

Sygn. akt: KIO/KD 74/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 30 grudnia 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 28 listopada 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Zamawiającego – Gmina Wiskitki, ul. Kościuszki 1, 96-315 Wiskitki** od wyniku doraźnej, zawartego w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej* z dnia 21 listopada 2016 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **„Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Łubno – gm. Wiskitki, etap II, część 3”**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, przeprowadził kontrolę doraźną, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lubno – gm. Wiskitki, etap II, część 3”*.

W wyniku przeprowadzonej kontroli zostały stwierdzone następujące naruszenia ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania:

- 1) art. 91 ust. 2a ustawy Pzp poprzez ustalenie jako jedyne kryterium ceny (waga 100%), w sytuacji, gdy przedmiotu zamówienia nie można uznać za roboty budowlane, które byłyby robotami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach jakościowych;
- 2) art. 41 pkt 7 i art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu zamieszczenia opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, przy jednoczesnym zamieszczeniu takiego opisu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 3) art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na niedokonaniu zwrotu wadium trzem wykonawcom, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze;
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wezwania Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia p. A. W., tj. osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy oraz p. W. Cz., tj. osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu oraz udzielenia zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp;
- 5) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej jako: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp;

6) art. 32 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1692), polegające na posłużeniu się przez zamawiającego niewłaściwym kursem złotego w stosunku do euro.

Ad. 1) Prezes UZP podał, że jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, przedmiot zamówienia obejmował wykonanie kanalizacji sanitarnej w miejscowości Łubno – gm. Wiskitki. Zakres podstawowych robót obejmował budowę:

- kolektorów sanitarnych,
- rurociągów tłocznych,
- kanałów bocznych,
- kanalizacji ciśnieniowej

o łącznej długości 6426 m i przepompowni sieciowych szt. 3 oraz przepompowni przydomowych szt. 1.

Kontrolowane postępowanie zamawiający wszczął w dniu 7 stycznia 2015 r. poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamieszczenie ogłoszenia na własnej stronie internetowej - www.wiskitki.bip.net.pl oraz na tablicy ogłoszeń.

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

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP wskazał 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, zdaniem Prezesa UZP, 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”, w ocenie Prezesa UZP, 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”, zdaniem Prezesa UZP, 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, w ocenie Prezesa UZP, 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, zdaniem Prezesa UZP, że roboty budowlane polegające na budowie kanalizacji sanitarnej, gdzie zakres podstawowych robót obejmował budowę:

- kolektorów sanitarnych,
- rurociągów tłocznych,
- kanałów bocznych,
- kanalizacji ciśnieniowej,
- przepompowni sieciowych,
- przepompowni przydomowej,

nie zaliczają się do kategorii „prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych”. Po pierwsze, roboty takie muszą być wykonywane zgodnie z projektem budowlanym, zatem wykonawca musi posiadać umiejętność czytania projektu budowlanego, jak też musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów prowadzenia ww. prac budowlanych. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach realizujących roboty budowlane w zakresie budowy kanalizacji sanitarnych, o tyle nie są powszechne generalnie. Nadmienić przy tym należy, w ocenie Prezesa UZP, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia nie przekłada się wprost na „powszechność, dostępność” danych robót.

Ponadto powyższy zakres robót wymagał, jak zauważył Prezes UZP, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem, polegającym na budowie kanalizacji sanitarnej o łącznej długości min. 3000 m, w ramach której wykonane zostało: min. 2000 m rurociągu sanitarnego o średnicy min. 200 mm i min. 1 przepompownia sieciowa, jak również aby dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe i doświadczenie, tj. kierownikiem budowy, kierownikiem robót sanitarnych oraz kierownikiem robót drogowych. Wykonanie ww. robót wymaga zatem, posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalne uprawnienia budowlane. Tym samym, w opinii Prezesa UZP, ww. roboty nie są robotami powszechnie dostępnymi, ale robotami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających wymagania określone przez zamawiającego. Fakt, że roboty te nie są skomplikowane na tle innych możliwych robót budowlanych, nie oznacza, że są „powszechnie dostępne” w ogóle.

