



MINISTER
SPRAWIEDLIWOŚCI

Warszawa, dnia 30 lipca 2019 r.

Biuro Ministra

BM-V.0912.6.2019

IK: 196033

Pani
Marta Ziarek
Dyrektor
Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

I. INFORMACJE O KONTROLI

Jednostka kontrolowana: Sąd Okręgowy w Tarnobrzegu, ul. Sienkiewicza 27, 39-400 Tarnobrzeg (dalej: Sąd, SO, Zamawiający).

Kontrolerzy: Marcin Kwaśny – główny specjalista w Biurze Ministra, Alina Szałacka – radca ministra w Departamencie Budżetu i Efektywności Finansowej, Paulina Gecyngier – radca ministra w Biurze Finansów, działający na podstawie upoważnień nr 16/2019, 17/2019 i 18/2019 z dnia 13.03.2019 r., wydanych z upoważnienia Ministra Sprawiedliwości przez zastępcę dyrektora Biura Ministra, Jakuba Jamkę.

Tematyka kontroli: Prawidłowość realizacji zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego: *Rozbudowa budynku na potrzeby Sądu Rejonowego w Mielcu*, a także wydatkowania środków finansowych w związku z ww. postępowaniem.

Termin kontroli: 14.03 - 22.03.2019 r.

Okres objęty kontrolą: 2018 r. – do dnia kontroli

Tryb przeprowadzania kontroli: zwykły

II. USTALENIA WSTĘPNE

Prezesem SO jest sędzia Szymon Rożek (dalej: Prezes SO); dyrektorem Sądu jest Marta Ziarek (dalej: Dyrektor SO, Kierownik Zamawiającego). Na stanowisku głównego księgowego zatrudniona jest natomiast [REDAKTOWANO] (dalej: Główny Księgowy).

Kontrolę wszczęto w związku z wcześniejszą skargą¹ wniesioną przez [REDAKTOWANO] (dalej: Skarżąca), prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą [REDAKTOWANO] z siedzibą w Krakowie, tj. podmiotem, z którym SO zawarł umowę, której przedmiotem było przygotowanie i przeprowadzenie postępowania na wybór wykonawcy zamówienia pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa budynku na potrzeby Sądu Rejonowego w Mielcu, ul. Kościuszki 15” (dalej: Postępowanie)².

Skargę wniesiono na działania Dyrektora SO jako Kierownika Zamawiającego. Dotyczyła ona zaniechania podjęcia przez Dyrektora SO następujących czynności wymaganych prawem:

- 1) niepoinformowania organów ścigania o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez pracownika SO (specjalisty ds. zamówień publicznych [REDAKTOWANO], który upoważniony do kontaktów z wykonawcami w *Postępowaniu* miał rozmawiać z wykonawcami w trakcie trwania procedury przetargowej w celu udzielenia im wsparcia przy opracowaniu dokumentów, do uzupełnienia których zostali wezwani na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. *Prawo zamówień publicznych* (dalej: ustawa *Pzp*),
- 2) zaniechania unieważnienia *Postępowania* w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 2 ustawy *Pzp*, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy,
- 3) niepodjęcia jakichkolwiek czynności przez Prezesa SO w tej sprawie, pomimo skutecznego poinformowania go o działaniach Kierownika Zamawiającego godzących w interes Skarbu Państwa oraz zaniechaniach, których miał dopuścić się Kierownik Zamawiającego w związku z rażącym naruszeniem ustawy *Pzp*.

Same zarzuty opisane w przedmiotowej skardze uznano za niezasadne (co szczegółowo opisano w pkt. III.C. *Analiza skargi* niniejszego wystąpienia pokontrolnego). W konsekwencji wagi sformułowanych w niej zarzutów wszczęto natomiast niniejszą kontrolę, a jej

¹ Pismo z dnia 22 czerwca 2018 r.

² Nr sprawy ZP 261-2/2018

przedmiotem objęto prawidłowość wyłonienia wykonawcy zamówienia w *Postępowaniu*, pod kątem zgodności z ustawą *Pzp*.

[akta kontroli str. 1-11, 20-27]

III. USTALENIA SZCZEGÓŁOWE

A. Umowa zlecająca przez SO przeprowadzenie *Postępowania* podmiotowi zewnętrznemu

W dniu 6 marca 2018 r. SO zawarł Umowę o usługi doradcze Nr 4/2018 z [REDAKTOWANE], prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą [REDAKTOWANE] z siedzibą w Krakowie (dalej: Przyjmujący Zamówienie). Jej przedmiotem było „*Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa budynku na potrzeby Sądu Rejonowego w Mielcu, ul. Kościuszki 15*”.

Do zadań Przyjmującego Zamówienie należało m. in. oszacowanie wartości zamówienia, opracowanie kompletnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz), prowadzenie postępowania na wybór wykonawcy zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego aż do zawarcia umowy/lub unieważnienia postępowania z przyczyn nie leżących po stronie Przyjmującego Zamówienie.

Z tytułu realizacji umowy Przyjmującemu Zamówienie przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 28.536,00 zł brutto; przy czym wypłatę wynagrodzenia uzależniono od zakończenia etapu realizacji *Postępowania*, tj. po wykonaniu kolejnych usług – oszacowaniu wartości zamówienia (1.476,00 zł brutto), opracowaniu siwz (12.300,00 zł) oraz przeprowadzeniu postępowania (14.760,00 zł).

Tak sformułowany „etapowy tryb” przyznania i wypłaty wynagrodzenia należy ocenić negatywnie, gdyż w ocenie kontroli nie zabezpieczał on w sposób wystarczający interesu Zamawiającego. W przypadku bowiem nienależytego/wadliwego wykonania przez Przyjmującemu Zamówienie, przykładowo, etapu oszacowania wartości zamówienia czy opracowania siwz, skutkującego finalnie, pośrednio lub bezpośrednio, unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne z winy Zamawiającego, tenże Zamawiający, wypłaciwszy już wcześniej Przyjmującemu Zamówienie część wynagrodzenia, narażał się na ryzyko „utrudnień w jego odzyskaniu”. Wskazana powyżej forma jednorazowej płatności za zrealizowane zamówienie została również zarekomendowana do stosowania w kolejnych postępowaniach prowadzonych przez SO przez Audytora Wewnętrznego we wnioskach zawartych w opracowanym *Wyniku czynności doradczej z przeprowadzonego audytu przedmiotowego zamówienia*.

