

Sygn. akt KIO/KD 75/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 13 grudnia 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 20 listopada 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.

Krucza 10

22-400 Zamość

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKZP/WKZ6/421/35(14)/19/KO z dnia 5 5 listopada 2019 r., w przedmiocie zamówienia publicznego:

Budowa instalacji fotowoltaicznej na części zrehabilitowanej kwatery składowiska odpadów, rekultywacja części wyłączonej z eksploatacji kwatery składowiska odpadów oraz budowa drogi dojazdowej

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Członkowie: Andrzej Niwicki

Anna Packo

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie w części.

UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (dalej: Zamawiający) przeprowadziło, w trybie przetargu nieograniczonego, z wykorzystaniem procedury, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: ustawa Pzp albo Prawo zamówień publicznych), postępowanie na budowę instalacji fotowoltaicznej na części zrehabilitowanej kwatery składowiska odpadów, rekultywację części wyłączanej z eksploatacji kwatery składowiska odpadów oraz budowę drogi dojazdowej. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 10 sierpnia 2017 r. Wartość postępowania, w którym przeprowadzono kontrolę, oszacowano na kwotę 6 948 670,59 zł, co stanowiło równowartość 1 664 392,10 euro.

W tymże postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przeprowadził kontrolę doraźną następczą, w wyniku której w informacji o wyniku kontroli z dnia 5 listopada 2019 r. stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy:

- 1) art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podziału przedmiotowego zamówienia na części;
- 2) art. 5c ustawy Pzp, poprzez zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia jako usługę, a nie roboty budowlane;
- 3) art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, nie przewidując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, iż będzie stosował procedurę, o której mowa we wskazanym przepisie ustawy Pzp;
- 4) art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niedokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie zmiany warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wymaganego doświadczenia;
- 5) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez zawężenie treści wymaganego dokumentu w przedmiotowym postępowaniu, w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej;
- 6) art. 5c ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez ograniczenie do okresu 3 lat okresu, za jaki wykonawcy mogli się wykazać, wykonaniem wymaganych robót budowlanych;

- 7) art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, poprzez nieokreślenie wymogu zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na umowę o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, przy założeniu, że ich wykonanie polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy;
- 8) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie zastrzeżenia w Rozdziale I pkt 7.1. siwz *Przed upływem terminu składania ofert zamawiający może zmodyfikować treść specyfikacji, za wyjątkiem kryterium oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania*;
- 9) art. 86 ust. 3 oraz art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez podanie kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert w wartości netto (bez uwzględnienia wartości podatku od towarów i usług) oraz odwołując się do powyższej wartości w „Informacji z otwarcia ofert w postępowaniu”;
- 10) art. 20a ustawy Pzp, nie zapewniając nadzoru nad realizacją udzielonego zamówienia od jego początku;
- 11) art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy SOLAR PARK ZAMOŚĆ P.S., B.S., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza do złożenia kosztorysu ofertowego;
- 12) art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez niezamieszczenie w informacji z otwarcia ofert, wszystkich informacji wskazanych w dyspozycji art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

Prezes UZP ustalił i stwierdził, co następuje:

1. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, przedmiot zamówienia obejmował budowę instalacji fotowoltaicznej na części zrehabilitowanej kwatery składowiska odpadów, rekultywację części wyłączonej z eksploatacji kwatery składowiska odpadów oraz budowę drogi dojazdowej.

Przedmiot zamówienia w zakresie: budowy drogi dojazdowej dla dowozu materiałów do rekultywacji częściowej wyłączonej z eksploatacji kwatery składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w m. Dębowiec o powierzchni 1,43 ha zgodnie z dokumentacją projektową, obejmuje wykonanie następującego zakresu robót: budowę drogi, kategorii ruchu KR 1, długości 232,68 m, szerokości 4,0 m jednopasowej, dwukierunkowej o nawierzchni z płyt żelbetowych; budowę przepustu z rur spiralnie karbowanych HDPE, SN 8 Ø 800 mm, budowę odwodnienia rowami drogowymi; przebudowę istniejącego rowu opaskowego - korekty przed wlotem do przepustu i za wylotem z przepustu; budowę obustronnego pobocza o szerokości 1 m; zabezpieczenie istniejącego piezometru - obudowanie kręgiem żelbetowym Ø 1000 mm i wysokości 1000 mm; przywrócenie do stanu

pierwotnego drogi dojazdowej do RZZO i drogi wewnętrznej na odcinku użytkowanym przez wykonawcę w czasie realizacji przedmiotu zamówienia.

Przedmiot zamówienia w zakresie: rekultywacji częściowej wyłączonej z eksploatacji kwatery składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w m. Dębowiec o powierzchni 1,43 ha zgodnie z dokumentacją projektową z zastosowaniem Wariantu II, która w ramach realizacji obejmuje wykonanie następującego zakresu robót: ukształtowanie czaszy składowiska z uwzględnieniem aktualnej niwelety terenu zgodnie z dokumentacją projektową na budowę instalacji fotowoltaicznej o mocy 0,7 MW. Wykonawca musi uwzględnić ukształtowanie czaszy składowiska najkorzystniejszej pod względem posadowienia elementów prefabrykowanych pod późniejszą budowę instalacji fotowoltaicznej; wykonanie warstwy rekultywacyjnej według określonych warstw w dokumentacji projektowej i przedmiarze robót; przywrócenie do stanu pierwotnego drogi dojazdowej do RZZO i drogi wewnętrznej na odcinku użytkowanym przez wykonawcę w czasie realizacji przedmiotu zamówienia.

Przedmiot zamówienia w zakresie: budowy na terenie zrekultywowanej kwatery instalacji fotowoltaicznej zgodnie z dokumentacją projektową, obejmuje wykonanie następującego zakresu robót: dostawę oraz montaż prefabrykowanych konstrukcji stołów pod panele fotowoltaiczne; dostawę wraz z montażem 14 inwerterów i 2058 szt. wolnostojących paneli fotowoltaicznych; dostawę wraz z montażem słupków kablowych; położenie kabli nnYKXS 5 x 16 mm² od inwerterów do słupka kablowego; położenie kabli nnYAKY 5 x 150 mm² od słupka kablowego do stacji trafo; dostawę, posadowienie stacji trafo; budowę linii kablowej SN XRUHAKXs; montaż urządzeń monitoringu pracy; montaż urządzeń monitoringu wizyjnego; montaż urządzenia inteligentnego zarządzania energią; montaż urządzenia antypompującego; budowę konstrukcji wsporczej paneli fotowoltaicznych; rozbudowę istniejącej stacji Mrw-b 15/2x1000-4; zagospodarowanie terenu budowy; przywrócenie do stanu pierwotnego drogi dojazdowej do RZZO i drogi wewnętrznej na odcinku użytkowanym przez wykonawcę w czasie realizacji przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że realizacja przedmiotu zamówienia musi się rozpocząć od Zadania III - budowy drogi dojazdowej, następnie Zadania II - Częściowa rekultywacja wyłączonej z eksploatacji niecki składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w m. Dębowiec. Po zrealizowaniu powyższych zadań i przyznaniu dofinansowania wykonawca miał przystąpić do budowy instalacji fotowoltaicznej.