Biorąc ponadto pod uwagę, że ww. roboty musiały być wykonane według konkretnego projektu budowlanego dostosowanego do konkretnych warunków inwestycji, nie można uznać, zdaniem Prezesa UZP, że roboty te miały ustalone standardy jakościowe, gdyż standard ich wykonania musiał być dostosowany do potrzeb zamawiającego. A zatem, przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa UZP, 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 i o ustalonych standardach jakościowych, lecz robotami budowlanymi dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy posiadania odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu inżynierii sanitarnej. Innymi słowy, przedmiotowe roboty budowlane nie charakteryzowały się powszechną dostępnością i ustalonymi standardami jakościowymi, albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby zamawiającego i specyfikę związaną z

realizacją przedmiotu zamówienia. Tym samym, zdaniem Prezesa UZP, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Powyższe naruszenie, w ocenie Prezesa UZP, nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ad. 2) W wyniku analizy dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania Prezes UZP stwierdził, iż Zamawiający w treści SIWZ w pkt 6.1.1. określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, iż *„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył zamówienia na roboty budowlane, polegające na budowie kanalizacji sanitarnej o łącznej długości min. 3000 m, w ramach których wykonane zostało: min. 2000 m rurociągu sanitarnego średnicy min. 200 mm, min. 1 szt. przepompownia sieciowa.”*

Informacje dotyczące powyższego warunku nie zostały zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu.

Mając na uwadze powyższe Prezes UZP wskazał na przepis art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, zgodnie z którym ogłoszenie o zamówieniu przeprowadzanym w trybie przetargu nieograniczonego zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Ponadto zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, opis sposobu dokonania oceny warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu, lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji.

Tym samym, brak zamieszczenia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, przy jednoczesnym zamieszczeniu takiego opisu w SIWZ, zdaniem Prezesa UZP, stanowi naruszenie art. 41 pkt 7 i art. 22 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie, w ocenie Prezesa UZP, nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Prezes UZP podał, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ Zamawiający wskazał, iż *„wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 100 000 PLN.”* W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, każdy z nich wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W wyniku analizy dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania stwierdzono, iż wadia wniesione w przedmiotowym postępowaniu nie zostały zwrócone wykonawcom.

Powyższe potwierdzają wyjaśnienia zamawiającego udzielone w piśmie z dnia 10.08.2016 r., zgodnie z którymi „Wykonawcy uczynili dowód wniesienia wadium załącznikiem do oferty. W związku z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 97, Zamawiający jest zobowiązany do przechowywania protokołu postępowania z załącznikami przez okres 4 lat od zakończenia postępowania.”

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

W konsekwencji Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający nie zwracając wadium 3 wykonawcom, których oferta nie została uznana za najkorzystniejszą, naruszył art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie, zdaniem Prezesa UZP, nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Prezes UZP podał, że jak wynika z analizy dokumentacji, dotyczącej przedmiotowego postępowania, w sekcji III pkt 2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 6.1.3 SIWZ, dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający określił, iż za spełniających powyższy warunek uzna wykonawców, którzy wykażą, że dysponują osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, legitymującymi się określonym doświadczeniem i kwalifikacjami zawodowymi.

Z dołączonego do oferty Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. załącznika „POTENCJAŁ KADROWY” nie wynika, zdaniem Prezesa UZP, czy p. A. W. wskazany do pełnienia funkcji kierownika budowy posiada doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości co najmniej 3000 m oraz, czy p. W. Cz. wskazany do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiada doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót (budowy) sanitarnych w zakresie co najmniej 1 budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia 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.

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, zdaniem Prezesa UZP, że Zamawiający nie wezwał, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zaniechanie Zamawiającego stanowi, w ocenie Prezesa UZP, naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o., że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Prezes UZP wskazał także na mające zastosowanie w sprawie przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z pierwszym z ww. przepisów z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis ma na celu zobowiązanie zamawiającego do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez przedłożenie wymaganych przez zamawiającego i wystarczających dla udowodnienia spełniania konkretnego warunku, dokumentów.

Prezes UZP podkreślił, że spełnianie ww. warunków służy potwierdzeniu, że wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, zaś *a contrario* stwierdził, że wykonawca niespełniający warunków, takiej zdolności nie posiada i zamówienie nie może zostać mu udzielone. Przy czym w świetle dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zauważyć należy, zdaniem Prezesa UZP, że ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy.

