust. 3 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp wynika z określenia kryterium oceny ofert – ocena części technicznej oferty – na podstawie właściwości wykonawcy, stanowiące jednocześnie podstawą do stwierdzenia, iż wypełniona została przesłanka do unieważnienia postępowania, opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający ocenił w kryterium doświadczenie oferenta (wykonane i wykonywane zlecenia) oraz osiągnięcia oferenta (za każde zlecenie rozwoju „ośrodka wellness”). Potrzebę dokonania oceny przez pryzmat opisanych kryteriów Zamawiający uzasadniał nadrzędnym celem jaki stanowiła optymalizacja w finansowaniu projektu przez stronę publiczną z jednoczesnym zamknięciem finansowym przedsięwzięcia. Uzasadnienie to stanowiło uzupełnienie zasadniczego stanowiska o uznaniu przedmiotowego zamówienia za usługę niepriorytetową, wykraczającą poza ramy zawarte w nomenklaturze CPV pod kodem 71241000-9 (studia wykonalności, usługi doradcze i analizy), tj. „inną usługę”. Potwierdzenie słuszności tej tezy czyniłoby zarzut niezasadnym z uwagi na wyłączenie stosowania przepisów ustawy dotyczących między innymi zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy - zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz wskazał dla przedmiotowej usługi kod CPV 71241000-9, tj. „studia wykonalności, usługi doradcze, analizy”, mieszczący się w kategorii 12 usług o charakterze priorytetowym z załącznika nr 1 do rozporządzenia, przypisanej dla kodów CPV od 71000000-8 do 71900000-7 (z wyjątkiem 71550000-8) i 79994000-8. Zakres przedmiotowej usługi opisany został przez Zamawiającego przez wskazanie na zakres opracowania studium przedinwestycyjnego budowy obiektu uzdrowiskowo-rekreacyjnego, który miał zawierać co najmniej: strategię projektu, (w tym wewnętrzne i zewnętrzne uwarunkowania rozwoju (analiza makrootoczenia, konkurentów i rynku), analizę SWOT, wizję i cele strategiczne projektu, cele operacyjne projektu, ofertę produktową i usługową, proponowane powiązania przestrzenne i funkcjonalne z pozostałymi planowanymi przedsięwzięciami w centrum uzdrowiskowym oraz proponowane powiązania funkcjonalne z obszarami sąsiednimi) oraz wstępny plan operacyjny projektu obejmujący analizę popytu i ewentualnego programu sprzedaży, koncepcje projektowe oraz analizę finansową. Jak słusznie wskazano w informacji o wyniku kontroli, efekty prac dostarczyć mają Zamawiającemu wiedzę o stronie technicznej, finansowej i organizacyjnej projektu

istotną dla procesu decyzyjnego dla realizacji projektu i oceny szansy jego powodzenia. Izba podzieliła ocenę charakteru zamówienia prezentowaną w odpowiedzi na zastrzeżenia oraz w informacji o wyniki kontroli przez Prezesa UZP, jako usługi analityczno-doradczej. Zamawiający nie zaprzeczył poprawności takiej oceny, dodatkowo znajdując potwierdzenie w przyjętej przez Zamawiającego klasyfikacji według kodu CPV 71241000-9, tj. „studia wykonalności, usługi doradcze, analizy”, wskazującego na usługę o charakterze priorytetowym.

Stanowisko Prezesa UZP wynikało z odmiennej oceny przedmiotu zamówienia i jego zakwalifikowaniu do usług priorytetowych.

W powiązaniu z zarzutem z punktu pierwszego informacji o wyniku kontroli pozostają zarzuty z punktu drugiego i trzeciego dotyczące ustalonego sposobu oceny w kryterium „ocena części technicznej oferty”. Niezależnie od naruszenia zakazu ustalenia kryterium w odniesieniu do właściwości wykonawcy, Prezes UZP zwróci uwagę na bezpodstawne przyznanie punktów za doświadczenie i osiągnięcia podmiotu udostępniającego swój potencjał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oraz na nieprecyzyjny opis sposobu oceny w kryterium „ocena części technicznej oferty”. W zakresie dotyczącym wzoru do przyznawania punktów w kryterium Zamawiający nie podniósł żadnych doniosłych argumentów, a uwzględniając jego stanowisko przedstawione w toku kontroli, w którym przyznał się do popełnienia błędu, zastrzeżenia w tym zakresie również były nieuzasadnione.

