

UZP/DKUE/KD/62/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lipka Mały Buczek 38 77-420 Lipka
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Wzmocnienie systemu ochrony przeciwpożarowej obszaru leśnego – remont połączony z modernizacją dojazdu pożarowego nr 4.
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	wartość szacunkowa zamówienia – 2 440 172,39 zł (577 569,26 euro) – w tym zamówienia uzupełniające- 813 390,80 zł (192 523,09 euro);
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013, działanie 226 – Odtwarzanie potencjału produkcji leśnej zniszczonego przez katastrofy oraz wprowadzanie instrumentów zapobiegawczych.

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, przedmiot zamówienia obejmował wykonanie remontu połączonego z modernizacją dojazdu pożarowego w Nadleśnictwie Lipka, leśnictwo Lipka, Potulice, gmina Lipka.

Kontrolowane postępowanie zamawiający wszczął w dniu 9.01.2015 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod 4852-2015, na własnej stronie internetowej – www.pila.lasy.gov.pl/lipka oraz na tablicy ogłoszeń.

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%.

Zamawiający w protokole postępowania nie uzasadnił zastosowania jednego kryterium, nie wykazał również w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Ponadto w piśmie z dnia 1.08.2016 r. zamawiający wyjaśnił, iż zastosował jedno kryterium oceny ofert – cenę, gdyż przedmiot zamówienia był powszechnie dostępny i miał ustalone standardy jakościowe. Zamawiający wskazał, iż z opinii UZP wynika, iż „powszechna dostępność” oznacza dostępność dla wszystkich zainteresowanych takiego samego lub podobnego świadczenia, zatem brak jest indywidualizowania przedmiotu świadczenia na potrzeby poszczególnych zamawiających. Oznacza ono również oferowanie przedmiotu zamówienia przez liczne podmioty na rynku, co gwarantuje łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów. Zamawiający wskazuje, iż w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane dopiero w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane charakteryzujące się dużą złożonością, w opinii UZP wykazania powszechnej dostępności przedmiotu zamówienia może stanowić trudność, zaś nie jest to trudne przy robotach budowlanych o charakterze stosunkowo prostym. W odniesieniu do kryterium ustalonych standardowych jakościowych zamawiający wskazuje, iż oznaczają one *„przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki), odpowiadające przeciętnym wymaganiom”*. Zamawiający podnosi, że istotną cechą produktów, usług czy robót budowlanych, o których można powiedzieć, że posiadają ustalone standardy jakościowe jest ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju robót, produktów czy usług, oferowanych przez różnych wykonawców, poprzez podanie nazwy produktu lub usługi i określenie podstawowych ich parametrów czy zakresu. Zamawiający wskazał, iż *„o ustalonym standardzie mówimy więc w rozumieniu samego zamawiającego, jak i wykonawców, którzy są zainteresowani konkretnym przedmiotem zamówienia. Nie ulega*

bowiem wątpliwości, że zamawiający, jak i fachowi wykonawcy – branżyści, będą doskonale widzieli, jakie standardy musi spełniać przedmiot zamówienia. Na marginesie warto wskazać, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jak też urzędnicy UZP nie mają uprawnień do ustalania standardów jakościowych, jak też nie mają kompetencji do ich oceny. Taka wiedza jest wiedzą specjalistyczną i w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia wymaga wiadomości ekspertów lub biegłych z danej dziedziny". Zamawiający wskazuje również, że na rynku funkcjonuje duża liczba wykonawców, która oferuje roboty budowlane tożsame z przedmiotem zamówienia, zaś parametry robót w przedmiotowym postępowaniu odpowiadały przeciętnym wymaganiom i stanowiły rozwiązania typowe.