Tym samym niedopuszczalne jest, zdaniem Prezesa UZP, aby Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków i nie został pod tym kątem zweryfikowany przez zamawiającego. Zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie

takiemu wykonawcy, co do którego nie zachodzą wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu spełnia.

Brak weryfikacji wykonawcy w sposób przewidziany w przepisach ustawy Pzp, pod kątem spełniania warunków, jest także sprzeczny z dyspozycją drugiego z wymienionych przepisów, tj. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odsyła zatem do innych przepisów ustawy Pzp, jednocześnie wyraźnie wskazując, że niezgodność procedury udzielenia zamówienia z jakimkolwiek przepisem dotyczącym procesu wyboru wykonawcy, skutkuje zakazem udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Dowodzi tego zwłaszcza użycie w przepisie słowa „wyłącznie”, które zawęża możliwość wyboru wykonawcy jedynie do takiego, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, tym samym wyłączając możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z jakimkolwiek przepisem ustawy mającym wpływ na wybór oferty.

W przedmiotowej sprawie Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynierskich „Melwobud” Sp. z o.o., zdaniem Prezesa UZP, nie wykazało, że dysponuje osobami spełniającymi wymogi opisane w ww. warunkach. Tym samym Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Jednocześnie w toku kontroli zostało stwierdzone, że Zamawiający nie podjął czynności weryfikacji dokumentów złożonych przez Wykonawcę w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowiska kierownika budowy oraz kierownika robót sanitarnych. Tym samym Zamawiający, zdaniem Prezesa UZP, zaniechał dokonania obowiązku weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, w żaden sposób nie usunąwszy wadliwości złożonej przez niego oferty, a następnie udzielił mu zamówienia.

Powyższe oznacza, w opinii Prezesa UZP, że dokonując wyboru oferty Wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. wybrał ofertę wykonawcy niedającego gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Dodatkowo, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym, zdaniem Prezesa UZP, Zamawiający naruszył nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Nakaz ten bowiem sformułowany został w dziale I rozdziale 2 ustawy Pzp, który zawiera zasady udzielania zamówień, tj. podstawowe i zasadnicze reguły, które stanowią wytyczne co do interpretacji pozostałych przepisów ustawy Pzp i muszą być przestrzegane w procesie udzielenia

zamówienia. Naruszenie ww. nakazu świadczy o niedopuszczalności wyboru oferty Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. i stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zdaniem Prezesa UZP, mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

5. W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, Zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia m.in. dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej jako: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), tj. sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.

Oferta złożona przez Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. zawierała, jak stwierdził Prezes UZP, część sprawozdania finansowego: bilans i rachunek zysków i strat, nie zawierała natomiast opinii biegłego rewidenta.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP wskazał, że Zamawiający był zobowiązany do wezwania Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. do wyjaśnienia, czy złożona przez niego część sprawozdania finansowego podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości.

Zaniechanie powyższego obowiązku stanowi, zdaniem Prezesa UZP, naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W związku z tym, że oferta powyższego Wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, powyższe naruszenie, w ocenie Prezesa, mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W niniejszym naruszeniu argumentacja dotycząca art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, jak podał Prezes UZP, ma analogiczne zastosowanie, jak w naruszeniu nr 4.

6. Prezes UZP podał, że jak wynika z protokołu postępowania, Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia w dniu 29 grudnia 2014 r. na kwotę 5.694.315,47 zł oraz przeliczył tę wartość na 1.416.637,34 euro. Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 7 stycznia 2015 r.

Zgodnie z treścią art. 35 ust. 3 ustawy Pzp średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień, określa się co najmniej raz na dwa lata w drodze rozporządzenia Prezes Rady Ministrów.

Zamawiający był zatem zobowiązany, zdaniem Prezesa UZP, do zastosowania kursu określonego w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1692), który wynosił 4,2249 zł i obowiązywał w okresie 1 stycznia 2014 r. – 31 grudnia 2015 r. Właściwie obliczona wartość szacunkowa zamówienia wyrażona w euro powinna wynosić 1.347.798,88 euro.