W dniu 5 kwietnia 2018 r. zawarto Aneks nr 1 do Umowy o usługi doradcze Nr 4, na podstawie którego przesunięto termin opracowania siwz z 30 do 40 dni od podpisania umowy. Spowodowane to było utrudnieniami w udostępnieniu Przyjmującemu Zamówienie przez Zamawiającego dokumentacji niezbędnej do opracowania opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym i siwz.

[akta kontroli str. 28-34]

B. Przebieg Postępowania

1. Wniosek do Dyrektora SO o przygotowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego z dnia 12.03.2018 r. [REDACTED], specjalisty ds. zamówień publicznych; potwierdzony pod względem finansowym przez Głównego Księgowego. Tryb zamówienia – przetarg nieograniczony; wartość szacunkowa 612.195,11 zł netto 753.000,00 brutto); równowartość w euro 141.984,62³ (kurs złotego w stosunku do euro 4,3117 zł⁴). Akceptacja wniosku przez Dyrektora SO tego samego dnia.
2. Zarządzeniem nr 2/2018/ZP Dyrektora Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu z dnia 10 kwietnia 2018 roku powołano Komisję Przetargową, w skład której jako biegła weszła skarżąca, [REDACTED]
3. Siwz z dnia 16.04.2018 r. zatwierdzona przez Dyrektora SO. Jednym z integralnych jej załączników (załącznik nr 1) były „Wytyczne do projektowania budynków dla sądów powszechnych” z 22 października 2014 r., z Departamentu Budżetu i Efektywności Finansowej Ministerstwa Sprawiedliwości. Z kolei m. in. załącznik nr 2 stanowił Formularz ofertowy wraz z „Wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia”.
4. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16.04.2018 r. (nr 545562-N-2018) oraz zamieszczone na stronie internetowej SO. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 10.05.2018 r. godz. 9.30. Kryteria oceny ofert określono w następujący sposób: cena za opracowanie dokumentacji projektowej (waga 50), cena za nadzór autorski (waga 7), cena za 1 nadzór autorski wykraczający poza 60 nadzorów objętych ceną ryczałtową (waga 3), kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (waga 40).

³ We wniosku podano wartość 141.983,93 euro.

⁴ Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2477)

Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie w wysokości zgodnej z art. 45 ust. 4 ustawy Pzp (3.000,00 zł) jak również zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, tj. zgodnej art. 150 ust. 2 ww. ustawy.

5. Zgodnie z art. 11b ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający w dniu 18.04.2018 r. bezpośrednio (poczta elektroniczna) poinformował o wszczęciu postępowania 9 znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczyli usługi będące przedmiotem zamówienia.
6. W dniu 20 i 23.04.2018 r. wykonawcy, działając na podstawie art. 38 ustawy Pzp, zwrócili się o wyjaśnienie treści siwz⁵. Odpowiedzi na pytania wykonawców podpisane przez Dyrektora SO zamieszczono na stronie internetowej SO w dniu 27.04.2018 r.
7. W dniu 25.04.2018 r. na stronie internetowej SO zamieszczono informację o modyfikacji jak i samą zmodyfikowaną siwz. Zmiany spowodowane były negatywną decyzją ws. możliwości przyłączenia budynku Sądu Rejonowego w Mielcu do sieci MPEC. Wobec tego projektant winien w dokumentacji projektowej uwzględnić montaż nowego pieca, wymianę dotychczas użytkowanego pieca na nowy oraz wykonanie instalacji c.o. w nowym budynku i na poddaszu WKW. Skutkiem wprowadzonych zmian treści zmianie uległ m. in. termin składania ofert, wyznaczony tym razem na 15.05.2018 r. godz. 9.30.
8. Konsekwencją zmian w siwz była konieczność zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.04.2018 r. (nr 500091579-N-2018) oraz za stronie internetowej SO.
9. O wyjaśnienia treści siwz kolejni wykonawcy zwrócili się w dniu 27 i 30.04.2018 r.⁶
W jednym z pytań wnioskowano o zmianę treści siwz m. in. w zakresie:
 - „w jakim Zamawiający wymaga legitymowania się przez projektantów poszczególnych branż co najmniej 5-letnim doświadczeniem”,
 - „jakim punktowane jest doświadczenie poszczególnych projektantów liczone w latach posiadania uprawnień w ten sposób, że Zamawiający określi doświadczenie poprzez ilość zrealizowanych należycie projektów w określonym przez Zamawiającego czasie, np. w czasie ostatnich 10 lat,

⁵ Odpowiednio DRESLER STUDIO Architektura i Urbanistyka Sp. z o. o. sp. komandytowa z siedzibą w Krakowie oraz AACARCHITEKCI Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowicach

⁶ Odpowiednio M. Krotoski Adwokaci i Radcy Prawni Spółka Komandytowa z siedzibą w Poznaniu oraz biuro.projektowe.alfa@gmail.com (brak możliwości jednoznacznej identyfikacji wykonawcy)

zarzucając Zamawiającemu zastosowanie tak sformułowanego kryterium oceny doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia jako niedopuszczalne.

Odpowiedzi na pytania podpisane przez Dyrektora SO zamieszczono na stronie internetowej SO w dniu 04 i 08.05.2018 r. W odniesieniu do zacytowanego wyżej pytania wykonawcy Zamawiający stwierdził jednoznacznie w udzielonej odpowiedzi, że zarzut wykonawcy o niezgodności zapisów siwz z ustawą Pzp był niezasadny.

