

Warszawa, dnia

2018 r.

KU/109/18/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sława Sp. z o.o. ul. Długa 1 67 – 410 Sława
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	Uporządkowanie gospodarki wodno – ściekowej na terenie aglomeracji Sława etap I – Zlewnia oczyszczalni Krążkowo
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	28.02.2018 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2018/S 041 – 090557
Wartość zamówienia:	106 726 862,66 zł (tj. 24 752 849,84 euro) – całkowita wartość zamówienia, w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp: 35 575 620,89 zł (tj. 8 250 949,95 euro)

Środki UE:

POIiŚ 2014 – 2020

Rodzaj procedury:

zamówienia sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza:

- 1) naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze;
- 2) naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie potwierdzenia uprawnień budowlanych oraz aktywnego członkostwa w Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa oraz wezwanie wykonawcy najwyższej ocenionego do przedłożenia ww. dokumentów;
- 3) naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej: „rozporządzenie”, poprzez żądanie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informacji o tym, że podwykonawca udostępniający swoje zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie należy do grupy kapitałowej;
- 4) naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisów od początku niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie dokonanie stosownej zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu związania ofertą.
- 5) naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie umowy konsorcjum od wykonawcy najwyższej ocenionego na etapie oceny ofert;
- 6) naruszenie art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie dokumentu JEDZ w odniesieniu do podmiotów udostępniających swój potencjał jedynie od wykonawcy najwyższej ocenionego;

- 7) naruszenie art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez ograniczenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia bez określenia kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę;
- 8) naruszenie art. 22c ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowy opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, w sytuacji gdy wykonawca polega na potencjale innych podmiotów, poprzez określenie wymogu udziału podmiotu trzeciego w bezpośredniej realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa lub jako członka konsorcjum;
- 9) naruszenie art. 22a ust. 1 w zw. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie zobowiązania podmiotu trzeciego – w sytuacji kiedy wykonawca będzie się powoływał na jego zasoby – na etapie wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

Uzasadnienie naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp

1. Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert odbyło się w dniu 09.04.2018 r.

Do upływu terminu składania ofert złożono następujące oferty:

- Konsorcjum firm: IDS – BUD S.A. (lider), DIM – CONSTRUCTION Sp. z o.o.;
- Konsorcjum firm: WUPRINŻ S.A. (lider), ATA – TECHNIK Sp. z o.o.;
- Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC – BUD” Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o.;
- Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o.

W dniu 10.05.2018 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „Piec Bud” Sp. z o.o.

Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego z dnia 17.07.2018 r., przekazanych Prezesowi Urzędu w toku kontroli uprzedniej zamawiający dokonał zwrotu wadium

wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze w dniu 17.07.2018 r., tj. po upływie ponad 2 miesięcy od poinformowania o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż na gruncie ustawy Pzp, brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 ustawy Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził: „użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc” (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (arg. z art. 354 § 1 Kc) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc).

Tym samym, termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp należy interpretować w ten sposób, że po nastąpieniu momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ww. przepisu. Powyższe oznacza, iż dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjmując należy, iż brak zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze w niniejszym postępowaniu, pomimo upływu ponad 2 miesięcy od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Uzasadnienie naruszenia naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz 26 ust. 1 ustawy Pzp

2. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Rozdział 6 pkt 6.3.2) zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W celu wykazania spełnienia warunku, o którym mowa wyżej, na etapie oceny ofert wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej zobowiązany był do przedłożenia m.in.:

- Potwierdzenia uprawnień, doświadczenia i aktywnego członkostwa w Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa specjalistów pełniących funkcje Kierowników robót/budowy (wszyscy oprócz Przedstawiciela Wykonawcy).

Ponadto, jak wynika z analizy dokumentacji postępowania zamawiający pismem z dnia 02.05.2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC – BUD” Sp. z o.o. (lider) z prośbą o złożenie m.in. dokumentów w zakresie potwierdzenia uprawnień i aktywnego członkostwa w PIIB Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa Kierowników Robót i Kierownika Budowy.