Zamawiający powołał się również na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 11.02.2013 r., KIO 185/13, w którym Izba podkreśliła swobodę zamawiającego w kształtowaniu kryteriów oceny ofert oraz wyrok z dnia 8.04.2010 r. – KIO 373/10, w którym Izba wskazała, iż nie można absolutyzować art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto zamawiający wskazał, iż wprowadzenie przez ustawodawcę wymogu stosowania innych kryteriów niż najniższa cena miało zapewnić, iż wybierane będą oferty lepsze jakościowo – zaś zdaniem zamawiającego, na jakość realizacji zamówienia decydujący wpływ ma rzetelnie dokonany opis przedmiotu zamówienia oraz właściwie ustalone kryteria podmiotowe. Zamawiający podnosi również, iż w rezultacie przedmiotowego postępowania nie uzyskał przedmiotu zamówienia gorszej jakości, jak również nie wymusił na wykonawcach realizacji zamówienia po cenach odbiegających od cen rynkowych. Wskazał również, iż zgodnie ze stanowiskiem projektanta, przy opracowaniu dokumentacji projektowej dotyczącej ww. zadania, zastosowano powszechnie znane rozwiązanie projektowe, znane na rynku wszystkim podmiotom startującym do przetargu, projekt zaś nie zakładał zastosowania rozwiązań niestandardowych, przez co nie wymagał dodatkowej wiedzy i środków.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na treść art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zgodnie z którym kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Ponieważ terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Kierując się znaczeniem nadawanym tym pojęciom w języku polskim można przyjąć, że pod pojęciem „powszechnej

dostępności” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr, czy usług. Pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada zatem nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji, bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta.

Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert wymaga zatem, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”.

Uwzględniając praktyczne aspekty udzielania zamówień na roboty budowlane, charakteryzujące się często dużą złożonością oraz indywidualnym dostosowaniem dokumentacji przetargowej do każdorazowych potrzeb inwestycyjnych zamawiającego, uznać należy, że w przypadku robót budowlanych wykazanie powszechnej dostępności takiego przedmiotu będzie często trudne. Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na roboty budowlane, do których można zaliczyć np. prace remontowo-budowlane obejmujące np. malowanie, tynkowanie, wymianę okien lub posadzki, czy też położenie glazury, terakoty, kostki brukowej. Powyższe wyliczenie ma jedynie charakter przykładowy, a zamawiający, w zależności od rodzaju robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, powinien dokonać indywidualnej oceny w zakresie możliwości zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, a w szczególności roboty budowlane obejmujące przedmiot zamówienia, należy uznać, że roboty budowlane polegające na remoncie i modernizacji pojazdu pożarowego nie zaliczają się do kategorii „prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych”. Powyższy zakres robót wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. budowy lub przebudowy drogi o wartości zadania min. 1 500 000,00 zł brutto za każdą robotę, jak również osobą zdolną do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej. Wykonanie ww.

robót wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalne uprawnienia budowlane.

Ponadto, roboty takie muszą być wykonane zgodnie z projektem budowlanym, zatem wykonawca musi posiadać umiejętność czytania projektu budowlanego, jak też musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów budowy dróg. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się akurat robotami drogowymi, o tyle nie są powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy tymczasem odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna.

Tym samym, ww. roboty nie są robotami powszechnie dostępnymi, ale robotami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających specjalistyczne kryteria. Fakt, że roboty te nie są skomplikowane na tle innych możliwych robót budowlanych, nie oznacza, że są „powszechnie dostępne” w ogóle. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia nie przekłada się wprost na „powszechność, dostępność” danych robót. A zatem, przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego z pisma z dnia 1.08.2016 r., wskazać należy, iż w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, na którą powołuje się zamawiający (opinia „Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę”, zamieszczona na stronie www.uzp.gov.pl) wskazuje się, że poprzez dostawy lub usługi „powszechnie dostępne” należały rozumieć „dostępność dla wszystkich zainteresowanych”, przy czym chodzi tu o dostępność dla wszystkich zainteresowanych takiego samego lub podobnego świadczenia, zatem brak indywidualizowania przedmiotu świadczenia na potrzeby poszczególnych zamawiających. Natomiast pod pojęciem „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć: typy lub gatunki (dostaw/usług) znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, oferowanym w powszechnej ofercie standardom, nie zaś specyficznym wymaganiom zamawiającego, na skutek dostosowania standardu dostawy czy usługi do jego indywidualnych potrzeb, a zatem o jakości nie wymagającej indywidualnego ustalenia. W niniejszej sprawie zamawiający w pkt III.3.c siwz wskazał, że wykonawca „zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi normami i instrukcjami obowiązującymi w Lasach Państwowych”. Część dokumentacji stanowiła dokumentacja projektowa - załącznik nr 13 do siwz. Konieczność wykonania robót w oparciu o sporządzoną przez zamawiającego dokumentację projektową, przy zgodności m.in. z instrukcjami obowiązującymi w Lasach Państwowych wskazuje na zindywidualizowanie zamówienia i dostosowanie jego przedmiotu do indywidualnych potrzeb