Odnosząc się do oceny związanej z wykazaniem możliwości powołania się na potencjał podmiotu trzeciego Izba ustaliła, iż podstawy tej należy poszukiwać w treści zobowiązania przedłożonego w ofercie – str. 10. W zobowiązaniu spółka Oberer Consulting GmbH („OCon”) złożyła oświadczenie, w którym wyraziła zgodę na skorzystanie z jej potencjału przez wykonawcę składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, tj. z wiedzy (referencji) i doświadczenia. Przyjęła jednocześnie na siebie zobowiązanie do oddania do dyspozycji G.R.I.T – Grupa Rozwoju Infrastruktury Turystycznej Sp. z o.o. powyższych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez cały okres jego realizacji. Ponadto zobowiązanie zawiera oświadczenie o tym, że podmiot będzie służył wsparciem merytorycznym, jeśli okaże się niezbędne podczas realizacji zamówienia.

Ostatnie z zastrzeżeń dotyczy zarzutu dotyczącego naruszenia art. 32 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniżenie wartości szacowanej zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. W informacji o wyniku kontroli wskazano na kwotę środków zabezpieczonych na realizację zadania w wysokości 1.185.000,00 zł., co stanowi kwotę netto 963.414,63 zł. (228.032,53 euro), która przekracza próg określony w oparciu o przepis

art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Kwota ta została ujęta w zestawieniu wydatków majątkowych przy zadaniu inwestycyjnym realizowanym w 2014 r. *Budowa infrastruktury w obrębie projektowanego obszaru ochrony uzdrowiskowej*, opisanej zakresem rzeczowym *budowa sieci uzbrojenia terenu: kanalizacja sanitarna i wodociągowa* (termin realizacji 2012/2018), którego wartość całkowita określona została kwotą 18.450.000,00 zł. Zadanie to pojawia się również w wykazie przedsięwzięć wieloletnich w latach 2014-2018 (poz. 1.3.2.30). Z dalszych dokumentów znajdujących się w aktach kontroli - zestawienia wydatków majątkowych wynika, że w ramach środków przewidzianych na *budowę infrastruktury w obrębie projektowanego obszaru ochrony uzdrowiskowej w 2014 r.* została zaangażowana kwota 450.000,00 zł. na wykonanie dokumentacji projektowej (tabela nr 5a do uchwały Rady Miasta Skierniewice z dnia 31.01.2014 r. nr XLVII/1/2014), przy wartości całkowitej zadania inwestycyjnego 43.050.000,00 zł. Porównanie zadań realizowanych w ramach inwestycji dotyczącej projektowanego obszaru ochrony uzdrowiskowej, wskazuje na różny ich zakres rzeczowy, tj. budowę sieci uzbrojenia terenu (kwota wydatków na 2014 r. 1.185.000,00 zł.) oraz wykonanie dokumentacji projektowej (kwota wydatków na 2014 r. 450.000,00 zł.).

Zamawiający w protokole postępowania wskazał wartość szacunkową zamówienia ustaloną w kwocie 870.000 zł, co stanowi równowartość 205.922 euro (według kursu 4,2249 zł.), tj. poniżej progu wynikającego z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, określonego dla usług kwotą 207.000 euro. Kwota, jaką Zamawiający wskazał jako szacunkową wartość zamówienia wynikała z zaokrąglenia w dół do pełnych dziesiątek tysięcy złotych wartości wynikającej z przeliczenia kwoty 207.000 euro netto według kursu euro 4,2249 zł, tj. 874.554,30 zł. netto. (zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 18.11.2014 r.). Szacunku dokonano w dniu 17.02.2014 r. na podstawie środków finansowych zabezpieczonych w budżecie miasta w kwocie 1.185.000 zł brutto. W wyjaśnieniach z dnia 18.11.2014 r. Zamawiający wyjaśnił, iż podstawą szacunku było założenie, że koszty dokumentacji projektowej kształtują się na poziomie od 1,5% do 3 % wartości planowanej inwestycji, która dla tego typu obiektów przekracza zazwyczaj 50 mln euro, również przy realizacji w kilku etapach.