10. W dniu 04.05.2018 r. na stronie internetowej SO zamieszczono zmodyfikowaną siwz. Zmiany dotyczyły załącznika 12 *Wstępna koncepcja architektoniczna/mapa do celów projektowych*. Do siwz załączono ponadto dwa postanowienia Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków z siedzibą w Przemyślu, Delegaturę w Tarnobrzegu (załącznik nr 13 i 14). Kolejna modyfikacja siwz w dniu 08.05.2018 r. była spowodowana zmianami procedury akceptacji projektu koncepcyjnego rozbudowy budynku oraz projektu wykonawczego uzupełniającego projekt budowlany. Powyższe zmiany nie skutkowały koniecznością zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.
11. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 15.05.2018 r. o godz. 10.00. Kwota, która Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 700.000,00 zł. W wymaganym terminie oferty złożyło 11 wykonawców⁷. Wszystkie osoby wykonujące czynności w postępowaniu złożyły oświadczenia wymagane art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.
12. Działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający w dniu 21 oraz 28.05.2018 r. wezwał 5 wykonawców⁸ do złożenia m. in. poprawnie sporządzonego dokumentu potwierdzającego okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ww. ustawy – *Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia*, w terminie odpowiednio do dnia 28.05.2018 r., godz. 15.00 oraz 04.06.2018 r., godz. 15.00.
Zamawiający tego samego dnia zwrócił się jednocześnie do 2 wykonawców⁹ o złożenie wyjaśnień w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny oferty, w terminie do dnia 25.05.2018 r., godz. 14.00.
13. W dniu 04.06.2018 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wystąpił o przedłużenie terminu związania ofertą.

⁷ Oferty poszczególnych wykonawców stanowią akta kontroli str. 928-1073

⁸ Dotyczy S.T. ARCHITEKCI sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie; FORMARCHITEKCI Dariusz Gniewek, Miłosz Płatowski s.c. z siedzibą w Rzeszowie; Pracowni Konserwacji Zabytków „ARKONA” sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie; DRESLER STUDIO Architektura i Urbanistyka sp. z o. o. sp. komandytowa z siedzibą w Krakowie; NEON Wojciech Norberciak z siedzibą w Częstochowie

⁹ Dotyczy SSC ARCHITEKCI sp. z o. o. z siedzibą w Bolechowicach oraz DRESLER STUDIO Architektura i Urbanistyka sp. z o. o. sp. komandytowa z siedzibą w Krakowie

14. Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp unieważnił postępowanie – Informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 22.06.2018 r. („postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”). Ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 500157453-N-2018 z dnia 06.07.2018 r.)

Do najważniejszych naruszeń ze strony firmy ██████████ z siedzibą w Krakowie, której SO zlecił przeprowadzenie Postępowania należało według Zamawiającego zaliczyć:

- „nieprawidłowe opisanie jednego z kryteriów wyboru oferty w zakresie doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (projektantów), co uniemożliwiło wypełnienie przesłanki z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy przy określeniu tego kryterium i w konsekwencji zastosowanie tego kryterium
- naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ustawy poprzez wezwanie wykonawców do przedłożenia poprawnie wypełnionego wykazu osób w sytuacji, gdy wadliwie skonstruowano opis wymagający doświadczenia projektantów, a wykonawcy złożyli swoje oferty w sposób zgodny z tą częścią SIWZ (Rozdział XXIX). W konsekwencji należało uznać wykazy osób przedstawione przez wykonawców za prawidłowe i doprowadzić do punktacji stażu pracy a nie jak wymaga ustawodawca – „doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia”
- nie uwzględnienie uwag i argumentacji w zadawanych pytaniach które okazały się zasadne i wskazywały na nieprawidłowości w stosowaniu ustawy, między innymi w zakresie ustanowionego kryterium doświadczenia projektantów które doświadczenie może mieć wpływ na jakość przy wykonywaniu dokumentacji projektowej.”

Na pytanie kontrolerów o przyczyny unieważnienia przez Zamawiającego postępowania z powodu nieprawidłowego opisanie jednego z kryteriów wyboru oferty w zakresie doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, skoro wcześniej na etapie udzielania odpowiedzi do treści siwz ten sam Zamawiający uznał uwagi jednego z wykonawców w tym zakresie za niezasadne¹⁰ (patrz pkt III.B.9 niniejszego wystąpienia pokontrolnego), Dyrektor SO wskazał¹¹, iż to ██████████ (Przyjmujący Zamówienie) była odpowiedzialna za prowadzone postępowanie i to ona nie uwzględniła

¹⁰ Pytania i odpowiedzi z dnia 04.05.2018 r. (zestaw nr 2) – pytanie nr 10

¹¹ Wyjaśnienie z dnia 20.03.2019 r. (znak: A-0910-3/19)

uwag i argumentacji w zadawanych pytaniach, które ostatecznie okazały się zasadne. Tym samym powinna ona przed terminem składania ofert doprowadzić do modyfikacji zapisów siwz lub wskazać na obowiązek unieważnienia postępowania po otwarciu ofert, gdy odkryła swój błąd. Z żadnych dokumentów nie wynika przekazanie przez Dyrektora Sądu/Zamawiającego funkcji kierownika zamawiającego dla ██████████ (Przyjmującego Zamówienie). W związku z tym odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania spoczywała na Dyrektorze SO. Szczegółowe wyjaśnienia stanowią akta kontroli str. 12-19.

15. Unieważnienie *Postępowania* przez Zamawiającego z powodu wadliwie skonstruowanego w siwz opisu doświadczenia projektantów będącego jednym z kryteriów oceny ofert, zostało w ocenie kontroli dokonane z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy *Pzp*, ponieważ postępowanie nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niniejsze stanowi czyn noszący znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. *o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*¹² (dalej: „*undfp*”). Zgodnie z treścią art. 17 ust. 3 ww. ustawy naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest bowiem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

Uzasadniając stanowisko kontroli, wskazać w tym miejscu należy, iż w dalszej części Informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał, że wadliwe określenie kryteriów wyboru oferty stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, jak każde uchybienie przepisom ustawy *Pzp*, których skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających, wskazując dodatkowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) w tym zakresie, który nie odzwierciedla tożsamej sytuacji, która wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu.