zamawiającego. Zamawiający wskazał również, że „o ustalonym standardzie mówimy więc w rozumieniu samego zamawiającego, jak i wykonawców, którzy są zainteresowani konkretnym przedmiotem zamówienia”, zaś wiedza w zakresie standardów jakościowych jest „wiedzą specjalistyczną i w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia wymaga wiadomości ekspertów lub biegłych z danej dziedziny”. W rozumieniu zamawiającego ustalone standardy oceniają zamawiający i wykonawcy, którzy są zainteresowani konkretnym przedmiotem zamówienia. Należy zauważyć, iż takie rozumienie ustalonych standardów przesądza, iż nawet najbardziej specjalistyczne roboty budowlane traktowane mogą być jako powszechnie dostępne, bowiem mogą być znormalizowane i wszyscy wykonawcy „zainteresowani konkretnym przedmiotem zamówienia” – będą w stanie zaoferować ich wykonanie. Jak zaś wskazano powyżej, oceniając przesłanki zastosowania kryterium ceny jako wyłącznego, określone w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy mieć na uwadze ogół rynku, nie zaś konkretną branżę. Bez wpływu na ocenę naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp pozostaje twierdzenie zamawiającego, iż pomimo zastosowania jedynie kryterium ceny, nie miało to wpływu na jakość otrzymanej usługi ani niedozwolonego wpływu na ceny ofert. Po pierwsze, zamawiający nie jest w stanie przewidzieć konsekwencji zastosowania dodatkowego kryterium, ponieważ do jego zastosowania nie doszło, wobec czego wszelkie rozważania - w tym stwierdzenie, że zastosowanie dodatkowego kryterium nie miałyby wpływu na rezultat postępowania – miałyby charakter czysto hipotetyczny. Nieokreślony pozostaje również wpływ zastosowania jednego kryterium na konkurencję w ww. postępowaniu. Po drugie, art. 91 ust. 2a ustawy Pzp nie przewiduje możliwości zastosowania jedynie kryterium ceny, w przypadku gdy w ocenie zamawiającego, nie będzie to miało wpływu na jakość robót.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%), ponieważ z przedstawionych informacji wynika, że roboty budowlane, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były robotami prostymi, powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach, lecz robotami budowlanymi dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy posiadania odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobą o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Innymi słowy, przedmiotowe roboty budowlane nie charakteryzowały się powszechną dostępnością i ustalonymi standardami, albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby zamawiającego i specyfikę związaną z realizacją przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiający nie wykazał, ani w protokole postępowania, ani też w załączniku, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zawarł w treści pkt. XIV.5 siwz wymóg, iż z wadium wniesionego w formie innej niż pieniężna musi wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Ponadto, w punkcie XIV.9 siwz wskazano, że „pozostałe zasady dotyczące wadium określa art. 45 i 46 ustawy Pzp”.

Artykuł 46 ust. 4a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, stanowił, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nadane zostało *ustawą Zmiana ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29.08.2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232)*, która weszła w życie w dniu 19.10.2014 r. Zmianą tą rozszerzono katalog okoliczności, w których zamawiający zatrzymuje wadium o sytuację, w której wykonawca po wezwaniu przez zamawiającego nie uzupełnia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej oraz o sytuację braku zgody wykonawcy na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wykonawca ZSTCP złożył gwarancję wadialną wystawioną w dniu 26.01.2015 r. przez Bank Spółdzielczy w T., zgodnie z którą „zapłata kwoty wadium nastąpi zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013 poz. 907 – tekst jednolity):

- a. Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- b. Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się możliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- d. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których

mowa w art. 25 ust. 1 ww. ustawy lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie”.