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

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu zostały określone w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Jak wynika z § 2 ust. 4 rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 10), a ponadto oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy (pkt 9). Należy zauważyć, że w ww. rozporządzeniu nie zostały wymienione inne dokumenty potwierdzające np. posiadane uprawnienia, czy przynależność wskazanej osoby do właściwej izby samorządu zawodowego.

Wobec powyższego należy uznać, że zamawiający nie był uprawniony do żądania od wykonawcy najwyżej ocenionego przedłożenia innych dokumentów, potwierdzających

posiadane uprawnienia i aktywne członkostwo w Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa. Powyższe dokumenty nie zostały bowiem wymienione w ww. rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów.

Tym samym zamawiający poprzez żądanie potwierdzenia uprawnień budowlanych oraz aktywnego członkostwa w Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa, naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższego przepisu wynika zatem obowiązek żądania przedłożenia wyłącznie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Tym samym żądanie ww. dokumentów od wykonawcy - konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC – BUD” Sp. z o.o. (lider), stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

Uzasadnienie naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia

3. Zgodnie z treścią Rozdziału 7 pkt 7.2 ppkt 8b SIWZ: *„Oświadczenia wykonawcy o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej; w przypadku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wykonawca może złożyć wraz z oświadczeniem dokumenty bądź informacje potwierdzające, że powiązania z innym wykonawcą, który złożył ofertę nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Oświadczenie składane jest przez każdy podmiot oceniany w zakresie braku podstaw wykluczenia tj. Wykonawca, ew. członkowie Konsorcjum oraz Podwykonawcy udostępniający zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”* Należy zauważyć, że, zamawiający żądał przedstawienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U z 2015 r., poz. 184 z późn. zm), albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej – na podstawie art. 26 ust. 2 d ustawy Pzp w stosunku do podwykonawców udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w

postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

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

W § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazano, iż Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1–9.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że katalog dokumentów wymienionych w § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia jest katalogiem zamkniętym. Żądanie przedstawienia dokumentu wykraczającego poza ten katalog, tj. ww. listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informacji o tym, że podwykonawca udostępniający swoje zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie należy do grupy kapitałowej stanowi żądanie dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania i narusza art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Uzasadnienie naruszenia art. art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp

4. Termin związania ofertą w kontrolowanym postępowaniu wyznaczono w Rozdziale 10 pkt 1 SIWZ na 60 dni. W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 28.02.2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 041 – 090557, zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego - www.zwik.slawa.pl oraz w jego siedzibie (od dnia 28.02.2018 r.) w sekcji IV.2.6 „Minimalny okres, w którym oferent będzie związany ofertą” wskazano, że „Oferta musi zachować ważność do: 08.06.2018”. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 09.04.2018 r., co oznacza, że wykonawca musiał pozostać związany ofertą przez 61 dni.

Opisana powyżej niezgodność pomiędzy zapisami SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania aż do jego

zakończenia. Stosownie natomiast do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że skoro w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przepis art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści tych dokumentów od początku wymaga zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu.

Powyższe potwierdza aktualne nadal orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. uchwała KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 36/14.

Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie dokonując stosownej zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu związania ofertą, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Uzasadnienie naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp

5. Zgodnie z Sekcją III pkt III.1.8 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziałem 6 pkt 6.5 SIWZ, „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (...). Zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.”

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż pismem z dnia 11.04.2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 i 4 ustawy Pzp wezwał wykonawcę konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC – BUD” Sp. z o.o. (lider) do przedłożenia m.in. umowy konsorcjum.