Uzasadnienie faktyczne unieważnienia *Postępowania* wskazane w Informacji o unieważnieniu jest w ocenie kontroli zbyt ogólne. Narusza to dyspozycje określone w art. 92 ust. 1 pkt 7 oraz art. 93 ust. 3 ustawy *Pzp* nakazujące Zamawiającemu podanie w informacji i zawiadomieniu o unieważnieniu *Postępowania* uzasadnienia faktycznego

¹² Dz. U. z 2018 r. poz. 1458

i prawnego. Z upublicznionego uzasadnienia faktycznego unieważnienia powinny wynikać jego powody, w sposób wykazujący jego zasadność, bez konieczności szukania w obszernej dokumentacji *Postępowania* informacji dodatkowych dotyczących powodów jego unieważnienia, dotyczące wskazanych okoliczności prawnych unieważnienia. Podanie przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego winno stanowić element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności jeżeli została ona podjęta z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy *Pzp*. Jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog sytuacji jednoznacznie opisanych w pkt. od 1 do 7 art. 146 ust. 1 ustawy *Pzp*, tym bardziej winna była ona zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty, jest nieusuwalna i na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym mieści się w zakresie zastosowania klauzuli generalnej z ust. 6 art. 146 ustawy¹³.

Realizacja wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy *Pzp* zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, a w szczególności zasady przejrzystości wymaga transparentności działań zamawiającego. Wymienione zasady nakazują, aby informacje zamawiającego o czynnościach dokonanych w postępowaniu, które przesyła on wykonawcom zawierały treść niezbędną dla oceny danej czynności przez wykonawców umożliwiając prześledzenie procesu decyzyjnego zamawiającego¹⁴.

W przedmiotowym przypadku ogólnikowe, niejednoznaczne uzasadnienie faktyczne, w tym także użycie sformułowań typu (cyt.): „*Do najważniejszych naruszeń (...)*”, „*(...) nieprawidłowości w stosowaniu ustawy, między innymi w zakresie (...)*” – sugerujące inne naruszenia (z cyklu „szukajcie - może znajdziecie”), nie pozwalają ocenić prawidłowości unieważnienia *Postępowania*, co jest także naruszeniem zasady przejrzystości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy *Pzp* i zasady jego jawności określonej w art. 8 ust. 1 ww. ustawy. Brak prawidłowego – pełnego i nie budzącego wątpliwości opisu w zakresie wykazania okoliczności faktycznych unieważnienia *Postępowania*, w szczególności na etapie po złożeniu ofert, może budzić przypuszczenie nie tylko o jego wadliwości, ale także o innych, nie wskazanych przez Zamawiającego powodach unieważnienia nie mających oparcia w przepisach ustawy *Pzp*.

¹³ wyrok KIO z dnia 22.03.2013 r. sygn. KIO 532/13; wyrok KIO z dnia 23.11.2017 r. sygn. KIO 2357/17

¹⁴ wyrok KIO z dnia 01.07.2015 r. sygn. KIO 1283/15

Po analizie dokumentacji *Postępowania* w zakresie wskazanych przez Zamawiającego okoliczności do jego unieważnienia wynika, co następuje.

- 1) W ocenie Zamawiającego siwz, w tym w rozdz. XXIX, zawierała wadliwy opis wymogu doświadczenia zespołu projektantów kierowanych do realizacji zamówienia, które stanowiło jedno z kryteriów oceny ofert. Wada polegała na wymaganiu co najmniej 5-letniego doświadczenia w projektowaniu w poszczególnych branżach, w tym konstrukcyjno-budowlanej, architektonicznej oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, tj. stażu pracy zamiast np. *ilości zrealizowanych dokumentacji projektowych (...)* przez wskazane przez wykonawcę osoby, które będą skierowane do realizacji zamówienia. Argumentem w zakresie wadliwości opisu kryterium doświadczenia osób w projektowaniu w poszczególnych branżach zawodowych przyznających 0 pkt za 5-letnie doświadczenie w projektowaniu, jest możliwość niewykonania przez wskazaną przez wykonawcę osobę żadnej dokumentacji projektowej w tym okresie.

Powyższa teza Zamawiającego o wadliwości kryterium oceny ofert w zakresie opisu wymogu w rozdz. XXIX siwz, dotyczącego doświadczenia zespołu projektantów kierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym przyznającą 0 pkt za co najmniej 5-letnie doświadczenie osób w projektowaniu, a odpowiednio 5 pkt i 10 pkt za co najmniej 8-letnie i 10-letnie doświadczenie osób w projektowaniu w poszczególnych branżach: konstrukcyjno-budowlanej, architektonicznej i instalacyjnej, tj. w branżach będących, co istotne, przedmiotem zamówienia, nie została wykazana. Taki sposób oceny ofert, a także opis warunku udziału w postępowaniu, bywa stosowany przez innych zamawiających w postępowaniach na usługi projektowe. Sformułowany w ten sposób opis kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia nie stanowił do chwili obecnej podstawy do złożenia przez potencjalnych wykonawców odwołania do KIO na zapisy siwz. Argument Zamawiającego o wadliwości opisu w siwz warunku udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert, dotyczącego doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia obejmującego projektowanie w poszczególnych branżach, biorąc pod uwagę posiadane przez projektantów odpowiednie uprawnienia budowlane wymagane przez zamawiającego, nie stanowi wady skutkującej nieważnością umowy zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy *Pzp*. (Wadliwość ta, zdaniem Zamawiającego, wynikała z możliwości niesporządzenia w okresie 5-letniej, a tym bardziej w okresie 8-letniej i 10-letniej pracy - stażu pracy - projektanta żadnej dokumentacji projektowej.)