Mając na uwadze wyżej opisany przedmiot zamówienia w zakresie Zadania I, Zadania II i Zadania III, wskazano na treść art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp, w którym ustawodawca wskazał na „możliwość” podziału zamówienia na części, określając zakres i

przedmiot tych części. To zamawiający podejmuje decyzję o podziale zamówienia na części w zależności od swoich potrzeb, jednak musi kierować się także zasadą zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy Pzp). Brak podziału zamówienia na części, jeśli będzie skutkować brakiem możliwości ubiegania się mniejszych podmiotów o zamówienia, może stanowić naruszenie ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. Zamawiający uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się wyłącznie na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m.in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału zamówienia na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej, w przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności, czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku.

Należy podkreślić, iż przepis art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp nie nakłada bezwzględnego obowiązku podziału zamówienia na części, stanowi natomiast o uprawnieniu zamawiającego do podziału zamówienia i nie zawiera wprost obowiązku wyjaśniania przez zamawiającego przyczyn, dla których nie zastosował podziału zamówienia. Taki obowiązek wynika natomiast z normy ujętej w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp dotyczącej prowadzenia protokołu postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu, w pkt 2.2. protokołu postępowania (druk ZP-PN) zamawiający uzasadnił brak podziału zamówienia na części w następujący sposób: *Największa zakresem oraz wartością zamówienia część będzie realizowana po zrealizowaniu budowy i rekultywacji. Dlatego też zamawiający zdecydował, że realizację całości powinien wykonać jeden wykonawca, który udzieli wymaganej gwarancji bez kwestionowania jakości wykonania poprzednich zadań.* Powyższe uzasadnienie zamawiającego jest bardzo ogólne i nie wskazuje konkretnych przesłanek przemawiających za brakiem podziału zamówienia na części. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia obejmujący trzy wyodrębnione zadania, należy wskazać, iż każde z tych zadań mogłoby stanowić odrębny przedmiot zamówienia i być realizowane przez różne podmioty. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 02.01.2017 r. (sygn. akt: KIO 2346/16). W wyroku z dnia 8 listopada 2016 r. (sygn. akt: KIO 2018/16) Izba wprost nakazała zamawiającemu podzielenie zamówienia na pięć części.

Argumentacją przemawiającą za podziałem, przedmiotowego zamówienia na części jest również fakt, iż poszczególne zadania były realizowane kolejno po sobie, tj.: *realizacja przedmiotu zamówienia musi się rozpocząć od Zadania III – budowy drogi dojazdowej, następnie Zadanie II – częściowa rekultywacja wyłączona z eksploatacji niecki składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i objęte w m. Dębowiec. Po zrealizowaniu powyższych zadań i przyznaniu dofinansowania wykonawca przystąpi do budowy instalacji fotowoltaicznej.*

W związku z powyższym należy wskazać, iż brak podziału zamówienia na części w przedmiotowym postępowaniu stanowi naruszenie art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Przedmiotowe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania

2. Ogłoszenie o zamówieniu przekazane zostało Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 08.08.2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S 152-316075 z dnia 10.08.2017 r. W przedmiotowym ogłoszeniu, przedmiot zamówienia został zakwalifikowany jako usługa. Opis przedmiotu zamówienia (pkt 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3 siwz) oraz warunki jakie muszą spełniać wykonawcy, tj.: *Wykonawca spełni warunek jeżeli, przedstawi wykaz usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie 3 lat,*

a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie. Zamawiający wymaga od wykonawcy wykazania się, że wybudował łącznie z uruchomieniem instalację fotowoltaiczną o mocy 500 kWp oraz rekultywację kwatery składowiska odpadów o powierzchni min. 1 ha (pkt 5.2.4 siwz po modyfikacji z dnia 08.09.2017 r.); Wykonawca spełni warunek, jeżeli złoży oświadczenie, że będzie dysponował osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe, uprawnienia niezbędne do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tj.: kierownikiem budowy (1 osobą) posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżyniersko-drogowej oraz posiadającym doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej przy realizacji co najmniej 1 zadania inwestycyjnego polegającego na budowie lub przebudowie drogi o wartości robót nie mniejszej niż 500.000 zł netto oraz kierownikiem budowy (1 osobą) posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, która pełnić będzie funkcję kierownika robót (pkt 5.2.5 siwz); Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej dwoma pojazdami o ładowności minimum 20 Mg, jedną koparką o pojemności łyżki min. 0,4 m³, walcem o nacisku min. 15 Mg, spycharką gaśnicową o mocy min. 140 KM (pkt 5.2.3 siwz) wskazują natomiast, że przedmiotowe postępowanie dotyczy robót budowlanych.

Jak wynika z powyższego, na potwierdzenie zdolności technicznej zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował sprzętem budowlanym, a na potwierdzenie zdolności zawodowej, aby wykonawca dysponował osobami posiadającymi uprawnienia budowlane. Powyższe wydaje się zasadne w odniesieniu do art. 29 ust. 2 pkt 16 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, zgodnie z którym, pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na montażu urządzeń fotowoltaicznych o zainstalowanej mocy elektrycznej do 40 kW. Katalog obiektów niewymagających pozwolenia na budowę, lecz wymagających zgłoszenia zawarty został w art. 30 ust. 1 ustawy – Prawo budowlane. Przepis ten nie zawiera wprost nakazu dokonywania zgłoszenia montażu urządzeń fotowoltaicznych o zainstalowanej mocy elektrycznej do 40 kW. W obecnym stanie prawnym, wobec nowego brzmienia art. 29 ust. 2 pkt 16 ustawy – Prawo budowlane, należy stwierdzić, że pozwolenia na budowę, ani zgłoszenia, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy – Prawo budowlane, nie wymaga prowadzenie robót budowlanych polegających na montażu urządzeń fotowoltaicznych o zainstalowanej mocy elektrycznej do 50 kW. Nieistotny jest