Z powyższego wynika, iż w treści gwarancji wadialnej przewidziano przypadki utraty wadium o których mowa w art. 46 ust. 5 i 4a ustawy Pzp, przy czym pominięto przypadki wprowadzone wskazaną powyżej ustawą z dnia 29.08.2014 r., zmieniającą ustawę Pzp, tj. obowiązek zatrzymania wadium w sytuacji, w której wykonawca po wezwaniu przez zamawiającego nie uzupełnia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej oraz w przypadku gdy wykonawca nie zgodzi się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, iż wystawca gwarancji nie tylko pominął ww. sytuacje zatrzymania wadium w zawartym w gwarancji wyliczeniu, ale również wskazał, iż „zapłata kwoty wadium nastąpi zgodnie z art. 46 ust 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013 poz. 907 – tekst jednolity)”. Tym samym wystawca gwarancji wadialnej wskazał, iż zastosowanie znajduje tekst ustawy sprzed ww. nowelizacji, wprowadzającej do art. 46 ust. 4a ustawy Pzp dodatkowe przesłanki zatrzymania wadium. Należy zwrócić uwagę, iż wystawca wyraźnie wskazał na adres publikacyjny aktu prawnego, na który się powołuje, bez wskazania, iż dotyczy to również przepisów po zmianach – na przykład poprzez dodanie „z późniejszymi zmianami” lub po prostu „ze zm.”. Art. 46 ust. 4a ustawy Pzp we wskazanym przez gwaranta tekście jednolitym (Dz. U. 2013 poz. 907) miał następujące brzmienie: *„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”*.

Należy zważyć, iż ustawa Pzp ani też ustawa Prawo bankowe nie precyzują, jaką treść powinna zawierać gwarancja wadialna, ażeby mogła zostać uznana za prawidłowo zabezpieczającą interesy zamawiającego. Nie istnieją wymogi nakazujące, aby gwarancja wadialna zawierała ścisłe przytoczenie słów ustawy Pzp czy też dokładne wyliczenie przepisów ustawy określających przypadki utraty wadium przez wykonawcę. Wystarczającym może być nawet ogólne wskazanie, iż bank zobowiązuje się do wypłaty wadium w warunkach określonych w ustawie. Jednakże wskazuje się, iż określenie warunków wypłaty wadium powinno być określone na tyle precyzyjnie, by nie budziło wątpliwości beneficjenta co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji wadialnej (por. wyrok KIO z dnia 20.01.2009 r., KIO/UZP 19/09), zaś brak precyzyjnego określenia, w jakich okolicznościach zamawiającemu przysługiwać będzie skuteczne żądanie wypłaty kwoty wadium, uzasadnia stwierdzenie, iż interes zamawiającego nie jest w pełni zabezpieczony (por. wyrok KIO z dnia 28.07.2011 r. KIO 1525/11).

Wobec powyższego należy uznać, iż omawiana klauzula gwarancji wadialnej przedłożonej przez ZSTCP nie obejmuje ww. przypadków utraty wadium o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, w związku z czym wadium zostało wniesione wadliwie, niezgodnie także z pkt XIV. 9 siwz – bowiem zamawiający wskazał w nim, iż zasady dotyczące wadium określa art. 45 i 46 ustawy Pzp, zatem zastosowanie znajdują również regulacje art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Reasumując, należy stwierdzić że gwarancja wadialna załączona do oferty wykonawcy ZSTCP nie obejmowała wszystkich przypadków utraty wadium wskazanych w ustawie Pzp, wobec czego oferta ww. wykonawcy nie została prawidłowo zabezpieczona wadium i w tej sytuacji zamawiający powinien był wykluczyć tego wykonawcę z niniejszego postępowania. Nie dopełniając tego obowiązku zamawiający naruszył przepis art. 24. ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zawarł w treści pkt. XIV.5 siwz wymóg, iż z wadium wniesionego w formie innej niż pieniężna musi wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Ponadto, w punkcie XIV.9 siwz wskazano, że „pozostałe zasady dotyczące wadium określa art. 45 i 46 ustawy Pzp”.