Zamawiający nie posługując się właściwym kursem złotego w stosunku do euro wadliwie, zdaniem Prezesa UZP, oszacował wartość zamówienia, a tym samym naruszył przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisami ww. rozporządzenia.

Powyższe naruszenie, zdaniem Prezesa UZP, nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 28 listopada 2016 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia.

Zamawiający podniósł, że w jego ocenie, zarzuty zawarte w punktach 1, 2, 4 i 5 *Informacji o wyniku kontroli* nie mogą być uznane za w pełni uzasadnione.

Zdaniem Zamawiającego, z analizy samych zarzutów sformułowanych w ww. punktach, jak również ich uzasadnienia wynika, że część z nich mogła być spowodowana nieuwzględnieniem przez kontrolujących wszystkich informacji zawartych w dokumentach z postępowania przetargowego, a część wynika z ocen i wykładni przepisów Pzp, które są odmienne od ocen i wykładni przyjętej przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia przede wszystkim w odniesieniu do zarzutów zawartych w punktach 4. i 5. ww. *Informacji*, a więc do zarzutu:

- 1) naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp (punkt 4. *Informacji*),
- 2) naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp (punkt 5. *Informacji*), gdzie opisane są te elementy postępowania, w których zdaniem osób kontrolujących, w postępowaniu wszczętym 7 stycznia 2015 r. doszło do naruszeń prawa, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Jednocześnie Zamawiający wniósł o ponowną analizę w zakresie zarzutów z punktów 1 i 2 oraz uwzględnienie jego stanowiska w odniesieniu do tych zarzutów.

Ad. 1). Odnośnie naruszenia wskazanego w pkt 1, zamawiający zaznaczył, że przepisy ustawy Pzp nie wskazują, jakie znaczenie należy przypisać poszczególnym kryteriom oceny ofert oraz podkreślił, że cena stanowi obligatoryjne kryterium oceny ofert. Zamawiający wskazał także, iż *„wynik kontroli nie będzie miał charakteru obiektywnego, jeżeli jego uzasadnienie opiera się jedynie na przywołaniu znanego kontrolującym orzecznictwa lub piśmiennictwa, w oderwaniu od analizy indywidualnego charakteru danego zamówienia.* Ponadto zamawiający podniósł, iż w świetle ustaleń zawartych w Informacji o wyniku kontroli brak jest podstaw pozwalających twierdzić, że:

- *„wymagania odnośnie materiałów przewidywanych do użycia w trakcie wykonywania robót, jak i jakości robót zawarte w dokumentacji projektowej są ponadprzeciętne i nie powszechnie stosowane,*
- *rozwiązania realizowane w oparciu o dokumentację projektową nie są dostępne na rynku i nie służą ograniczonej liczbie konsumentów,*
- *przeciwko kryterium ceny, jako jedynym, może przesądzić to, że standard ich wykonania musi być dostosowany do konkretnych potrzeb zamawiającego – to nie standard, ale charakterystyka/zakres prac muszą być dostosowane do zamawiającego,*
- *ustalone standardy jakościowe odnoszą się wyłącznie do prostych zamówień na roboty budowlane, sugerując, że nie wymagają one projektu budowlanego i wiedzy na temat technicznych aspektów prowadzenia prac.”*

Zamawiający podkreślił równocześnie, że punktem odniesienia dla wyboru kryterium ceny, jako jedynego kryterium oceny ofert nie jest *„brak wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu prac budowlanych oraz niski poziom ich komplikacji, lecz wiedza i doświadczenie powszechnie/przeciętnie wymagane oraz standard i dostępność tego typu prac na rynku (...).”* Nadto, zdaniem zamawiającego, *„kontrolujący wywodzą, że roboty nie były proste, powszechnie dostępne i o ustalonych standardach jakościowych, ponieważ są robotami dopasowanymi do potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach. Trudno znaleźć w przepisach uzasadnienie do tezy, że jakiegokolwiek zamówienie może być niedostosowane do potrzeb zamawiającego, gdyż to dopiero byłoby naruszenie PZP.”*

Zamawiający podkreślił, że *„każde zamówienia (a nie tylko „proste”) musi być zorganizowane w sposób prowadzący do oceny zdolności wykonawcy do należytej jego realizacji (por. art. 22 uzp). Trudno racjonalnie założyć, że wykonawcą może być osoba bez wiedzy lub doświadczenia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą*

jest, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie tacy wykonawcy, którzy posiadają stosowną wiedzę i doświadczenia.”