także cel, dla jakiego urządzenia te będą montowane, tj. czy ich zadaniem będzie zapewnienie możliwości użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, a tym samym stanowić będą urządzenia budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 9 ustawy – Prawo budowlane, czy też będą produkowały energię elektryczną w celu jej dalszej odsprzedaży. Wyjątek od powyższej zasady przewidziany został w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo budowlane. Zgodnie z tym przepisem, prowadzenie robót budowlanych polegających na montażu urządzeń fotowoltaicznych o zainstalowanej mocy elektrycznej do 50 kW wymaga uzyskania pozwolenia na budowę w przypadku, gdy stanowią one przedsięwzięcie wymagające przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, oraz przedsięwzięcia wymagające przeprowadzenia oceny oddziaływania na obszar Natura 2000, zgodnie z art. 59 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. z 2013 r. 1235, z późn. zm.). Natomiast prowadzenie robót budowlanych polegających na montażu urządzeń fotowoltaicznych o zainstalowanej mocy elektrycznej wyższej niż 50 kW, w każdym przypadku wymaga uzyskania pozwolenia na budowę. Powyższe wynika z faktu, iż przepis art. 29 ust. 2 pkt 16 ustawy Prawo budowlane stanowi *lex specialis* w stosunku do innych robót budowlanych wymienionych w art. 29 ustawy – Prawo budowlane. Podkreślenia wymaga fakt, że art. 30 ustawy Prawo budowlane zawiera wyliczenie przypadków, w których wymagane jest zgłoszenie właściwemu organowi budowy lub robót budowlanych wymienionych w art. 29 ustawy Prawo budowlane. Zgodnie z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy Prawo budowlane, zgłoszenia wymaga m.in. wykonywanie robót budowlanych polegających na instalowaniu urządzeń o wysokości powyżej 3 m na obiektach budowlanych. Tym samym, instalowanie na obiekcie budowlanym urządzeń fotowoltaicznych o zainstalowanej mocy elektrycznej do 50 kW o wysokości powyżej 3 m wymaga dokonania zgłoszenia.

W wyjaśnieniach z dnia 04.03.2019 r. zamawiający wskazał, że *Przedmiotowe zamówienie zostało oszacowane na podstawie kosztorysu inwestorskiego, którego łączna wartość wynosiła 6.948.670,59 zł netto. Największa wartość w zamówieniu stanowiła instalacja fotowoltaiczna wynosząca 5.049.402,07 zł, z czego wartość zakupu paneli fotowoltaicznych oraz stacji TRAF0 wynosiła odpowiednio: 2.750.280,54 i 658.125,00 (3.408.405,54 zł). W zakresie robót budowlanych mieściło się jedynie posadowienie prefabrykowanych elementów pod konstrukcje wsporcze paneli oraz posadowienie stacji TRAF0. Pozostały zakres obejmował prace montażowe wyraźnie wskazujące na usługę. Stąd zakwalifikowanie zamówienia jako usługę, a nie robotę budowlaną. Wartość tego Zadania, a zwłaszcza wartość dostaw paneli fotowoltaicznych oraz stacji TRAF0 w ocenie zamawiającego zdecydowało o takiej kwalifikacji.* Jak wynika z powyższych wyjaśnień, w przedmiotowym postępowaniu instalacja fotowoltaiczna stanowiła najwyższą wartość

zamówienia. Zgodnie z pkt 1.2.1 siwz przedmiot niniejszego zamówienia obejmował budowę instalacji fotowoltaicznej o mocy 0,7 mW, tj. instalacji o mocy większej od 40 kW, według stanu na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania. W związku z powyższym, zamawiający błędnie zakwalifikował przedmiot zamówienia jako usługę zamiast roboty budowlanej.

Art. 5c ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy Pzp (np. zamówienia na zasadach ogólnych), obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi. Istotne jest to, co jest główne przedmiotowo, a nie wartościowo. W świetle powyższego, błędnym było zakwalifikowanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia jako usługi. Wskazać należy, iż w dokumentacji przedmiotowego postępowania znajduje się Decyzja nr 184.2017 Starosty Zamojskiego zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. obejmujące *instalację fotowoltaiczną o mocy do 1 MW na potrzeby własne Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Dębowcu*, co również potwierdza, iż przedmiot zamówienia powinien być uznany jako robota budowlana.

W związku z powyższym, zamawiający poprzez zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia jako usługę, a nie roboty budowlane, naruszył treść art. 5c ustawy Pzp. Przedmiotowe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Zgodnie z treścią art. 24aa ustawy Pzp, zamawiający może w postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może przewidzieć zastosowanie tzw. „procedury odwróconej”, w ramach prowadzonego przetargu nieograniczonego. Brak przewidzenia zastosowania tej procedury, zgodnie z ww. przepisem ustawy Pzp, z całą pewnością uniemożliwia zamawiającemu skorzystanie z udogodnień przewidzianych tym przepisem.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie przewidział w siwz oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, że będzie stosować procedurę określoną w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Również w pkt 9 protokołu postępowania (druk ZP-PN) zamawiający nie zaznaczył, czy stosował przedmiotową procedurę. W toku prowadzonej kontroli, w piśmie z dnia 04.10.2019

r. zamawiający wyjaśnił, iż *Tak, potwierdzamy, że Zamawiający zastosował procedurę określoną w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdzeniem tego są wezwania Wykonawcy J.A.T., który po ocenie złożył najkorzystniejszą ofertę, do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 w terminie określonym w art. 26 ust. 1. W załączeniu przedstawiamy korespondencję Zamawiającego z Wykonawcą związaną z uzupełnieniem dokumentów.*

Zamawiający nie przewidując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, iż będzie stosował procedurę, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, naruszył przepis tego artykułu. Przedmiotowe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Jak wynika z dokumentacji postępowania, w trakcie prowadzonego postępowania, wykonawcy zwracali się z pytaniami dotyczącymi m.in. zapisów siwz. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców zadane w terminie oraz dokonał modyfikacji siwz w dniu 29.08.2017 r. w zakresie m.in. warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej wykonawcy (pkt 5.2.4 siwz), tj. zmienił zapis pkt 5.2.4 siwz dot. wymagań i warunków, które muszą spełnić wykonawcy w zakresie zdolności zawodowej na następujący: „Wykonawca spełni warunek jeżeli, przedstawi wykaz usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie. Zamawiający wymaga od wykonawcy wykazania się, że wybudował łącznie z uruchomieniem instalację fotowoltaiczną o mocy min. 500 kWp oraz rekultywację kwatery składowania odpadów o powierzchni min. 1 ha”.

W toku prowadzonej kontroli, zamawiający został poproszony o wyjaśnienie, czy w związku z dokonaną modyfikacją siwz, zamawiający dokonał również zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, zamawiający został poproszony o uzupełnienie dokumentacji we wskazanym zakresie, tj. o ogłoszenie o zmianie ogłoszenia /sprostowaniu ogłoszenia. W odpowiedzi na powyższe, zamawiający wyjaśnił, że *Zamawiający dokonując modyfikacji siwz w zakresie warunków udziału w postępowaniu przychylił się do podnoszonych przez Wykonawcę sugestii złagodził stawiane wymagania. W ocenie zamawiającego dokonana modyfikacja nie była istotna stąd też nie dokonano sprostowania ogłoszenia.*

Stosownie do treści 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 ustawy Pzp.

Brzmienie przepisu art. 38 ust. 4a Pzp jest jednoznaczne. Każda zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonana w przetargu nieograniczonym, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, skutkuje obowiązkiem zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia. Zamawiający nie dokonując zmiany treści ogłoszenia w powyższym zakresie, naruszył treść art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp. Przedmiotowe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Zgodnie z Rozdziałem I pkt 5.2.2. siwz: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) przedstawi kserokopię polisy odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę gwarancyjną minimum 1.000.000 złotych.*

W myśl 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. Wykaz dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zawiera Rozporządzenie 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”.