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

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

Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższego przepisu wynika zatem obowiązek żądania przedłożenia wyłącznie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zauważyć należy, iż w ww. rozporządzenie wśród dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia nie wymienia umowy konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zamawiający nie był uprawniony w niniejszym stanie faktycznym do wezwania wykonawcy konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC – BUD” Sp. z o.o. (lider) w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia umowy konsorcjum na etapie oceny ofert. Przedmiotowy dokument, zgodnie z zapisami ogłoszenia i SIWZ wymagany był od wykonawcy dopiero przed podpisaniem umowy, tj. po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym żądanie ww. dokumentów od wykonawcy - konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC – BUD” Sp. z o.o. (lider) na etapie oceny ofert, stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Uzasadnienie naruszenia art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp

6. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający w SIWZ wskazał, iż w przypadku powoływania się na potencjał innych podmiotów na etapie oceny ofert wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej przedkłada m.in. formularz JEDZ każdego z podwykonawców udostępniającego zasoby.

W toku postępowania, pismem z dnia 02.05.2018 r. zamawiający wezwał wykonawcę konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC – BUD” Sp. z o.o. (lider) o złożenie ww. dokumentu odnośnie podwykonawcy, na zasobach, którego wykonawca polegał.

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

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

Art. 25a ust. 2 ustawy Pzp stanowi, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu.

Zgodnie z ust. 3 pkt 1 ww. przepisu wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Z powyższych przepisów wynika, iż wraz z ofertą wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia oświadczenia JEDZ dla podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał. Tym samym żądanie dokumentu JEDZ w odniesieniu do podmiotów udostępniających swój potencjał jedynie od wykonawcy najwyżej ocenionego, stanowi naruszenie art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Uzasadnienie naruszenia art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp

7. Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w Rozdziale 11.3 pkt 3 „Informacje dotyczące podwykonawców” wskazał, że „Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji niniejszego zamówienia przy udziale podwykonawców, Wykonawca nie może jednak podzlecić całości zadań i obowiązków wynikających z Kontraktu.”

Z kolei w klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu (Podwykonawcy) zamawiający wskazał: „Wykonawca nie podzleci całości robót.”

W toku kontroli pismem z Pismem z dnia 10.08.2018 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie nw. wyjaśnień, czy w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, o którym mowa w art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o wskazanie zapisów w dokumentacji postępowania, w którym znajduje się takie zastrzeżenie. W przypadku odpowiedzi przeczącej, poproszono o wyjaśnienie, dlaczego wykonawca nie mógł zlecić całości robót podwykonawcom (pkt 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu).

Pismem z dnia 13.08.2018 r. zamawiający udzielił nw. wyjaśnień: „*Choć w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane (art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), to jednak umieścić w pkt 4.4 (a) Warunków Szczególnych Kontraktu zapis, że wykonawca nie podzleci całości robót. Taki zapis w rozumieniu zamawiającego miał zabezpieczyć zamawiającego przed wykonawcami, którzy nie angażują się bezpośrednio w realizację Kontraktu, a ich aktywność ogranicza się jedynie do podpisania umowy z zamawiającym, a następnie z podwykonawcami. Zakres zamówienia objęty postępowaniem przetargowym jest rozległy zarówno pod względem lokalizacyjnym jak i liczbą poszczególnych zadań do wykonania. W celu koordynacji całego zakresu zamawiający w SIWZ wymagał zatrudnienia na umowę o pracę zarówno Kierownika Budowy, jak i Przedstawiciela Wykonawcy/Menadżera Kontraktu. Zamawiający nie chciał ograniczać wykonawcy wyboru w zakresie części zamówienia, które wykona on osobiście (art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Zamawiającemu zależało na tym, aby kluczowe osoby wykonawcy, czyli Kierownik Budowy oraz Przedstawiciel Wykonawcy/Menadżer Kontraktu były zatrudnione na umowę o pracę i odpowiadały bezpośrednio za realizację inwestycji. W przypadku przekazania realizacji całej inwestycji podwykonawcom, odpowiedzialność za pełne i właściwe jej wykonanie byłaby obarczona wysokim ryzykiem. Kluczowe osoby zatrudnione przez wykonawcę będą na bieżąco oceniać ryzyko i zagrożenia, które mogą się pojawić w trakcie realizacji inwestycji o takim stopniu skomplikowania i realizowanej na tak dużym obszarze oraz reagować w celu ich eliminacji.*”

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny należy podnieść, co następuje.

Zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Natomiast z treści art. 36a ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

1. kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;
2. prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Z powyższych przepisów wynika, że zamawiający na ich podstawie może zakazać podwykonawstwa, ale tylko w zakresie tej części zamówienia, która jest kluczowa i tym samym wyłączona jest możliwość jej realizacji przez podwykonawcę. Należy bowiem podkreślić, że treści art. 36a ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od treści art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, który precyzuje, o jaką część zamówienia możliwą do zlecenia podwykonawcy chodzi – o taką, która nie jest kluczowa.

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie dopuścił, aby całość robót została wykonana przez podwykonawców i jednocześnie nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę żadnej z kluczowych części zamówienia. Innymi słowy, zamawiający nie dopuścił zlecenia całości robót podwykonawcy, lecz było mu obojętne, którą ich część wykonawca zleci do podwykonania, o ile tylko jakąś część (jakąkolwiek) wykonawca wykona samodzielnie. Takie jednak rozwiązanie świadczy o tym, że żadna część robót nie była kluczowa, skoro zamawiający dopuścił podzlecenie którejkolwiek części.

Wobec powyższego należy uznać, że zamawiający faktycznie ograniczył udział podwykonawców w realizacji zamówienia, przez co dopuścił się naruszenia art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Skoro bowiem ustawodawca wskazał na możliwość żądania osobistego świadczenia tylko kluczowej części przedmiotu zamówienia, brak jest podstaw, aby przyjąć, iż zamawiający jest uprawniony do wyłączenia podwykonawstwa w odniesieniu do części, która nie była kluczowa. Byłoby to sprzeczne z generalną zasadą, określoną w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że co do zasady każda z części zamówienia (o ile nie jest kluczowa) może być powierzona do wykonania przez podwykonawcę.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Uzasadnienie naruszenia art. 22c ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp

8. W rozdziale 6 pkt 6.2 SIWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej, zgodnie z którym wykonawca musiał wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 40 000 000,00 mln zł.

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż „(...) Przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej Wykonawca może polegać na potencjale innych podmiotów niezależnie od stosunków łączących je z tymi

podmiotami. (...) Jeżeli zasobem udostępnianym przez inny podmiot jest Polisa OC (która jest zasobem nieprzenaszalnym na inny podmiot) to zostanie ona uznana tylko pod warunkiem udziału danego podmiotu w bezpośredniej realizacji zamówienia w formie Podwykonawstwa lub jako członka Konsorcjum. Wówczas Zamawiający aby wykazać pełną kwotę ubezpieczenia OC może połączyć swoją polisę z polisą OC podmiotu udostępniającego ten zasób. Zakres Polisy podmiotu udostępniającego ten zasób w relacji do minimalnych wymagań Zamawiającego musi być jednak proporcjonalny do udziału danego podmiotu w realizacji Zamówienia (odszkodowanie musi być bowiem możliwe do wyegzekwowania w razie spełnienia się stosownych przesłanek).”

Zgodnie z art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego (§ 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia Dz. U. z 2016 r. poz. 1126.

Ponadto, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

W ust. 2 ww. przepisu wskazano, iż wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Celem skutecznego powołania się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie jego zdolności finansowych takich jak ubezpieczenie działalności, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie mógł polegać na tych zdolnościach w trakcie realizacji zamówienia. Pociąga to za sobą konieczność wykazania przez wykonawcę, że odwołanie się do tych zdolności podmiotu trzeciego ma charakter realny, gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykazanie powyższej okoliczności następuje przede wszystkim, tak jak w przypadku powoływania się przez wykonawcę na potencjał