Wobec powyższego Zamawiający nie wykazał, iż wadliwość w powyższym zakresie dotycząca warunków udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert będzie skutkowałą zawarciem niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się wyborem najkorzystniejszej oferty, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie musi być ono dokonywane przez zamawiającego z należytą starannością¹⁵. Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad ustawy *Pzp*. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ww. ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, a także jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad ustawy *Pzp* oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Jak potwierdza wyrok KIO z dnia 23.04.2015 r. (sygn. KIO 753/15), nie każdy błąd zamawiającego, niedokładność czy przeoczenie, których skutkiem są niedoskonałe postanowienia siwz, będzie prowadził do tego rodzaju wady postępowania, która wpływać będzie na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Stąd stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale musi wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu, ze wskazaniem takiego naruszenia przepisu lub przepisów ustawy *Pzp*, które rzeczywiście, a nie jedynie hipotetycznie, miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Jak wynika z przywołanych wyroków KIO wskazanych w udzielonych w toku kontroli wyjaśnieniach przez Dyrektora SO¹⁶, powołując się na wadę w postępowaniu, konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady a brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy, uwzględniając w tym również zapisy art. 146 ust. 6 ustawy *Pzp*, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Na gruncie ww. ustawy została przyjęta zasada, iż niejasności w siwz tłumaczone są na korzyść wykonawców¹⁷. Podniesiona w przedmiotowym wyjaśnieniu nieprawidłowość zapisów kryterium wyboru oferty w zakresie doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, polegająca na całkowitym braku sprecyzowania na czym

¹⁵ Wyrok KIO z dnia 30.05.2016 r. sygn. KIO 798/16

¹⁶ Wyjaśnienia z dnia 20.03.2019 r. (znak: A-0910-3/19)

¹⁷ Orzeczenie KIO z dnia 16.03.2015 r. (sygn. KIO 430/15) i orzeczenie z dnia 12.01.2015 r. (sygn. KIO 2784/14)

doświadczenie każdego projektanta będzie polegało, nie spowodowała przyjęcia przez wykonawców różnej formy wypełnienia w w/w wykazu osób. Wszyscy wykonawcy wypełnili identycznie rubrykę „doświadczenia”, wskazując datę początkową pokrywającą się z rokiem uzyskania uprawnień projektowych. Ze względu na uzyskanie porównywalnych ofert w zakresie omawianego wykazu osób istniała możliwość dokonania ich oceny w zakresie powyższego kryterium.

Wskazanie możliwości określenia innego, prawidłowego opisu warunku doświadczenia jako np. *ilości zrealizowanych (czy też udziału w realizacji) przez projektanta dokumentacji projektowych (...)* nie jest także argumentem w zakresie wadliwości przedmiotowego opisu kryterium oceny ofert opisanego w siwz. Dlatego też twierdzenie o wadliwości przedmiotowego kryterium nie znajduje potwierdzenia, w szczególności jeżeli nastąpiło dopiero po zapoznaniu się Zamawiającego z ofertami.

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy *Pzp* kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Przedmiotowe kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia w projektowaniu w poszczególnych branżach: konstrukcyjno-budowlanej, architektonicznej i instalacyjnej, tj. w branżach odnoszących się do przedmiotu zamówienia, dotyczyły bezpośrednich projektantów zamówienia, tj. osób, mających znaczący wpływ na jakość zamówienia.

W związku z powyższym, kryterium to spełniło wymogi określone w ww. przepisie ustawy *Pzp*. Z rozdz. XXIX siwz nie wynika, jak twierdzi Zamawiający, wymóg 5-letniego stażu pracy projektanta lecz posiadanie przez daną osobę co najmniej 5-letniego doświadczenia w projektowaniu w branży (...). Sformułowanie „5-letnie doświadczenia w projektowaniu (...)” nie jest równoważne „5-letni staż pracy projektanta”. Zapis w siwz dotyczy konkretnego doświadczenia w projektowaniu w poszczególnych branżach, natomiast z uzasadnienia o unieważnieniu wynika, że wymagano w siwz stażu pracy projektanta.

- 2) W ocenie Zamawiającego, w *Postępowaniu* na etapie oceny złożonych ofert błędnie wezwano niektórych wykonawców, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy *Pzp* do złożenia

poprawnie wypełnionego wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Należy się zgodzić z Zamawiającym, że wezwanie wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy *Pzp* do złożenia ww. wykazu osób było błędne ponieważ:

- a) Zamawiający wymagając w rozdz. XVI siwz wypełnienia „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówieni publicznego” jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w *Postępowaniu* w tym zakresie, wg wzoru zamieszczonego w Formularzu Ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do siwz, nie określił w tym miejscu w tymże siwz, w jaki sposób wykonawca miał go wypełnić w zakresie wykazania jego spełnienia,
- b) „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówieni publicznego” był zawarty w treści pkt 6 Formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do siwz pt. „Kryterium pozacenowe odnoszące się do wiedzy, kwalifikacji, doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, w którym:
 - brak było informacji, że wykaz dotyczący kryterium pozacenowego (...) jest jednocześnie potwierdzeniem spełnienia warunku udziału,
 - z treści preambuły wykazu wynika, że jest to oświadczenie wiedzy wykonawcy dotyczące tylko posiadania przez wskazane osoby doświadczenia, a rubryka w tym zakresie zawierała następujące sformułowania dotyczące sposobu jej wypełnienia (cyt.): „*Doświadczenie*” i „*Proszę podać okres doświadczenia od – do (dzień, m-c, rok)*”,
- c) Zamawiający określił w rozdz. XXIX siwz pt. „Kryteria oceny ofert” wymóg wypełnienia „Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” (wskazując błędnie jako wzór załącznik nr 5 do SIWZ, który nie był wymagany do złożenia wraz z ofertą), w którym brak było również informacji w jaki sposób wykonawca miał go wypełnić w wymaganym zakresie.