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania 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. Jak wynika z rozporządzenia, przedłożona wraz z ofertą polisa powinna potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS wykonawcy. Wystarczy, że ubezpieczenie odnosi się do faktycznie

wykonywanej przez firmę działalności (wyrok KIO z dnia 19 maja 2008 r., KIO/UZP 429/08). Przedmiotem badania przez zamawiającego powinno być tylko ubezpieczenie wykonawców w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający poprzez zawężenie treści wymaganego dokumentu w przedmiotowym postępowaniu, w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej, naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia. Przedmiotowe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Zamawiający w Rozdziale I pkt 5.2.4. siwz dot. wymagań i warunków, które muszą spełnić wykonawcy oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków w zakresie zdolności zawodowej wymagał: *Wykonawca spełni warunek jeżeli, przedstawi wykaz usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie. Zamawiający wymaga od wykonawcy wykazania się, że wybudował łącznie z uruchomieniem instalację fotowoltaiczną o mocy min. 500 kWp oraz rekultywację kwatery składowania odpadów o powierzchni min. 1 ha.*

Nawiązując do naruszenia art. 5c ustawy Pzp poprzez zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia jako usługi, a nie roboty budowlanej wskazanego w pkt 2) protokołu kontroli, należy wskazać, że zamawiający na potwierdzenie spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, powinien był żądać dokumentu określonego w § 2 ust. 4 pkt 1 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”. Sama treść stawianego warunku *wybudował łącznie z uruchomieniem instalację fotowoltaiczną o mocy min. 500 kWp oraz rekultywację kwatery składowania odpadów o powierzchni min. 1 ha*”, jednoznacznie wskazuje, iż przedmiotem jest robota budowlana. Ponadto dokument wskazany w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia odnosi się do dostaw lub usług „wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (...), a powinien zgodnie z w § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia do robót budowlanych *wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (...)*. Tym samym, zamawiający dokonał ograniczenia do okresu 3 lat, za okres jaki wykonawcy mogli się wykazać, wykonaniem wymaganych robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż zamawiający naruszył treść art. 5c ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia. Przedmiotowe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

7. Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienie przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.).

W toku prowadzonej kontroli, zamawiający został wezwany o wyjaśnienie, czy zamawiający zastosował w opisie przedmiotu zamówienia dyspozycję art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, a jeżeli tak, został poproszony o wskazanie, które zapisy w dokumentacji o tym świadczą. W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w piśmie z dnia 04.10.2019 r. wskazał *W umowie znajduje się w § 26 zapis z alternatywną treścią do zaznaczenia na jakiej podstawie Wykonawca zatrudnia pracowników. Wykonawca realizował przedmiot umowy zlecając wykonanie poszczególnych zakresów podwykonawcom na podstawie zawartych umów o podwykonawstwo. W § 26 projektu umowy zamawiający zapisał Wykonawca oświadcza, że jako osoba fizyczna wykonująca działalność gospodarczą zarejestrowaną w RP zatrudniam pracowników /zawieram umowy ze Zleceniodawcami.*

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy lub podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy określa konstytutywne cechy stosunku pracy: a) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, b) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy, c) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, d) i w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy to zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. W zakresie

oceny, czy dana czynność ma charakter stosunku pracy pomocne może być bogate orzecznictwo sądów pracy. Analizując opis przedmiotu zamówienia, w tym określając katalog czynności, których wykonanie będzie zawierało cechy stosunku pracy w rozumieniu Kodeksu pracy, zamawiający jest zobowiązany do wyspecyfikowania wszystkich takich czynności.

Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji, etc. Obie opisane powyżej przypadki nie tylko mogą skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych cenowo ofert (wykonawcy mogą różnie oceniać charakter tego samego stosunku, którego ocena należy do zamawiającego), ale też są niezgodne z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który w odniesieniu do precyzji opisu przedmiotu zamówienia zachowuje swoją moc.

Ściśle z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp koreluje brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp, zgodnie z którym, gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez zamawiającego, wówczas zamawiający jest zobowiązany w świetle art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności: a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp; b) uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań; c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. b ustawy Pzp uprawnia zamawiającego do kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Przepis wskazuje, że sposób kontroli i ewentualne sankcje z tytułu niespełnienia wymagań (np. w formie kar umownych) winny zostać wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić jednak należy, że w celu zapewnienia ich skuteczności właściwym miejscem na ich opisanie będzie projekt umowy, a następnie umowa podpisana z wykonawcą.

W związku z powyższym, zamawiający nie określając wymogu zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na umowę o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, przy założeniu, że ich wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, naruszył treść art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp. Przedmiotowe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

8. W Rozdziale I pkt 7.1 siwz znajduje się zapis: *Przed upływem terminu składania ofert zamawiający może zmodyfikować treść specyfikacji, za wyjątkiem kryterium oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania*. Jednocześnie wskazać należy, iż w toku postępowania, pismem z dnia 29.08.2017 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców oraz dokonał modyfikacji siwz w zakresie warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej wykonawcy (pkt 5.2.4 siwz).

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający w uzasadnionych przypadkach może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio.

Jak wynika z powyższego, przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp nie ogranicza zakresu w jakim siwz może ulec zmianie. Tak więc, zamawiający mają prawo do zmiany wszystkich jej zapisów, w tym kryterium oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania. W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający formułując zastrzeżenie w Rozdziale I pkt 7.1. siwz naruszył treść art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Przedmiotowe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

9. W pkt 11.2. protokołu postępowania (druk ZP-PN) zamawiający wskazał, że: *Bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie: zamówienia w wysokości 6.948.670,59 zł netto (...)*. Ponadto, zamawiający zamieszczając na swojej stronie informację, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp wskazał: *Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia: 6.948.670,59 złotych netto*.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tę samą kwotę zamawiający jest zobligowany podać w informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że nie można utożsamiać kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, z wartością zamówienia szacowaną przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32-35 ustawy Pzp. Podkreślić bowiem należy, iż zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą

ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast w myśl art. 86 ust. 3 i 5 pkt 1 ustawy Pzp, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a informacje dotyczące tej kwoty zamieszcza na stronie internetowej. Sformułowanie „kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” użyte w tych przepisach oznacza, że zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaką rzeczywiście może wydatkować na zamówienie. Tym samym, kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą brutto i powinna zawierać podatek od towarów i usług.

Celem art. 86 ust. 3 i 5 ustawy Pzp jest ustanowienie swoistej gwarancji wyboru oferty wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, pod warunkiem, że zaproponowana przez niego cena nie przekroczy kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (co mogłoby być przesłanką unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Wobec faktu, iż ceny ofert są cenami brutto, kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia również powinna być wyrażona kwotą brutto, aby zapewnić jej porównywalność z ceną oferty. Wobec powyższego, podanie kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jako kwoty netto stanowi naruszenie art. 86 ust. 3 i 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający podając kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert w wartości netto (bez uwzględnienia wartości podatku od towarów i usług) oraz odwołując się do powyższej wartości w „Informacji z otwarcia ofert w postępowaniu” Nr ZZ/153/2017 r., naruszył dyspozycję art. 86 ust. 3 oraz art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

10) Z pkt 4.3 protokołu postępowania (druk ZP-PN) wynika, iż zamawiający nie powołał zespołu osób o którym mowa w art. 20a ustawy Pzp oraz nie wskazał osób wykonujących czynności w nadzorze nad realizacją udzielonego zamówienia. Wartość szacunkowa niniejszego postępowania wynosi 6.948.670,59 zł (tj. 1.664.392,10 euro).