Ad. 2). Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli, zamawiający potwierdził, iż w dokumentach wytworzonych przez zamawiającego doszło do rozbieżności, polegającej na niezamieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, przy jednoczesnym zamieszczeniu takiego opisu w SIWZ. Zdaniem zamawiającego powyższe uchybienie należy uznać za nieistotną omyłkę formalną. Zamawiający podkreślił, iż dokumentem stanowiącym podstawę składania ofert jest SIWZ, a ta była dostępna na stronie internetowej zamawiającego od dnia publikacji ogłoszenia. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż żaden z wykonawców nie złożył pytania w tym zakresie oraz że wszystkie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu zawierały odpowiedni załącznik. Ponadto zamawiający podniósł, że w jego ocenie *„intencją ustawodawcy było to, aby w ogłoszeniu zawierał się minimalny katalog informacji, które znajdują się także w SIWZ. Ważne jest zapewnienie w postępowaniu tego, aby nie było rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia a SIWZ.”* Następnie zamawiający zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu tego typu rozbieżność jednak nie występuje podnosząc przy tym, iż *„mamy do czynienia z sytuacją, gdy SIWZ zawiera nieco więcej niż ogłoszenie. Warunek wiedzy i doświadczenia i tak by obowiązywał z tym, że SIWZ go uszczegółowiła.”*

Ad. 4). Ustosunkowując się do naruszenia określonego w pkt 4, zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, że nie wzywał wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ posiadał informacje potwierdzające, że wykonawca ten spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do kwestii weryfikacji doświadczenia p. A. W., tj. osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż wykonawca Konsorcjum Firm „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynierskich „Melwobud” Sp. z o.o. przedstawił wraz z ofertą referencję wystawioną przez Urząd Gminy Pomiechówek, która potwierdza doświadczenie p. A. W.. Zamawiający podkreślił, że z zapisów ww. referencji wynika, iż p. A. W. pełnił funkcję kierownika budowy kanalizacji sanitarnej realizowanej w ramach części IV zadania o łącznej długości ponad 4,46 km. Zamawiający zaznaczył, iż dokonując badania i oceny ofert był zobowiązany do uwzględnienia wszystkich informacji zawartych w ofercie i załączonych w niej dokumentach, tym samym *„nawet jeśli informacja o doświadczeniu p. W. nie została wskazana w miejscu wymaganym, lecz wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą – brak jest podstaw*

do wystąpienia o uzupełnienia tej informacji, tym bardziej brak jest podstaw wykluczenia wykonawcy.”

Odnosząc się do kwestii weryfikacji doświadczenia p. W. Cz., tj. osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych, zamawiający zaznaczył, że z oferty wykonawcy Konsorcjum Firm „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynierskich „Melwobud” Sp. z o.o. wynika, że do pełnienia funkcji na wskazanym stanowisku zostały wyznaczone 2 osoby. Jedną z nich - p. M. K. wykonał 2,248 km kanalizacji sanitarnej, co potwierdza list referencyjny Burmistrza Gminy Pułtusk. Natomiast z załącznika „Potencjał kadrowy” wynika, iż p. W. Cz. posiada doświadczenie w pracy od 8 lat. Jednocześnie zamawiający wskazał, że zgodnie z informacjami, jakie posiadał „p. Cz. uczestniczył w realizacji kanalizacji Olszewo Borki, gdzie ułożono 1691 m kanalizacji. Ponadto pracował przy budowie kanalizacji w gm. Grudusk, gdzie jako majster budowy uczestniczył przy budowie przez Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynierskich „Melwobud” Sp. z o.o. (...) kanalizacji grawitacyjnej o długości 5703 m i kanalizacji tłocznej o długości 1222,50 m. Zamawiający weryfikując ponowną ofertę wykonawcy, nie zwrócił uwagi na drobną rozbieżność złożonych ponownie dokumentów. Niemniej, zamawiający dysponował chwilę wcześniej złożonym oświadczeniem p. W. Cz., który potwierdzał spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu.”