Biorąc natomiast pod uwagę:

- okoliczność, że ten sam wykaz stanowił potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w *Postępowaniu* oraz podstawę do oceny ofert wg kryterium „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, co mogło spowodować konflikt w realizacji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy *Pzp* (obowiązek wezwania do uzupełnienia wykazu) z przepisem art. 87 ust. 1 ww. ustawy (zakaz dokonywania jakiegokolwiek zmiany treści złożonej oferty w zakresie tego wykazu dotyczącej oceny ofert),

– że wszyscy wykonawcy wskazali w swoich ofertach co najmniej okres doświadczenia wyznaczonych projektantów, określony w latach lub poprzez wskazanie dat, co wypełniło wymóg w zakresie podania tej informacji w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do siwz i były to okresy doświadczenia wskazanych osób w projektowaniu w poszczególnych branżach;

powinno to spowodować, bez wzywania do uzupełnienia, zarówno pozytywną ocenę spełnienia warunku w *Postępowaniu* przez wszystkich wykonawców, jak i ocenę nieodrzuconych ofert wg kryterium w przedmiotowym zakresie.

W związku z powyższymi okolicznościami brak było podstaw do wzywania wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy *Pzp* do złożenia poprawnie wypełnionego wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Powyższe okoliczności powodują, że zgodnie z dominującą doktryną prawa wszelkie wątpliwości w zakresie treści ofert i dokumentów załączonych do oferty spowodowane błędami, czy też nieprecyzyznością zapisów w siwz, należało rozstrzygnąć na korzyść wykonawców i uznać wszystkie złożone oferty oraz informacje w zakresie doświadczenia osób dotyczące warunku udziału w *Postępowaniu* oraz kryterium oceny ofert za prawidłowe i wystarczające.

Należy jednak podkreślić, że naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy *Pzp* poprzez wezwanie wykonawców do złożenia poprawnie wypełnionego ww. wykazu osób nie było wadą niemożliwą do usunięcia, ponieważ można było (i było to obowiązkiem Zamawiającego) na tym etapie trwającego *Postępowania* unieważnić to wezwanie oraz otrzymane na nie odpowiedzi na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy *Pzp*, zgodnie z utrwaloną doktryną prawa w tym zakresie. Oznacza to, że naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy *Pzp* nie było niemożliwą do usunięcia wadą i nie mogło stanowić przesłanki do unieważnienia *Postępowania* na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy *Pzp*.

Prawidłowe działanie Zamawiającego w przedmiotowym *Postępowaniu* powinno doprowadzić do oceny nieodrzuconych ofert wg przedmiotowego kryterium i pozostałych kryteriów oraz do wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z treścią siwz.

3) W ocenie Zamawiającego, wskazanym w uzasadnieniu naruszeniem było także nieuwzględnienie uwag i argumentacji w zadawanych pytaniach, które okazały się zasadne i wskazywały na nieprawidłowości w stosowaniu ustawy, między innymi w zakresie

ustanowionego kryterium doświadczenia projektantów, których doświadczenie może mieć wpływ na jakość przy wykonywaniu dokumentacji projektowej.

W dokumentacji *Postępowania* znajduje się e-mail z pismem od Wykonawcy z dnia 27 kwietnia 2018 r. z propozycją zmiany treści siwz (cyt.):

- „(...) w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga legitymowania się przez projektantów poszczególnych branż co najmniej 5-letnim doświadczeniem,” oraz
- „(...) w zakresie, w jakim punktowane jest doświadczenie poszczególnych projektów liczone w latach posiadania uprawnień w ten sposób, że Zamawiający określi doświadczenie poprzez ilość zrealizowanych projektów w określonym przez Zamawiającego czasie, np. w okresie ostatnich 10 lat.”.

W dalszej części pisma Wykonawca pisze m.in. że (cyt.): „W przypadku projektantów doświadczenie jest jednak mierzone ilością zrealizowanych należycie projektów, nie okresem posiadanych uprawnień. W szczególności projektant posiadający uprawnienia do projektowania przez okres 5 lat może nie opracować żadnej dokumentacji, co faktycznie dyskwalifikuje jego rzekome doświadczenie liczone w latach.”. Wykonawca wskazując art. 91 ust. 2 pkt. 5 ustawy *Pzp*, stwierdził, że kryterium takie jest niedopuszczalne i (cyt.) „nieznane ustawie” oraz wnosił o (cyt.): „(...) rozważenie zmiany treści SIWZ w celu zapewnienia jej zgodności z przepisami *Pzp*.”

Powyższe argumentacje Wykonawcy w zakresie błędnego określenia w siwz przedmiotowego kryterium są podobne do wyżej określonych argumentów w zakresie unieważnienia *Postępowania* i w związku z tym nieprawidłowe. Wobec powyższego nieuwzględnienie uwag i argumentacji w zadawanych pytaniach nie stanowiło naruszenia ustawy *Pzp*. Natomiast propozycje wykonawcy z pewnymi modyfikacjami mogły, choć nie musiały, być uwzględnione przy zmianie siwz przed terminem otwarcia ofert.