Zgodnie z dyspozycją art. 20a ust 1 ustawy Pzp, w przypadku zamówienia na roboty budowlane lub usługi, którego wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1.000.000 euro, do nadzoru nad realizacją udzielonego zamówienia powołuje się zespół osób. Zespołu osób nie powołuje się, jeżeli zamawiający w inny sposób zapewnia udział co najmniej dwóch członków komisji przetargowej w nadzorze nad realizacją udzielonego zamówienia (art. 20a ust. 4 ustawy Pzp).

W toku prowadzonej kontroli zamawiający wyjaśnił, że zapewnił udział co najmniej dwóch członków komisji w nadzorze nad realizacją zamówienia w ten sposób, że w skład komisji odbiorowej wchodzi Kierownik Zakładu i jedna osoba z komisji przetargowej dla każdego postępowania (art. 20a ust. 4). W przedmiotowym postępowaniu przedstawiało się to w następujący sposób: 1. Komisja przetargowa została powołana przez Prezesa Zarządu dokumentem o nazwie Kwalifikacja zamówienia publicznego (dokument w załączeniu). W skład komisji wchodziły dwie osoby z Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Dębowcu (dalej: RZZO), tj. pan M. B. - Kierownik, pan K. K.- Zastępca Kierownika RZZO oraz dwie osoby z działu ds. Zamówień Publicznych, tj. pan P. S.i pan M.K.; 2. Następnie, gdy wykonawca złożył faktury częściowe do zapłaty, zamawiający powołał Zarządzeniem Nr 6/2019 Komisję do odbioru częściowego, w skład której weszły dwie osoby z komisji przetargowej, tj. pan M. B. i pan Pi. S.; 3. Po złożeniu przez wykonawcę informacji o gotowości do odbioru przedmiotu umowy zamawiający powołał komisję do odbioru końcowego, w skład której wchodziły osoby powołane do Komisji do odbioru częściowego oraz dodatkowo pan K. K.. Ostatecznie Protokół odbioru końcowego został podpisany pod nieobecność p. M. B.(zwolnienie lekarskie) przez p. K. K.i p. P. S. - czyli dwóch członków komisji przetargowej (wymienione dokumenty w załączeniu).

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający miał obowiązek powołać zgodnie z art. 20a ust. 1 ustawy Pzp zespół osób lub zgodnie z ust. 4 wskazanego artykułu, w inny sposób zapewnić udział co najmniej dwóch członków komisji przetargowej w nadzorze nad realizacją udzielonego zamówienia. Z powyższych wyjaśnień wynika, iż zamawiający nie zapewnił nadzoru nad realizacją przedmiotowego zamówienia od początku tj. od momentu podpisania umowy. Jak wyjaśnił zamawiający, dopiero do odbioru częściowego zostały powołane osoby, które jednocześnie wchodziły w skład komisji przetargowej.

W związku z powyższym, zamawiający nie zapewniając nadzoru nad realizacją udzielonego zamówienia od jego początku naruszył przepis art. 20a ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

11) W Rozdziale III, pkt 9.1. siwz zamawiający wskazał, że za wykonanie całości przedmiotu umowy, zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe łączne w wysokości wynikającej z oferty wykonawcy. Jednocześnie w pkt 7 Części II Formularza oferty znajdował się zapis: *Oświadczamy, że: wartości wymienione w pkt 1 zawierają wszystkie elementy i koszty zawarte w kosztorysie ofertowym stanowiącym Załącznik do niniejszej oferty. (...).*

Jak wynika z treści dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, wybrany wykonawca SOLAR PARK ZAMOŚĆ P. S., B. S. nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego. W związku z powyższym, pismem z dnia 25.10.2017 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał ww. wykonawcę do złożenia w terminie do dnia 30.10.2017 r. kosztorysu ofertowego, o którym mowa w Części II pkt 7 Formularza oferty. Pozostałe dokumenty składane na wezwanie zamawiającego zostały załączone bezpośrednio do oferty. W odpowiedzi na powyższe, w terminie wymaganym przez zamawiającego, ww. wykonawca przedłożył wymagane kosztorysy ofertowe.

W związku z tym, należy wskazać na przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, który przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji, obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt 2 wskazana została okoliczność, kiedy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy, należy posłużyć się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.).

Z brzmienia tego przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Niezgodność treści oferty z treścią siwz, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada siwz pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Biorąc pod uwagę powyższe można wskazać, iż oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w siwz redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany np.: w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, sposobu jego świadczenia jak również terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponieważ żaden przepis ustawy Pzp nie reguluje zagadnienia sposobu określania wynagrodzenia wykonawcy, ani nie daje wytycznych dotyczących opisu sposobu obliczenia ceny, kwestie te są normowane przez zamawiającego w siwz. Wzorując się na przepisach Kodeksu cywilnego odnoszących się do umowy o dzieło, przyjęło się w praktyce zamówień publicznych, iż najczęściej stosowany jest jeden z dwóch sposobów wynagradzania wykonawców, tj. wynagrodzenia kosztorysowego oraz ryczałtowego. Wybór pomiędzy nimi, ich modyfikacja, tudzież zastosowanie innej formy wynagradzania wykonawcy na potrzeby

udzielenia konkretnego zamówienia zostały pozostawione decyzji zamawiającego. Przy rozstrzygnięciu tego problemu jest on związany przepisami Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

Jednocześnie należy wskazać, że udostępniana przez zamawiającego wykonawcom dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane powinna obejmować w szczególności dwie kategorie, a mianowicie: opis przedmiotu zamówienia i opis sposobu obliczania ceny. Opis przedmiotu zamówienia w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego może przy tym obejmować: a) jedynie projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, na podstawie których wykonawca samodzielnie oblicza cenę za realizację zamówienia; b) również przedmiar robót opracowany przez zamawiającego, wskazujący m.in. podstawy do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych niezbędnych do wykonania robót, do którego załącza on adnotację, że stanowi on jedynie informację o charakterze pomocniczym, służącą sporządzeniu oferty, a na podstawie którego wykonawca szacuje cenę oferty sporządzając kalkulację w ramach kosztorysu ofertowego uproszczonego.