Ad. 5). Ustosunkowując się do naruszenia wskazanego w pkt 5, zamawiający podniósł, iż w dniu 7 listopada 2014 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Łubno – gm. Wiskitki, etap II, cz. 3”. Z uwagi na fakt, iż w wyznaczonym terminie wpłynęła tylko jedna oferta, złożona przez wykonawcę Konsorcjum Firm „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynierskich „Melwobud” Sp. z o.o. z ceną przewyższającą środki przeznaczone na realizację przedsięwzięcia, zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania. W dniu 7 stycznia 2015 r. zamawiający ponownie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Łubno – gm. Wiskitki, etap II, cz. 3”. W wyznaczonym terminie oferty złożyło 4 wykonawców, w tym Konsorcjum Firm „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynierskich „Melwobud” Sp. z o.o. Zamawiający podniósł, iż „wykorzystał wiedzę jaką nabył ze złożonej w dniu 29.12.2014 r. oferty, która zawierała opinie niezależnego biegłego rewidenta oraz raport uzupełniający opinie biegłego rewidenta.” Zamawiający zaznaczył, iż na podstawie części sprawozdania finansowego – bilansu i rachunku zysków i strat oraz będącej w jego posiadaniu opinii zweryfikował spełnianie przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie średniorocznych przychodów netto ze sprzedaży w wysokości 4 mln zł za trzy lata obrotowe - 2011, 2012 i 2013. Ponadto zamawiający zwrócił

uwagę na regulacje zawarte w art. 26 ust. 6 ustawy Pzp po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. zwalniające wykonawców od obowiązku składania dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, w sytuacji gdy zamawiający posiada dokumenty dotyczące tego wykonawcy.

Pismem z dnia 15 grudnia 2016 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że uwzględnił zastrzeżenia Zamawiającego odnośnie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wskazanego w pkt 2.4 Informacji) w zakresie zaniechania wezwania Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. do uzupełnienia w zakresie doświadczenia p. A. W., tj. osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy oraz odnośnie naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp (wskazanego w pkt 2.5 Informacji). W pozostałym zaś zakresie podtrzymał swoje stanowisko.

Ad. 1) W odniesieniu do zastrzeżeń wniesionych do naruszenia określonego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli, tj. naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, Prezes UZP zauważył, że należy w pierwszej kolejności wskazać, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego, zawarta w ww. Informacji argumentacja jednoznacznie wskazuje, iż uzasadnienie wyniku kontroli oparte zostało nie tylko na znanym organowi kontroli orzecznictwie lub piśmiennictwie, ale również na analizie indywidualnego charakteru kontrolowanego postępowania, w tym zakresu i sposobu wykonania robót, będących przedmiotem zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu, jakie zamawiający określił w stosunku do wykonawców. W związku z powyższym nieuzasadnione jest twierdzenie, iż wynik kontroli miał charakter nieobiektywny.

Ponadto odnosząc się do uwag zamawiającego, dotyczących regulacji związanych z kryteriami oceny ofert Prezes UZP wskazał, iż nie kwestionuje faktu istnienia, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, obowiązku ustanawiania przez zamawiających ceny, jako jednego z kryteriów oceny ofert. Zdaniem Prezesa UZP, zwrócić przy tym należy jednak uwagę, iż ustawodawca, poprzez zapisy zawarte w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, ograniczył możliwość stosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert. Zgodnie bowiem z treścią ww. przepisu 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.

Odnosząc się do twierdzenia zamawiającego, iż *„brak jest podstaw, aby twierdzić, że wymagania odnośnie materiałów przewidzianych do użycia w trakcie wykonywania robót, jak i jakości robót zawarte w dokumentacji projektowej są ponadprzeciętne i nie powszechnie stosowane”* oraz *„rozwiązania zrealizowane w oparciu o dokumentację projektową nie są dostępne na rynku i nie służą nieograniczonej liczbie konsumentów”*, Prezes UZP zauważył, że w Informacji o wyniku kontroli nie odnoszono się do powyższych kwestii, ale też kwestie te nie mają zasadniczego znaczenia dla oceny dopuszczalności zastosowania jedynego kryterium ceny.