Należy podkreślić, że Zamawiający uzyskał ww. informacje od Wykonawcy przed terminem otwarcia ofert. E-mail z ww. propozycjami Wykonawcy został przesłany do SO w dniu 27 kwietnia 2018 r. Odpowiedź Zamawiającego, że podtrzymuje zapisy siwz w tym zakresie, a zarzut wykonawcy o niezgodności przywołanych powyżej zapisów siwz z przepisami ustawy *Pzp* uznaje za niezasadny, podpisana przez Dyrektora SO, została zamieszczona w dniu 4 maja 2018 r. na stronie internetowej Zamawiającego. Pomimo faktu, iż jak wynika z udzielonych przez Dyrektora SO wyjaśnień, kierownik zamawiającego pozostawał na tamtą chwilę w głębokim przekonaniu, że prowadzone

postępowanie odpowiada wszelkim wymogom w zakresie prawa, co skutkowało m.in. podpisaniem odmowy dokonania modyfikacji zapisów siwz w zakresie kryterium doświadczenia i pozostaniem przy dotychczasowych zapisach, zgodnie z art. 18 ust 1 ustawy *Pzp* kierownik zamawiającego, podpisując dokumenty dotyczące danego postępowania, odpowiada za jego prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie. Należy pamiętać, że propozycje i wnioski zarówno Przyjmującego Zamówienie, pełniące funkcję biegłego, jak również komisji przetargowej, będącej jedynie zespołem pomocniczym nie są w żadnym stopniu wiążące dla kierownika zamawiającego. Ma on bowiem pełne prawo nie zgadzać się z przedstawianymi wnioskami i podejmować decyzje inne niż proponowane przez komisję przetargową. Tym samym Zamawiający powinien wiedzieć o ww. błędzie w siwz, którą można było wówczas zmienić w zakresie przedmiotowego kryterium oceny ofert. Ponadto, wada w *Postępowaniu* dotycząca kryterium oceny ofert, określona dopiero po otwarciu ofert przez Zamawiającego musi, bez jakichkolwiek wątpliwości, uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, zgodnie z treścią art. 146 ust. 6 ustawy *Pzp* i doktryną prawa w tym zakresie, z powodu jego wpływu na wynik *Postępowania*. Oznacza to w tym przypadku, że wadliwe kryterium oceny ofert (jego opis) musiałoby prowadzić do rażąco błędnego wyniku *Postępowania*, przez co powodować niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Taki przypadek w przedmiotowym *Postępowaniu* nie został przez Zamawiającego wykazany i jak wynika z dokumentacji *Postępowania* nie wystąpił.

W ramach odpowiedzi na pytania kontrolerów, Dyrektor SO dodatkowo złożył wyjaśnienia w zakresie okoliczności unieważnienia *Postępowania*¹⁸, w tym w pkt. 2 na str. 6 zacytował treść części kryterium nr 4 oraz stwierdził, iż (cyt.): „*Nieprawidłowość tych zapisów polegała na całkowitym braku sprecyzowaniu na czym doświadczenie każdej z ww. osób (projektantów) będzie polegało, aby możliwe było uznanie tego doświadczenia za znaczące ze względu na jakość wykonania zamówienia (tj. dokumentacji projektowej). Ogólne i abstrakcyjne określenie wyrażające się w ilość lat doświadczenia w projektowaniu – tj. niewskazanie na czym ma polegać wymagane doświadczenie uniemożliwiło wypełnienie przesłanki z art. 91 ust. 2 pkt. 5 ustawy przy określeniu tego kryterium.*”

Odnosząc się do ww. wyjaśnień, należy podkreślić, iż ocena Zamawiającego co do określonego w siwz kryterium nr 4, dotyczącego doświadczenia i kwalifikacji osób

¹⁸ Wyjaśnienie z dnia 20.03.2019 r. (znak: A-0910-3/19)

skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia jest nie w pełni właściwa. Dla przykładu, zgodnie bowiem z siwz Kierownik Personelu Kluczowego wykonawcy miał posiadać co najmniej: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania w branży konstrukcyjno-budowlanej oraz 5, 8 lub 10-letnie doświadczenie w projektowaniu w branży konstrukcyjno-budowlanej. Trudno zatem zgodzić się ze stwierdzeniem, iż w siwz brak jest sprecyzowania na czym doświadczenie będzie polegało oraz jest ogólne i abstrakcyjne. Określenie w kryterium – co najmniej 5, 8 lub 10-letnie doświadczenie w projektowaniu w branży konstrukcyjno-budowlanej, wzmocnione poprzez odrębny wymóg posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń do projektowania w branży konstrukcyjno-budowlanej w wystarczający sposób opisuje i precyzuje doświadczenie (i kwalifikacje) Kierownika Personelu Kluczowego wykonawcy. Podobnie jest w zakresie opisu doświadczenia i kwalifikacji Projektantów poszczególnych branż. Oznacza to, że osoby te mogły mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia, ponieważ ich doświadczenie w projektowaniu w poszczególnych branżach odpowiadało zakresowi przyszłej pracy – określonej w opisie przedmiotu zamówienia jako wykonanie dokumentacji projektowej w tych branżach, co z kolei było zgodne z dyspozycją art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy *Pzp*.

Natomiast wyjaśnienia Dyrektora SO w pkt. 3 na str. 9/10 ww. pisma w zakresie uchybienia wywołanego przez firmę doradczą w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy *Pzp*, poprzez wezwanie wykonawców do przedłożenia poprawnie wypełnionego wykazu osób uczestniczących w realizacji zamówienia, nie wniosło zasadniczo nic nowego w zakresie przyczyn unieważnienia *Postępowania*, ponieważ Zamawiający mógł unieważnić wszystkie czynności związane z błędnym wezwaniem i doprowadzić *Postępowanie* do stanu umożliwiającego udzielenie zamówienia.

Pozostałe dodatkowe wyjaśnienia Dyrektora SO nie wykazały wystąpienia żadnych faktów uzasadniających prawidłowość działań Zamawiającego, w tym kierownika Zamawiającego w zakresie unieważnienia *Postępowania*. Szczegółowe wyjaśnienia stanowią akta kontroli str. 12-19.

Biorąc pod uwagę wszystkie wyżej opisane okoliczności związane z unieważnieniem *Postępowania* o udzielenie zamówienia, należy uznać, że zostało ono dokonane z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy *Pzp*, ponieważ nie wykazano iż, *Postępowanie* nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Unieważnienie *Postępowania* niezgodnie z ustawą *Pzp*, co w konsekwencji stanowi czyn noszący znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określony w *undfp*, dowodzi o nieprawidłowym działaniu Zamawiającego.