Artykuł 46 ust. 4a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nadane zostało ustawą Zmiana ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29.08.2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232),, która weszła w życie w dniu 19.10.2014 r. Zmianą tą rozszerzono katalog okoliczności, w których

zamawiający zatrzymuje wadium o sytuację, w której wykonawca po wezwaniu przez zamawiającego nie uzupełnia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej oraz o brak zgody wykonawcy na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wykonawca PPHU RJ złożył gwarancję wadialną wystawioną w dniu 23.01.2016 r. przez NBS, zgodnie z którą gwarant „zobowiązuje się zapłacić sumę gwarancyjną na pierwsze żądanie zapłaty przez Beneficjenta, w przypadku gdy wykonawca (Zleceniodawca):

- a) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,
- b) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- c) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zasadach określonych w SIWZ,
- d) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”

Z powyższego wynika, iż w treści gwarancji wadialnej przewidziano przypadki utraty wadium o których mowa w art. 46 ust. 5 i 4a ustawy Pzp, przy czym pominięto przypadki wprowadzone wskazaną powyżej ustawą z dnia 29.08.2014 r., zmieniającą ustawę Pzp tj. obowiązek zatrzymania wadium w sytuacji, w której wykonawca po wezwaniu przez zamawiającego nie uzupełnia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej oraz w przypadku gdy wykonawca nie zgodzi się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Należy zważyć, iż ustawa Pzp ani też ustawa Prawo bankowe nie precyzują, jaką treść powinna zawierać gwarancja wadialna, ażeby mogła zostać uznana za prawidłowo zabezpieczającą interesy zamawiającego. Nie istnieją wymogi nakazujące, aby gwarancja wadialna zawierała ściśle przytoczenie słów ustawy Pzp czy też dokładne wyliczenie przepisów ustawy określających przypadki utraty wadium przez wykonawcę. Wystarczającym może być nawet ogólne wskazanie, iż bank zobowiązuje się do wypłaty wadium w warunkach określonych w ustawie. Jednakże wskazuje się, iż określenie warunków wypłaty wadium powinno być określone na tyle precyzyjnie, by nie budziło wątpliwości beneficjenta co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji wadialnej (por. wyrok KIO z dnia 20.01.2009 r., KIO/UZP 19/09), zaś brak precyzyjnego określenia w jakich okolicznościach zamawiającemu przysługiwać będzie skuteczne żądanie wypłaty kwoty wadium uzasadnia stwierdzenie, iż

interes zamawiającego nie jest w pełni zabezpieczony (por. wyrok KIO z dnia 28.07.2011 r. KIO 1525/11).

Wobec powyższego należy uznać, iż omawiana klauzula gwarancji wadialnej przedłożonej przez PPHU RJ nie obejmuje ww. przypadków utraty wadium o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, w związku z czym wadium zostało wniesione wadliwie, niezgodnie także z pkt XIV. 9 siwz – bowiem zamawiający wskazał w nim, iż zasady dotyczące wadium określa art. 45 i 46 ustawy Pzp, zatem zastosowanie znajdują również regulacje art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Reasumując, należy stwierdzić że gwarancja wadialna załączona do oferty wykonawcy PPHU RJ nie obejmowała wszystkich przypadków utraty wadium wskazanych w ustawie Pzp, wobec czego oferta ww. wykonawcy nie została prawidłowo zabezpieczona wadium i w tej sytuacji zamawiający powinien był wykluczyć tego wykonawcę z niniejszego postępowania. Nie dopełniając tego obowiązku zamawiający naruszył przepis art. 24. ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. W toku kontroli ustalono, że z postanowień wzoru umowy, będącego załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wynika wysokość kary umownej za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty oraz za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany.