techniczny i osobowy, czy powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w tym zakresie na potrzeby realizacji zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie. Zamawiający może badać szczegółowo zdolność finansową podmiotu trzeciego, w sytuacji powoływania się na nią przez wykonawcę, poprzez żądanie przedłożenia przez wykonawcę dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, tj. polisy OC. Zamawiający będzie mógł uznać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca wykaże, poprzez treść przedstawianych dokumentów, realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału finansowego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia, a zatem realny sposób w jaki podmiot trzeci gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający wskazał, iż jeżeli zasobem udostępnianym przez inny podmiot jest polisa OC, to zostanie ona uznana tylko pod warunkiem udziału danego podmiotu w bezpośredniej realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa lub jako członka konsorcjum. Nie ulega przy tym wątpliwości, że udostępnienie zasobów finansowych przez podmiot trzeci najpełniej oddaje podwykonawstwo (udział podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia publicznego), tym niemniej nie można realności udostępnienia zasobu sprowadzać wyłącznie do problematyki podwykonawstwa, bowiem w przepisach brak jest obowiązku udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w powyższej formie. Należy bowiem podkreślić, iż przepisy ustawy Pzp odróżniają te dwie kategorie podmiotów, tj. podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby oraz podwykonawców (np. art. 36a ust. 1, art. 36 b ust. 1 ustawy Pzp). Należy również wskazać, iż zamawiający nie może formułować warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby wykonawcy, którzy samodzielnie nie spełniają warunków, a są zainteresowani udziałem w postępowaniu, zobowiązani byli do zawierania konsorcjum, w celu ich spełnienia.

Na marginesie należy wskazać, iż celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej i finansowej. Podzielić w tym zakresie należy wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (tak: wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO 2512/10; wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10). Zamawiający ma możliwość wymagania od

wykonawcy posiadania ubezpieczenia kontraktu zawieranego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tego rodzaju ubezpieczenie służy zabezpieczeniu roszczeń w wyniku szkód spowodowanych przez wykonawcę przy realizacji konkretnego zamówienia i jest dodatkowym sposobem zabezpieczenia realizacji zamówienia, obok zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający, w uzasadnionych sytuacjach, może wymagać przedstawienia dowodu takiego ubezpieczenia przed zawarciem umowy, a informacja o takim żądaniu powinna być zawarta w SIWZ, w oparciu o art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp. Należy podkreślić, że jest to ubezpieczenie o innym charakterze i celu, w stosunku do ubezpieczenia określonego w art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne i prawne należy stwierdzić, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, w sytuacji gdy wykonawca polega na potencjale innych podmiotów, poprzez określenie wymogu udziału podmiotu trzeciego w bezpośredniej realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa lub jako członka konsorcjum. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 22c ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Uzasadnienie naruszenia art.22a ust. 1 w zw. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp

9. Zamawiający w Rozdziale 6 SIWZ – *„Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”* wskazał, iż *„(...) Przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej Wykonawca może polegać na potencjale innych podmiotów niezależnie od stosunków łączących je z tymi podmiotami. W takiej sytuacji Wykonawca oceniony najwyżej zobowiązany będzie udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował określonym zasobem przedstawiając zobowiązanie danego podmiotu zobowiązującego się do współpracy (...)”* – pkt 6.2 ppkt 3.4) lit. b SIWZ.

„(...) Dodatkowo Wykonawca którego oferta zostanie oceniona najwyżej przedłoży na żądanie Zamawiającego (w ciągu 10 dni od wezwania) Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. (...)” – pkt 6.3.1 ppkt 2.6) SIWZ.

Ponadto w rozdziale 7 SIWZ *„Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”,* iż wezwie wykonawcę najwyżej ocenionego o *„deklaracje tego podmiotu do udostępnienia zasobu zgodnie z pouczeniem (czas, zakres oraz charakter udostępnienia)”*.

W toku postępowania, pismem z dnia 02.05.2018 r. zamawiający wezwał wykonawcę konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC – BUD” Sp. z o.o. (lider) o złożenie ww. dokumentu odnośnie podwykonawcy, na zasobach, którego wykonawca polegał.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących do z nim stosunków prawnych. Z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wynika, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument. Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym, zamawiający wskazując w SIWZ, iż będzie wymagał przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego – w sytuacji kiedy wykonawca będzie się powoływał na jego zasoby – na etapie wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a nie wraz ze składaną ofertą, stanowi naruszenie art. 22a ust. 1 w zw. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.