Jednocześnie stwierdzono, iż Zamawiający, prowadząc *Postępowanie*, przestrzegał przepisy ustawy *Pzp* w odniesieniu do następujących procesów w procedurze wyboru wykonawcy zamówienia: szacowania wartości zamówienia, kompletności opracowania i terminowości opublikowania zarówno siwz (w tym jej zmian) jak i ogłoszenia o zamówieniu (w tym ogłoszenia o zmianie ogłoszenia), wyznaczenia terminu składania ofert, ustalenia wielkości wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy, udzielania wyjaśnień treści siwz w odpowiedzi na zapytania wykonawców, złożenia oświadczeń przez osoby biorące udział w postępowaniu (art. 17 ust. 2 ustawy *Pzp*). Oceny ofert stosownie do ustalonych kryteriów nie dokonano, bo unieważniono *Postępowanie*.

Ustalono ponadto¹⁹, iż Zamawiający w dniu 17.07.2018 r. wszczął ponownie postępowanie na wybór wykonawcy przedmiotowego zadania (nr ogłoszenia 589889-N-2018). Spośród 6 wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu wybrano jako najkorzystniejszą ofertę EMGIE Projekt sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach.

[akta kontroli str. 12-19, 35-1073]

C. Analiza skargi

Zgromadzona dokumentacja w zakresie propozycji Skarżącej unieważnienia przez Zamawiającego *Postępowania* w związku z zaistnieniem wady niemożliwej do usunięcia i niemożliwości zawarcia ważnej umowy z przyczyny pracownika SO, który jako osoba wyznaczona do kontaktów z oferentami konsultował telefonicznie z wykonawcami, wezwanymi do uzupełnienia załącznika do oferty, treść tych załączników, nie zawiera wystarczających i bezspornych informacji wykazujących spełnienie okoliczności do unieważnienia, wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy *Pzp*.

Oświadczenie Skarżącej dotyczące treści rozmów z pracownikiem SO w zakresie zabronionych ustawą *Pzp* kontaktów z wykonawcami jest porównywalnym i równoważnym dowodem w tym zakresie do oświadczenia pracownika SO, w którym zaprzeczył on, aby kiedykolwiek konsultował z wykonawcami treść wykazów osób skierowanych do realizacji zamówienia wymaganych w siwz.

Treść ww. oświadczeń jest sprzeczna ze sobą i w związku z brakiem w dokumentacji innego dowodu w tym zakresie np. spisanej, faktycznej treści przedmiotowych rozmów (lecz

¹⁹ Informacja ze strony internetowej Zamawiającego

nie zarejestrowanych przez system nagrywania rozmów telefonicznych w SO w Tarnobrzegu z powodu awarii tego systemu), nie można przesądzić i stwierdzić o zaistnieniu wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w treści w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy *Pzp*.

Ponadto potencjalne i ewentualne nieprawidłowe rozmowy pracownika SO z wykonawcami odbywały się w ramach procedury błędnego wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy *Pzp*, do złożenia poprawnie wypełnionego wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Naruszenie art. 26 ust. 3 ww. ustawy poprzez wezwanie wykonawców do złożenia poprawnie wypełnionego ww. wykazu osób nie było wadą niemożliwą do usunięcia, ponieważ można było (i było to obowiązkiem Zamawiającego) na tym etapie trwającego *Postępowania* unieważnić to wezwanie oraz otrzymane na nie odpowiedzi, to jest wszystkie działania w tym zakresie. Unieważnienie tych działań powinno nastąpić na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy *Pzp*, zgodnie z utrwaloną doktryną prawa w tym zakresie. Oznacza to, że naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy *Pzp*, w tym także w zakresie działań w sprawie ewentualnych bezprawnych rozmów z wykonawcami, nie było niemożliwą do usunięcia wadą i nie mogło stanowić przesłanki do unieważnienia *Postępowania* na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy *Pzp* proponowanego przez Skarżącą.

W związku z tym zaniechanie unieważnienia *Postępowania* przez Zamawiającego, pomimo rekomendacji Skarżącej, było prawidłową decyzją.

W związku z powyższym ww. zarzuty wskazane w skardze są bezzasadne, w tym także w zakresie niepoinformowania organów ścigania o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez pracownika SO w Tarnobrzegu.

[akta kontroli str. 20-27]

Na tym czynności kontrolne zakończono.

Mając na uwadze powyższe ustalenia kontroli, wnosi się o niezwłoczne podjęcie działań mających na celu wyeliminowanie stwierdzonej w trakcie kontroli nieprawidłowości oraz zapobieżenie jej powstawaniu w przyszłości poprzez dokonywanie unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne wyłącznie w sytuacjach wystąpienia przesłanek przewidzianych w ustawie *Pzp*.

Stosownie do § 30 ust. 3 pkt. 1 i 2 komunikatu Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 listopada 2015 r. w sprawie szczegółowych wytycznych w zakresie kontroli zarządczej dla działu administracji rządowej – sprawiedliwość dotyczących przeprowadzania kontroli

działalności administracyjnej sądów powszechnych²⁰ proszę o przekazanie w terminie do dnia 23 sierpnia 2019 r. pisemnej informacji o sposobie realizacji zaleceń pokontrolnych, wykorzystaniu wniosków lub przyczynach ich niewykorzystania albo o innym sposobie usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości.

Jednocześnie informuję, że zgodnie z § 31 wyżej przywołanego komunikatu od wystąpienia pokontrolnego nie przysługują środki odwoławcze.

z upoważnienia
MINISTRA SPRAWIEDLIWOŚCI
20.07.2019
Jakub Janiśka
(data) (imię) Dyrektora
Biura Ministra

Sporządzono w 3 egzemplarzach:

1. Dyrektor Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu,
2. Zlecający kontrolę,
3. Wydział Kontroli Biura Ministra w Ministerstwie Sprawiedliwości – a/a.

²⁰ Dz. Urz. Min. Sprawiedl., poz. 236.