Art. 91 ust. 2a ustawy Pzp nie odnosi się bowiem konkretnie do użytych materiałów, czy jakości robót, ale odnosi się do całego przedmiotu zamówienia, we wszystkich jego aspektach. Tym samym fakt, że roboty takie jak objęte niniejszym przedmiotem zamówienia, czyli roboty kanalizacyjne, nie są powszechnie dostępne, gdyż mogą być wykonane tylko przez wyspecjalizowane firmy budowlane, dysponujące wykwalifikowaną kadrą, posiadającą odpowiednie umiejętności techniczne, doświadczenie oraz uprawnienia budowlane, a ponadto muszą być wykonane zgodnie z konkretnym projektem budowlanym, przewidującym rozwiązania dostosowane do potrzeb konkretnego zamawiającego, jest wystarczający do stwierdzenia braku podstaw do zastosowania wyłącznie kryterium ceny, bez względu na przewidywane materiały, czy oczekiwaną jakość wykonania robót.

Zamawiający podniósł również, że o możliwości skorzystania z dyspozycji art. 91 ust. 2a ustawy Pzp nie decyduje *„brak wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu prac budowlanych oraz niski poziom ich komplikacji, lecz wiedza i doświadczenie powszechnie/przeciętnie wymagane oraz standard i dostępność danego typu prac na rynku (...).”* Ponadto zamawiający wskazał, iż o tym czy roboty były proste, powszechnie i o ustalonych standardach jakościowych nie świadczy fakt dostosowania ich do potrzeb zamawiającego oraz stawiania wymogu dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach. Zamawiający podkreślił, że każde zamówienie musi być dostosowane do potrzeb zamawiającego oraz wskazał, że *„każde zamówienie (a nie tylko „proste”) musi być zorganizowane w sposób prowadzący do oceny zdolności wykonawcy do należytej jego realizacji (...).”*

Mając na uwadze powyższą argumentację Prezes UZP zauważył, że w Informacji o wyniku kontroli nie stwierdzono, iż jakiegokolwiek postępowanie może być niedostosowane do potrzeb zamawiającego lub że niemożliwe jest badanie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Niemniej jednak, zdaniem Prezesa UZP, zauważyć należy, że istnieją zamówienia, np. na dostawy paliwa, które poza ilością, niczym się nie różnią bez względu na zamawiającego i jego indywidualne potrzeby. Tymczasem roboty budowlane w zakresie

kanalizacji muszą być dostosowane do wielkości terenu, na którym ma być zbudowana kanalizacja, gęstości zaludnienia na ww. terenie, w tym także w perspektywie jego rozbudowy, rodzaju planowanej kanalizacji (ogólnospławna, bytowa, czy także przyjmująca ścieki przemysłowe), sposobu zagospodarowania terenu, istnienia pasów drogowych (o nawierzchni utwardzonej lub nieutwardzonej), istnienia przewodów uzbrojenia podziemnego (gazowych, wodociągowych, energetycznych), warunków gruntowych (w tym konieczności odwodnienia wykopów), a nawet w szczególnych wypadkach – sposób wykonania robót musi uwzględniać warunki dotyczące dziedzictwa kulturowego i zabytków, warunki eksploatacji górniczej, czy warunki środowiskowe.

W związku z tym, zdaniem Prezesa UZP, nie można uznać argumentów zamawiającego wskazujących, że każde zamówienie jest dostosowane do potrzeb zamawiającego, gdyż po pierwsze, istnieją zamówienia zestandaryzowane, których stopień dostosowania do indywidualnych potrzeb zamawiającego jest minimalny, po drugie – jak wykazano wyżej, zamówienie na wykonanie robót kanalizacyjnych z całą pewnością nie jest zamówieniem o ustalonych standardach jakościowych, gdyż zakres i sposób jego wykonania każdorazowo zależy m.in. od ww. czynników.