Należy zatem wskazać, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady przymus wypełniania przez wykonawcę dostarczonego przez zamawiającego przedmiaru cenami jednostkowymi robót nie znajduje uzasadnienia, bowiem wykonawca składając ofertę deklaruje, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z przekazaną dokumentacją, natomiast przedmiar przekazywany wykonawcy może zawierać błędy co do rodzaju i ilości robót wynikających z całości dokumentacji projektowej służącej opisowi przedmiotu zamówienia, które przy sztywnym określeniu ceny ryczałtu poprzez odesłanie do przedmiaru prowadzą do nieuprawnionego ograniczenia w kalkulowaniu ceny ryczałtowej przez wykonawcę, a w konsekwencji do pozbawienia możliwości żądania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji projektowej, ale nie ujęte w przekazanym wykonawcy przez zamawiającego przedmiarze. Stąd, niezbędne w opisie sposobu obliczenia ceny jest takie wskazanie, które umożliwi określenie wynagrodzenia nie w oparciu o przedmiar, ale w oparciu o projekty (budowlany, wykonawczy), bądź w oparciu o specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i warunki umowy.

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia (w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego), żądanie zamawiającego załączenia kosztorysu zasadniczo powinno służyć wykonawcom jako materiał informacyjno - pomocniczy dla opracowania oferty oraz późniejszej jej oceny przez zamawiającego, między innymi w aspekcie zachowania zasad uczciwej konkurencji. Tym samym, brak dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego przez wykonawcę przy założeniu, że zamawiający przewidział

w siwz rozliczenie ryczałtowe za wykonanie zamówienia, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto należy wskazać na przepis z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, 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. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Zamawiający dokonuje zatem weryfikacji pod kątem wykazania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jedynie w odniesieniu do tego wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej. Tym samym zamawiający wzywa tego wykonawcę do przedłożenia oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i braku podstaw do wykluczenia z postępowania, a wyszczególnionych w rozporządzeniu 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).

W związku z powyższym, wezwanie wykonawcy SOLAR PARK ZAMOŚĆ P. S., B. S., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza do złożenia kosztorysu ofertowego, stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ kosztorys nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie należy stwierdzić, iż ponieważ w przedmiotowym postępowaniu przyjęto wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu zamówienia, a tym samym brak kosztorysu w ofercie nie stanowił podstawy do jej odrzucenia, ww. naruszenie ustawy Pzp nie miało wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty.

12) Zamawiający w dniu 12.09.2017 r. zamieścił na stronie internetowej informację z otwarcia ofert na podstawie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp. W przedmiotowym dokumencie zamawiający wskazał wykonawców, którzy złożyli oferty, cenę netto i brutto oferty oraz okres udzielonej gwarancji. Stosownie do treści art. 86 ust. 5 ustawy Pzp niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące: 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie; 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Jak wynika z powyższego zamawiający nie

zamieścić wszystkich informacji wskazanych w dyspozycji art. 86 ust. 5 ustawy Pzp i tym samym naruszył ww. przepis. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy i w dniu 20 listopada 2019 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. Zamawiający nie odniósł się do naruszeń opisanych powyżej w pkt 2.3-2.5, 2.7-2.12 (a więc w tym zakresie nie wniósł zastrzeżeń), natomiast polemizował z pozostałymi stwierdzeniami odnośnie naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

W pkt 1 zastrzeżeń zamawiający odniósł się do naruszenia art. 36aa ust. 1 w zw. art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp (dot. pkt 2.1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej), uzasadniając zaniechanie dokonania podziału przedmiotowego zamówienia na części m.in. poprzez wskazanie, że *Brak podziału przedmiotowego zamówienia na części wynika ze złożoności zadania inwestycyjnego oraz z faktu, że nie były to odrębne zadania inwestycyjne, które nie oddziaływałyby na siebie i można by je było wykonywać osobno.(...) Podział inwestycji na części znacznie utrudniłby koordynację wykonania przedmiotowego zamówienia, ponieważ w przypadku wykonywania każdej z części przez innego wykonawcę należyte wykonanie części przedmiotu zamówienia uzależnione byłoby od poprzedniego wykonawcy i należytego (lub też nienależytego) wykonania przez niego części poprzedzającej. Zamawiający nie miałby praktycznie żadnej możliwości koordynowania działań wykonawców w przypadku, gdy części przedmiotowego zamówienia nie byłyby wykonywane jednocześnie (koordynowane przez zamawiającego), lecz rozpoczęcie wykonywania kolejnej części przedmiotowego zamówienia mogłoby rozpocząć się dopiero po zakończeniu wykonywania poprzedzającej je części zamówienia.*

Zamawiający podkreślał ponadto, iż *podział przedmiotowego zamówienia na części groził nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia lub szkodą znacznych rozmiarów w majątku zamawiającego, ponieważ dochodzenie ewentualnych roszczeń z tytułu gwarancji również byłoby znacznie utrudnione lub w ogóle skazane na niepowodzenie z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie wątpliwości czy za ewentualne przemieszczenie elementów prefabrykowanych i uszkodzenie lub zniszczenie paneli fotowoltaicznych odpowiada Wykonawca Zadania II (rekultywacja) czy Zadania I (montaż paneli fotowoltaicznych). (...) Zamawiający wskazuje również na bardzo istotny fakt, iż starał się o dofinansowanie Zadania I z funduszy UE, które stawiały bardzo rygorystyczne warunki odnośnie zachowania terminów wykonania przedmiotowego zamówienia, utrzymania żywotności projektu przez okres 5 lat, pod rygorem nałożenia na zamawiającego dotkliwych konsekwencji finansowych. O fakcie tym zamawiający informował potencjalnych oferentów w treści siwz. (. . .) Zamawiający wskazuje, iż uzasadnienie braku podziału na części zawarte w protokole*

postępowania pomimo, iż zwięzłe i krótkie, w pełni oddaje intencje zamawiającego wskazane i wyjaśnione powyżej. (...) Ponadto zamawiający wskazuje, iż brak podziału przedmiotowego zamówienia na części spowodował umieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, co automatycznie powodowało większy zasięg terytorialny ogłoszenia i możliwość uzyskania bardziej konkurencyjnej oferty.