Do zastrzeżeń Zamawiający załączył zestawienie planu wydatków wg klasyfikacji budżetowej na rok 2014 dla zadania *zagospodarowanie terenów zielonych w części obszaru ochrony uzdrowiskowej Skierniewice-Maków* (300.000,00 zł.) oraz *budowa infrastruktury drogowej w obrębie projektowanego obszaru ochrony uzdrowiska* (600.000,00 zł.). Przedstawił dodatkowo dokumenty finansowe dotyczące wydatków poniesionych w 2014 r. za wykonanie dokumentacji projektowej na budowę infrastruktury w obrębie projektowanego obszaru ochrony uzdrowiskowej (48.507,85 zł. w ramach umowy INW-W/4600/DK/99/2013 z 25.07.2013 r.), wykonanie modelu projektowanego obszaru uzdrowiska (33.384,72 zł. za fakturę IBG-P/10/11/2014)

Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba uznała za zasadne wydanie opinii, w której podtrzymany został wynik kontroli.

Dla oceny zasadności zarzutów koniecznym było odniesienie się w pierwszej kolejności do zasadniczej kwestii związanej z oceną charakteru przedmiotowej usługi i prawidłowością jej kwalifikowania bądź do usługi priorytetowej, bądź niepriorytetowej. Od wyników tej oceny uzależniona była dalsza ocena zarzutów pod kątem zasadności zastosowania przepisu art. 5 ust. 1 ustawy. Na podstawie delegacji ustawowej z art. 2a Prezes Rady Ministrów określił w drodze rozporządzenia z dnia 28 stycznia 2010 r. (Dz. U. Nr 12, poz. 68), usługi o charakterze priorytetowym (załącznik nr 1 do rozporządzenia) oraz usługi o charakterze niepriorytetowym (załącznik nr 2 do rozporządzenia).

Prezes UZP wyjaśnił w jaki sposób należy dokonywać klasyfikowania usług według kategorii ujętych we wspólnym słowniku zamówień w tym podstawy przypisania usług do kategorii z poz. 27 załącznika nr 2 do rozporządzenia - „innych usług”. Izba przychyliła się do metodologii wskazanej przez Prezesa UZP, co do której Zamawiający w ogóle się nie odniósł w zastrzeżeniach. Skoro przedmiotowa usługa da się zidentyfikować według kodu CPV 71241000-9, to trudno uzasadniać istnienie podstawy do klasyfikowania usługi doradczej do innej kategorii usług, przewidzianej dla tych, które nie zostały zidentyfikowane we wcześniejszych kodach CPV. Błędym jest założenie, że możliwość ustalenia kodu CPV właściwego dla danego zamówienia uzależniona jest od całkowitej zgodności jego zakresu z opisem ujętym we wspólnym słowniku zamówień. Zazwyczaj zachodzi sytuacja, w której dla pełnego opisu zamówienia konieczne staje się przywołanie kilku numerów kodów CPV, które łącznie odzwierciedlają charakter i rodzaj zamówienia. Opisanie kodem CPV nie ma na celu szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, lecz umożliwienie wszystkim zainteresowanym podmiotom z krajów Unii Europejskiej szybkie zidentyfikowanie rodzaju udzielanego zamówienia, a dla zamawiającego także ustalenie, czy w postępowaniu możliwe jest zastosowanie pewnych odstępstw od zasad ogólnych postępowania (stosowanie trybów, kryteriów oceny). Faktycznie Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji pozwalającej na podważenie wskazanego sposobu posługiwania się wspólnym słownikiem zamówień (CPV), a opisany przez niego cel nadrzędny przywołany w opisie przedmiotu zamówienia w żaden sposób nie zmienia ustaleń co do charakteru i zakresu przedmiotowej usługi. Również próba odwołania w toku kontroli, opisu przedmiotu zamówienia według kodu CPV właściwego dla usługi priorytetowej wskazanego w ogłoszeniu oraz siwz nie została szerzej wykazana jako możliwa do przeprowadzenia.

Powyższe prowadziło do stwierdzenia, iż w postępowaniu nie znajdował zastosowania przepis art. 5 ust. 1 ustawy Pzp., a zatem brak było podstaw do wyłączenia stosowania przez

Zamawiającego zakazu ustalania kryterium oceny ofert w odniesieniu do właściwości wykonawców. Nie może budzić zastrzeżeń, iż taki charakter miało wskazanie na ocenę doświadczenia wykonawcy, czy też jego osiągnięć, związanych z wykonywanymi zleceniami i ich ilością. Określenie kryteriów oceny ofert dokonane zostało z naruszeniem art. 91 ust. 3 ustawy, jednak w związku ze złożeniem tylko jednej oferty stwierdzenie wpływu tego naruszenia na wynik postępowania nie jest faktycznie możliwe. Niezależnie bowiem od ilości punktów, jakie Zamawiający przyznać mógł w ramach kryteriów, złożona oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą.