Wskazać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi:

„Art. 36. 1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:

(...)

16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”;

„Art. 143d. 1. Umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące:

(...)

7) wysokości kar umownych, z tytułu:

(...)

c) *nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,*

d) *braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.”*

Wzór umowy zastosowany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zawierał zapisów, które pozwalałyby na ustalenie wysokości kary umownej z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty oraz za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany. Nie jest również możliwym dokonanie wykładni umowy, która pozwalałaby na ustalenie wysokości kar umownych z ww. tytułów.

Powołane powyżej przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości odstąpienia od zawarcia w umowie o roboty budowlanej przedmiotowego zapisu, wobec czego bez wpływu na ustalenie naruszenia przepisów ustawy pozostaje powołana przez zamawiającego okoliczność, iż nie zaakceptowałby umowy o podwykonawstwo, która przewidywałaby terminy płatności niezgodne z prawem. Art. 143d ustawy Pzp wprowadził katalog postanowień, które zamawiający zawsze zobowiązany jest umieścić w umowie o roboty budowlane, co ma na celu ochronę podwykonawców. Ochrona ta zostałaby znacznie osłabiona, gdyby od uznania zamawiającego zależał katalog kar umownych przewidzianych za naruszenia obowiązków wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. c i d) ustawy Pzp, poprzez niezawarcie w projekcie umowy o roboty budowlane postanowień dotyczących wysokości kar umownych z tytułu braku umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

5. Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w sekcji III punkt 3.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie X.4.b siwz dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. budowę lub przebudowę drogi o wartości zadania min. 1 500 000,00 zł brutto za każdą robotę.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów(...).

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5.11.2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. 2009 Nr 206 poz. 1591), tj. w brzmieniu nieaktualnym na dzień wszczęcia postępowania, zgodnie z którym wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca PPHU RJ, przedstawił zobowiązania do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego – I. Sp. z o.o. W treści zobowiązania ww. podmiot zobowiązał się do „*udostępnienia mu na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia jak wyżej następujących zasobów: wiedza i doświadczenie w zakresie budowę lub przebudowę drogi (...). Jednocześnie oświadczam, że będę uczestniczył w realizacji części zamówienia*”. Należy przy tym wskazać, iż wykonawca w formularzu ofertowym wskazywał, iż zamówienie wykona samodzielnie, również w załączniku nr 9 do oferty nie wykazał, jakie prace zlecone mają być podwykonawcy. Wobec powyższego należy uznać, iż deklaracja podmiotu trzeciego „*będę uczestniczył w realizacji części zamówienia*” nie koresponduje z żadnym innym dokumentem bądź jego lub wykonawcy oświadczeniem, które pozwoliłoby określić charakter wskazanego w zobowiązaniu uczestnictwa w wykonaniu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, aktualną w dniu wszczęcia postępowania, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z powyższego wynika, że przedłożone przez wykonawcę dokumenty muszą określać, jakie zasoby, w jakim zakresie i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli ani z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów

nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Jest to szczególnie istotne, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, zaś wykonawca poza doświadczeniem podmiotu trzeciego nie wykazał żadnego własnego doświadczenia.

W przypadku zamówienia na roboty budowlane w zasadzie jedynym realnym sposobem udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia jest przyjęcie przez podmiot trzeciej roli podwykonawcy. Jednakże zamiar wykonywania robót w roli podwykonawcy musi wynikać ze zobowiązania podmiotu trzeciego lub z innych dokumentów załączonych do oferty np. z formularza oferty, gdzie podmiot trzeciej może być wpisany jako podwykonawca.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie dysponował kluczowymi informacjami co do zakresu i sposobu uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jak też nie podjął czynności pozwalających mu na ich uzyskanie. W szczególności, z wyjaśnień zamawiającego z dnia 1.08.2016 r. nie wynika, żeby zamawiający występował do wykonawcy z wezwaniem o uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie zakresu i sposobu udziału w wykonywaniu robót. W wyjaśnieniach tych zamawiający wskazał jedynie, iż z dokumentów załączonych do oferty PPHU RJ wynika, iż I. Sp. z o.o. należy do tej samej co wykonawca grupy kapitałowej „co ewidentnie wskazuje na charakter stosunków obu tych podmiotów”. Zważyć należy, iż przynależność do tej samej grupy kapitałowej dwóch firm w żaden sposób nie pozwala na możliwość ustalenia, czy udostępnienie zasobów będzie miało charakter realny.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Mając na uwadze powyższe oraz treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, należy stwierdzić, iż wobec okoliczności, iż przedstawione przez wykonawcę PPHU RJ zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia przez