W pkt 2 zastrzeżeń zamawiający odniósł się do naruszenia art. 5c ustawy Pzp, (dot. pkt 2.2. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej) oraz naruszenia art. 5c ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów (dot. pkt 2.6. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej), uzasadniając zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia jako usługi, a nie roboty budowlanej oraz uzasadniając ograniczenie do okresu 3 lat okresu, za jaki wykonawcy mogli się wykazać, wykonaniem wymaganych robót budowlanych m.in. wskazując, że *Składając zastrzeżenia do powyższych ustaleń wskazuję i wyjaśniam, co następuje. Zamawiający wyjaśnia, iż kwalifikując przedmiotowe zamówienie jako usługę kierował się wartością głównej części zamówienia, tj. zakupem oraz montażem paneli fotowoltaicznych o wartości 2 750 280,54 zł, wynikającej z kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający wskazał na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 04.06.2019 r. (I SA/Bk 170/19). Zamawiający jednocześnie wyjaśnił, iż konsekwencją powyższej kwalifikacji był wymóg przedstawienia wykonania podobnych zadań w okresie trzech lat przed terminem składania ofert. Zamawiający wskazał, iż do zapisów siwz, jak i ogłoszenia, nie wpłynęło żadne odwołanie wykonawców dotyczące tych zapisów, co w ocenie zamawiającego potwierdza zasadność i prawidłowość dokonanej przez niego kwalifikacji przedmiotu zamówienia, oraz świadczy o fakcie, iż żaden z potencjalnych oferentów nie poczuł się ograniczony w możliwości udziału w postępowaniu.* Ponadto zamawiający uznał, iż zastosowana kwalifikacja przedmiotu zamówienia jako usługi, a nie roboty budowlanej spowodowała umieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, co automatycznie powodowało większy zasięg terytorialny ogłoszenia i możliwość uzyskania bardziej konkurencyjnej oferty.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że stanowisko prezentowane przez zamawiającego w odniesieniu do naruszenia art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy wskazanego w pkt. 2.1. Informacji o wyniku kontroli nie zasługuje na uwzględnienie.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego wskazanym w zastrzeżeniach przedmiot zamówienia został podzielony na trzy odrębne Zadania. Argumentacją przemawiającą za podziałem, przedmiotowego zamówienia na części jest również fakt, iż poszczególne zadania były realizowane kolejno po sobie. Zamawiający nie dokonując podziału zamówienia na części mógł ograniczyć dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy nie byli w stanie

zrealizować całego zamówienia, natomiast byli w stanie złożyć ofertę na poszczególne części zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu przedmiot zamówienia został podzielony na trzy zadania, tak więc celowe było w taki sam sposób podzielenie całego zamówienia i umożliwienie wykonawcom złożenie ofert na konkretne części przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do zastrzeżeń, w których zamawiający wskazuje również na fakt, iż starał się o dofinansowanie Zadania I z funduszy UE, wskazano, że w dokumentacji zamówienia znajduje się „Oświadczenie z dnia 11.09.2018 r. o odstąpieniu od umowy nr 73/ZZ/153/2017”, z którego treści wynika odstąpienie zamawiającego od umowy nr 73/ZZ/153/2017 zawartej w dniu 12.12.2017 r., w części określonej w §1 ust. 2 lit. a) i ust. 3, tj. w zakresie Zadania I. Zatem, dopuszczenie przez zamawiającego składania ofert częściowych przy jednoczesnym zastrzeżeniu w siwz możliwości odstąpienia od umowy w zakresie jednego zadania, pozwoliłoby zamawiającemu na odstąpienie od umowy w całości, w zakresie danej części zamówienia. Następnie Prezes UZP powtórzył argumentację dotyczącą lakoniczności uzasadnienia braku podziału zamówienia na części w protokole postępowania.

Odnosząc się do naruszenia art. 5c ustawy Pzp oraz art. 5c ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, wskazanego w pkt 2.2. i 2.6. Informacji o wyniku kontroli, Prezes UZP stwierdził, że stanowisko prezentowane przez zamawiającego w zastrzeżeniach nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wskazuje, że kwalifikując przedmiotowe zamówienia jako usługę kierował się wartością główną części zamówienia, tj. zakupem oraz montażem paneli fotowoltaicznych o wartości 2.750.280, 54 zł, wynikającej z kosztorysu inwestorskiego. Kwalifikując w ten sposób daną inwestycję zamawiający kierował się poglądem WSA w Białymstoku wyrażonym w wyroku z dnia 04.06.2019 r. (I SA/Bk 170/19, Legalis). Zamawiający nie mógł kierować się przedmiotowym wyrokiem w momencie wszczęcia postępowania w dniu 10.08.2017 r., gdyż wyrok został wydany w dniu 04.06.2019 r. Ponadto zamawiający zakwalifikował przedmiot zamówienia jako usługę, a nie dostawę, jak wynika z wyroku, który odnosi się do innego stanu faktycznego, niż przedmiotowe postępowanie. Dotyczy on bowiem instalacji fotowoltaicznej w budynkach jednorodzinnych.

Odnosząc się do zastrzeżeń, gdzie zamawiający wskazał, iż do zapisów siwz, jak i ogłoszenia, nie wpłynęło żadne odwołanie wykonawców dotyczące tych zapisów, co w ocenie zamawiającego potwierdza zasadność i prawidłowość dokonanej przez niego kwalifikacji przedmiotu zamówienia, oraz świadczy o fakcie, iż żaden z potencjalnych oferentów nie poczuł się ograniczony w możliwości udziału w postępowaniu”, należy

zauważyć, iż wykonawcy w trakcie prowadzonego postępowania zwracali się do zamawiającego z pytaniami dotyczącymi zakwalifikowania przedmiotu zamówienia jako usługi, podkreślając, że opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania i warunki jakie muszą spełnić wykonawcy wskazują jednoznacznie, że przedmiotowe postępowanie dotyczy robót budowlanych.

Zamawiający poprzez zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia jako usługę, a nie roboty budowlane, naruszył treść art. 5c ustawy Pzp. Jednocześnie zamawiający naruszył treść art. 5c ustawy PZP w zw. z §2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez ograniczenie do okresu 3 lat okresu, za jaki wykonawcy mogli się wykazać, wykonaniem wymaganych robót budowlanych.

Reasumując, Prezes UZP podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 listopada 2019 r. W konsekwencji zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Ponieważ zamawiający nie złożył zastrzeżeń co do naruszeń opisanych w pkt 2.3-2.5, 2.7-2.12 Informacji o wyniku kontroli, opinia, wydana przez Krajową Izbę Odwoławczą, dotyczy naruszeń, opisanych w pkt 2.1, 2.2 oraz 2.6 Informacji o wyniku kontroli. Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Oceniając zastrzeżenia Zamawiającego, w pierwszej kolejności Izba uznała, że zamawiający był uprawniony do zaniechania podzielenia zamówienia na części. Izba podziela pogląd, że zamawiający nie ma obowiązku tak określić zamówienia, aby dostosować go do potrzeb konkretnego przedsiębiorcy, albo umożliwić złożenie oferty znacznej liczbie podmiotów, musi jednak uwzględniać w danych realiach rynkowych zasadę uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego. Potwierdza to motyw 78 preambuły dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym *Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na*

części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.

Izba nie podziela więc stanowiska kontrolującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp. Kontrolujący wskazał jedynie, że każde z trzech zadań mogłoby stanowić odrębny przedmiot zamówienia i być realizowane przez różne podmioty. Sam fakt, że poszczególne zadania były realizowane kolejno po sobie nie oznacza jeszcze, że mamy do czynienia z podziałem zamówienia na części. Równie dobrze zamawiający mógł się posłużyć innym nazewnictwem i określić poszczególne zadania jako etapy lub opisać w dokumentacji przetargowej szczegółowy harmonogram działań, bez dzielenia na zadania. Równocześnie z Informacji o wyniku kontroli nie wynika dlaczego zamawiający miałby podzielić zamówienie na części i czy taka decyzja zamawiającego znalazłaby swoje wymierne uzasadnienie, w tym czy byłaby chociażby związana z obniżeniem środków przeznaczonych na realizację zamówienia, czy też nie spowodowałaby znacznego utrudnienia w obsłudze tak realizowanych zamówień (częściowych), w tym organizacyjno-technicznych.