Uznając jako prawidłowe ustalenia Prezesa UZP poczynione w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy oraz 91 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b i art. 2 pkt 5, Izba uwzględniła treść zobowiązania podmiotu udostępniającego swój potencjał wykonawcy dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy podkreślić, iż zobowiązanie faktycznie sprowadzało się do udostępnienia referencji i doświadczenia podmiotu trzeciego, którego udział w zamówieniu nie został objęty zobowiązaniem tego podmiotu. Z oświadczenia wynika jedynie gotowość wsparcia merytorycznego wykonawcy, jeśli okaże się ono niezbędne podczas realizacji zamówienia, bez dalszego wyjaśnienia w jaki sposób z tego wsparcia miałyby korzystać wykonawca. Nie można w oparciu o tak ogólną deklarację stwierdzić, że przekazanie potencjału miało charakter realnego wsparcia wykonawcy, który samodzielnie nie jest w stanie spełnić warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien mieć możliwość stwierdzenia w jakim charakterze i zakresie wykonawca będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Takiej możliwości nie stwarza zobowiązanie złożone w ofercie, jak również nie wskazuje na gotowość tego podmiotu wykonania części zamówienia w charakterze podwykonawcy, za które byłby odpowiedzialny. W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany był do wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcy o uzupełnienie dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a wybór oferty dokonany z pominięciem tej procedury doprowadzić do wady postępowania mogącej mieć wpływ na wynik. Skoro wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu (i nie został do tego wezwany) to w postępowaniu wystąpiła sytuacja, w której wybrano ofertę wykonawcy, co do którego nie dokonano prawidłowej i pełnej weryfikacji, której skutkiem mogłoby być wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 32 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uznała, iż wnioski płynące z informacji o wyniku kontroli pozostają w związku z okolicznościami ustalonymi w toku kontroli i przyznanymi przez Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 18.11.2014 r. Nie można pominąć wyjaśnień, w których Zamawiający wskazał na metodę szacowania wartości

zamówienia, dla której punkt wyjścia stanowiła kwota określona w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zamawiający dokonał bowiem przeliczenia kwoty właściwej dla usług według kursu obowiązującego dla przeliczenia wartości wyrażonej kwotą euro, a ustaloną w ten sposób wartość netto zaokrąglił w dół. Pozwoliło to Zamawiającemu na przeprowadzenie postępowania z pominięciem przepisów właściwych dla pełnej procedury.

Przedłożone wraz z zastrzeżeniami dokumenty finansowe nie wpływały zasadniczo na ocenę czynności szacowania zamówienia, które należy odróżnić od ustalenia kwoty środków zabezpieczonych na finansowanie inwestycji. Oszacowanie wartości zamówienia może bowiem odbiegać od kwoty środków finansowych jakimi dysponuje Zamawiający zarówno w górę jak i w dół. Ponadto należy zauważyć, iż przy szacowaniu wartości zamówień tego samego rodzaju dotyczących tej samej inwestycji i udzielanych w roku budżetowym Zamawiający zobowiązany jest ocenić, czy nie zachodzi konieczność zsumowania wartości tych zamówień, jako zamówień udzielanych w częściach (zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp.). Wówczas wartością szacunkową dla każdej z części będzie wartość zsumowana, która decydować będzie o właściwej procedurze postępowania o udzielenie zamówienia na każdą z części. Powyższe wskazuje zatem, iż nie jest prawidłowym określanie wartości szacunkowej wyłącznie na podstawie kwoty środków, bez analizy zakresu prac, które Zamawiający planuje zrealizować z tych środków. Zamawiający w wyjaśnieniach wspominał jedynie sygnalizacyjnie o założeniu procentowym szacunkowej wartości zamówienia na wykonanie dokumentacji do wartości planowanej inwestycji (1,5% - 3%), bez sprecyzowania tej wartości, co w zasadzie uniemożliwiało przeprowadzenie oceny tej argumentacji przez Izbę.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....