podmiot trzeci będzie miało charakter realny w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w sekcji III punkt 3.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie X.4.b SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. budowę lub przebudowę drogi o wartości zadania min. 1 500 000,00 zł brutto za każdą robotę.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5.11.2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.2009 Nr 206 poz. 1591), tj. w brzmieniu nieaktualnym na dzień wszczęcia postępowania, zgodnie z którym wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca B., przedstawił zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego – PRIM „P”. W treści zobowiązania ww. podmiot zobowiązał się do „*oddania wykonawcy (...), do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym w siwz (...) na cały okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia*”. Zobowiązanie to, jako charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą wskazuje „*Umowa na doradztwo i consulting w zakresie przedmiotu zamówienia*”.

Należy przy tym wskazać, iż wykonawca w formularzu ofertowym wskazywał, iż roboty objęte zamówieniem zamierza wykonać przy udziale podwykonawcy, w załączniku nr 9 do oferty zaś wykazał, jakie prace zlecone mają być podwykonawcy – bez wskazania konkretnego podmiotu.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, aktualną w dniu wszczęciu postępowania, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z powyższego wynika, że przedłożone przez wykonawcę dokumenty muszą określać, jakie zasoby, w jakim zakresie i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli ani z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Jest to szczególnie istotne, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, zaś wykonawca poza doświadczeniem podmiotu trzeciego nie wykazał żadnego własnego doświadczenia, a podmiot trzeci w zobowiązaniu nie wskazał, w jakim zakresie będzie doradzał i na jakich zasadach (np. oddeleguje na stałe doświadczonych pracowników do nadzorowania prawidłowości prowadzonych robót, czy będzie konsultował prawidłowość wykonywania robót na miejscu budowy, czy też na spotkaniach poza budową, czy będzie jedynie udzielał porad telefonicznych). Niezależnie od tego należy ponownie wskazać, że w przypadku robót budowlanych jedynym realnym sposobem udostępnienia zasobów jest podwykonawstwo. W związku z czym nie można uznać, że doradztwo i consulting stanowią sposób przekazania zasobów wiedzy i doświadczenia w sposób realny i zapewniający należyte wykonanie zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków

udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że podmiot trzeci udostępni wiedzę i doświadczenie poprzez udział w realizacji zamówienia w sposób realny i pozwalający na należyte wykonanie zamówienia.

Mając na uwadze treść powyższego przepisu, w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę B., zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia takiego dokumentu. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

7. Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w sekcji III punkt 3.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie X.4.b SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. budowę lub przebudowę drogi o wartości zadania min. 1 500 000,00 zł brutto za każdą robotę. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5.11.2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.2009 Nr 206 poz. 1591), tj. w brzmieniu nieaktualnym na dzień wszczęcia postępowania, zgodnie z którym wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu

pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca B. Sp. z o.o. Sp. k., przedstawił zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego – PUW B. Zobowiązanie to, jako charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą wskazywało umowę o podwykonawstwo i precyzowało, iż w przedmiocie udostępnienia wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania robót budowlanych, „zobowiązuje się do czynnego uczestnictwa w realizacji zamówienia przez okres wykonywania zadania na podstawie umowy o podwykonawstwo, poprzez stałe i fachowe doradztwo oraz konsultacje z Wykonawcą, dotyczące prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia”.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, aktualną w dniu wszczęciu postępowania, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z powyższego wynika, że przedłożone przez wykonawcę dokumenty muszą określać, jakie zasoby, w jakim zakresie i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli ani z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Jest to szczególnie istotne, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, zaś wykonawca poza doświadczeniem podmiotu trzeciego nie wykazał żadnego własnego doświadczenia, a podmiot trzeci w zobowiązaniu nie wskazał, w jakim zakresie będzie doradzał i na jakich zasadach (np. oddeleguje na stałe doświadczonych pracowników do nadzorowania prawidłowości prowadzonych robót, czy będzie konsultował prawidłowość wykonywania robót na miejscu budowy, czy też na spotkaniach poza budową, czy będzie jedynie udzielał porad telefonicznych). Niezależnie od tego należy ponownie wskazać, że w przypadku robót budowlanych jedynym realnym sposobem udostępnienia zasobów jest podwykonawstwo. W związku z czym nie można uznać, że doradztwo i konsultacje stanowią sposób przekazania zasobów wiedzy i doświadczenia w sposób realny i zapewniający należyte wykonanie zamówienia.

W związku z tym odnotować należy, iż pomimo wskazania w zobowiązaniu do udostępnienia wykonawcy zasobu wiedzy i doświadczenia, iż stosunek, jaki będzie łączył

podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą, będzie miał charakter umowy o podwykonawstwo, to zgodnie z tym zobowiązaniem, udział podmiotu trzeciego miał ograniczać się jedynie do doradztwa i konsultacji. Jak wskazano powyżej, taka forma udostępnienia potencjału w przypadku robót budowlanych nie jest wystarczającą dla uznania, iż stanowi realny i zapewniający należyte wykonanie zamówienia sposób przekazania zasobów wiedzy i doświadczenia. Na realność tego udostępnienia nie wpływa samo określenie udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia jako „podwykonawstwo”, gdy w rzeczywistości umowa pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem stanowi jedynie tzw. umowę o doradztwo i consulting.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że podmiot trzeci udostępni wiedzę i doświadczenie poprzez udział w realizacji zamówienia w sposób realny i pozwalający na należyte wykonanie zamówienia.

Mając na uwadze treść powyższego przepisu, w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę B. Sp. z o.o. Sp. k., zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia takiego dokumentu. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

8. Zgodnie z pkt X.1.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający, dla wykazania, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymagał przedłożenia wraz z ofertą aktualnego odpisu z właściwego

rejestr lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego.

W toku kontroli ustalono, iż wraz z ofertą wykonawcy PH „K” KW nie przedłożono ww. odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. 2015 r. poz. 584) przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. Art. 14 ust. 2 ww. ustawy stanowi, iż wpisowi do ewidencji podlegają przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi. Należy zatem uznać, iż ww. wykonawca podlegał obowiązkowi rejestracji w Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej, wobec czego powinien był złożyć wraz z ofertą właściwy odpis.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 1.08.2016 r. wskazał, iż wykonawca nie złożył ww. odpisu, zaś zamawiający, przez przeoczenie, nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentu.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PH „K” KW do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

9. W punkcie XI.3 SIWZ oraz w punkcie III.3.1) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zamieścił następującą informację: „Jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust.1 zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio do miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania”.

Mając na uwadze fakt, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dacie wejścia w życie rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), należy zauważyć, iż w treści § 4 ust. 3 obecnie obowiązującego rozporządzenia zostały wprowadzone zmiany w stosunku do uchylonego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), nieobowiązującego już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania, dotyczące oświadczenia składanego przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wykonawców zagranicznych) przed notariuszem, polegające na rezygnacji z wymogu, by notariusz był notariuszem działającym w obszarze miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powyższa regulacja umożliwia składanie oświadczeń przez podmioty zagraniczne przed polskimi notariuszami, jak również przed notariuszami kraju, w którym aktualnie przebywa wykonawca.

Z uwagi na powyższe, zawarcie przez zamawiającego powyżej przytoczonej informacji w punkcie XI.3 SIWZ oraz w punkcie III.3.1) ogłoszenia o zamówieniu stanowi naruszenie § 4 ust. 3 rozporządzenia (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.