Izba podziela natomiast ustalenia Prezesa UZP uzasadniające stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, naruszenie przez Zamawiającego art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba podnosi, że w zasadzie dopiero na etapie wnoszonych zastrzeżeń, zamawiający powoływał się na nadmierne trudności w skoordynowaniu wykonania poszczególnych zadań czy problemy związane z dochodzeniem ewentualnych roszczeń z tytułu gwarancji od różnych wykonawców. W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie, działanie zamawiającego polegające na braku wskazania w protokole postępowania przyczyn zaniechania podziału zamówienia na części należało uznać za niezgodne z przepisami. Zamawiający poprzestał jedynie na lakonicznych przesłankach przemawiających za brakiem podziału zamówienia na części (uzasadnienie składa się z dwóch dość ogólnikowych zdań).

Pomimo że art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp nie kształtuje obowiązku podziału zamówienia na części, a jedynie obowiązek informacyjny po stronie zamawiającego, będący elementem realizacji zasady przejrzystości postępowania, to zamawiający nie przedstawił w protokole żadnych konkretnych powodów zaniechania podziału zamówienia na części. Zamawiający nie podał szczegółowo, na czym opiera swoje założenia co do ryzyk i zagrożeń

podziału zamówienia na części w tym konkretnym postępowaniu. Dopiero na etapie wniesionych zastrzeżeń wskazał powody o charakterze technologiczno-organizacyjnym, które istniały, lecz których zaniechał odpowiednio opisać w protokole.

Izba podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie, że decyzja w zakresie samego podziału, jak też co do samego sposobu w jaki zostanie podzielone zamówienie, pozostawiona jest autonomicznej woli zamawiającego, który określa swoje potrzeby, mając na uwadze w szczególności przedmiot zamówienia publicznego. Niemniej, w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o braku podziału zamówienia na części, winien on precyzyjnie opisać w protokole postępowania przyczyny swojego działania w powyższym zakresie. Uzasadnienie powinno być możliwie obszerne, zawierać chociażby dokładną analizę sytuacji rynkowej, wskazanie ryzyk związanych z niepowodzeniem projektu, czy też odpowiedzialnością z uwagi na trudności z jednoznacznym ustaleniem przyczyn błędów w wykonaniu zamówienia w przypadku prac prowadzonych przez kilku wykonawców. Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kolejnego naruszenia, Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu został zakwalifikowany jako usługa, a na potwierdzenie zdolności technicznej zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował sprzętem budowlanym, na potwierdzenie zaś zdolności zawodowej, aby wykonawca dysponował osobami posiadającymi uprawnienia budowlane.

Należy zgodzić się z Prezesem UZP, że powyższe wydaje się zasadne w odniesieniu do art. 29 ust. 2 pkt 16 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, zgodnie z którym, pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na montażu urządzeń fotowoltaicznych o zainstalowanej mocy elektrycznej do 40 kW". Natomiast instalowanie na obiekcie budowlanym urządzeń fotowoltaicznych o zainstalowanej mocy elektrycznej do 50 kW o wysokości powyżej 3 m wymaga dokonania zgłoszenia. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego, instalacja fotowoltaiczna stanowiła najwyższą wartość zamówienia. Zgodnie z pkt 1.2.1 siwz przedmiot zamówienia obejmował budowę instalacji fotowoltaicznej o mocy 0,7 mW, tj. instalacji o mocy większej od 40 kW, według stanu na dzień wszczęcia postępowania.

Dodatkowo, w dokumentacji postępowania znajduje się Decyzja nr 184/2017 Starosty Zamojskiego zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. obejmujące: instalację fotowoltaiczną o mocy do 1 MW na potrzeby własne Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Dębowcu oraz pytania wykonawców stwierdzające, że opis przedmiotu zamówienia, a także

wymagania i warunki, jakie mają spełnić wykonawcy wskazują, iż postępowanie dotyczy robót budowlanych.

Ustalenia faktyczne Prezesa UZP nie budziły też wątpliwości samego zamawiającego, z argumentacji znajdującej się w zastrzeżeniach zamawiającego do wyniku kontroli wynika, że zasadniczo zgodził się on ze stwierdzonym przez Prezesa UZP naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych.

Równocześnie zamawiający błędnie wskazywał, że kwalifikując zamówienie jako usługę kierował się wartością głównej części zamówienia, tj. zakupem oraz montażem paneli fotowoltaicznych. Po pierwsze, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczy zawsze sytuacji, kiedy przepisy powszechnie obowiązującego prawa kwalifikują przedmiot zamówienia jako roboty budowlane. Fakt, że konkretna praca jest montażem elementu, nie oznacza, że nie jest robotami budowlanymi, jeśli podlega prawu budowlanemu. Zgodnie z art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.) przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Stosownie do art. 2 pkt 8 ustawy Pzp przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zgodnie zaś z wykazem robót budowlanych znajdujących się w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1125) robotą budowlaną jest montaż i wznoszenie na terenie budowy konstrukcji prefabrykowanych.

Ponadto, zgodnie z art. 5c ust. 1 ustawy Pzp jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy, jak zamówienia sektorowe albo zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo zamówienia udzielane na zasadach ogólnych, obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi. Przy ustaleniu, który rodzaj zamówienia jest jego głównym przedmiotem, należy zbadać przede wszystkim co jest celem zamówienia, a nie wielkość czy wartości poszczególnych rodzajów zamówień, a celem zamówienia była niewątpliwie budowa instalacji fotowoltaicznej.

Zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 21 lutego 2008 r., sygn. akt C-412/04 *W przypadku bowiem gdy zamówienie zawiera zarówno elementy związane z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, jak i elementy związane z innym rodzajem zamówienia, to główny*

przedmiot zamówienia jest decydujący dla ustalenia, którą z dyrektyw wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych należy co do zasady zastosować. Tak więc w szczególności zakres przedmiotowy dyrektywy 93/37 związany jest z głównym przedmiotem zamówienia, który należy ustalić w ramach obiektywnego badania całego zamówienia publicznego, którego dotyczy dana umowa. Ustalenie to należy przeprowadzić w świetle zasadniczych zobowiązań, przeważających w tych zamówieniach, a jako takie cechujących to zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, a wymaga ich sam przedmiot zamówienia, przy czym wartość poszczególnych występujących w nim świadczeń jest w tym względzie jedynie jednym z szeregu kryteriów, które należy brać pod uwagę do celów tego ustalenia.

W związku z powyższym Izba uznała zakwalifikowanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia jako usługi za błędne. Wszystkie powyższe okoliczności potwierdzają jednoznacznie, iż przedmiot zamówienia powinien być zakwalifikowany jako zamówienie na roboty budowlane. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 5c ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez ograniczenie do 3 lat okresu, za jaki wykonawcy mogli się wykazać, wykonaniem wymaganych robót budowlanych.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....