Ponadto Prezes UZP wskazał, że jego stanowisko, iż jako ustalone standardy jakościowe należy rozumieć przedmioty zamówienia niedostosowane do indywidualnych, specyficznych potrzeb zamawiającego, prezentuje także Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 17.12.2014 r., sygn. akt: II GSK 1704/13, w którym, w odniesieniu do art. 70 ustawy Pzp, również posługującego się terminem „powszechnej dostępności”, stwierdza, że *„Przez „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy i usługi, niewymagające skomplikowanego opisu. Określone usługi lub dostawy mają „ustalone standardy jakościowe” tylko wówczas, gdy niezależnie od tego, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będzie zaoferowana cena, a usługa lub dostawa będzie identyczna. Do dostaw o ustalonych standardach jakościowych można zaliczyć nabywanie produktów żywnościowych, materiałów biurowych, opału, paliwa, środków czystości. Do usług o ustalonych standardach jakościowych można natomiast zaliczyć usługi sprzątania pomieszczeń biurowych, pralnicze, żywienia, biurowe, proste usługi poligraficzne”* (por. również uchwała Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO/KD 57/16 z dnia 19 września 2016 r.).

Tytułem uzupełnienia, zdaniem Prezesa UZP, nadmienić warto, iż za roboty budowlane, odpowiadające swym charakterem ww. usługom i dostawom o ustalonych standardach jakościowych można uznać wymienione w Informacji o wyniku kontroli proste roboty budowlane, takie jak np. malowanie, tynkowanie, wymianę okien lub posadzki, czy też położenie glazury, terakoty, kostki brukowej, nie zaś roboty możliwe do wykonania tylko przez firmy wyspecjalizowane w robotach z zakresu budowy kanalizacji.

Należy też zauważyć, jak podał Prezes UZP, że przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiających obowiązku opisywania w każdym postępowaniu warunków udziału, bowiem ustawodawca założył, że mogą istnieć zamówienia na usługi, dostawy lub roboty budowlane tak proste (np. malowanie ścian), że nie jest konieczne do ich wykonania posiadanie żadnej szczególnej sytuacji finansowej lub ekonomicznej, żadnego szczególnego doświadczenia czy potencjału kadrowego lub sprzętu. W związku z tym niezasadny jest argument zamawiającego zmierzający do wykazania, że w każdym postępowaniu opisuje się warunki udziału w postępowaniu w celu zbadania zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Z zasady, jak podkreślił Prezes UZP, warunki powinny być opisywane tylko wtedy i tylko w takim zakresie, w jakim rzeczywiście są potrzebne do zbadania, czy wykonawca jest zdolny do wykonania danego, konkretnego zamówienia.

Prezes UZP zwrócił uwagę, że Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu wymagał od wykonawców wykazania odpowiedniego doświadczenia oraz dysponowania kierownikiem budowy i dwoma kierownikami robót z określonym doświadczeniem i uprawnieniami budowlanymi. W szczególności, odnosząc się do wymogu dysponowania osobą kierownika budowy Prezes UZP zauważył, iż art. 42 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 1994 r., nr 89 poz. 414), który ustanawia obowiązek dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane w odpowiedniej specjalności, w ustępie 3 stanowi, iż obowiązek dysponowania ww. osobą nie dotyczy budów lub rozbiórek obiektów, dla których nie jest wymagane uzyskania pozwolenia na budowę. Oznacza to, że nie dla wszystkich robót budowlanych wymagane jest dysponowanie osobą kierownika budowy. Z powyższego wynika, zdaniem Prezesa UZP, że spełnienie ww. warunków było niezbędne do należytego wykonania zamówienia, co z kolei jest jedną z przesłanek potwierdzających, że roboty te nie były powszechnie dostępne, gdyż mogły być wykonane tylko przez wyspecjalizowane firmy z odpowiednim doświadczeniem i potencjałem kadrowym.

Ponadto mając na uwadze przytoczoną powyżej argumentację Zamawiającego należy Prezes UZP ponownie wskazać, że zawarte w treści art. 91 ust. 2a ustawy Pzp terminy „powszechna dostępność” oraz „ustalone standardy jakościowe”, pomimo iż nie zostały zdefiniowane w samej ustawie Pzp, posiadają ugruntowane zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie Prawa zamówień publicznych, jednolite znaczenie.

Biorąc pod uwagę fakt, że pojęcia „powszechnej dostępności” oraz „ustalonych standardów jakościowych” zostały użyte także w art. 70 ustawy Pzp, uzasadnione jest, zdaniem Prezesa UZP, skorzystanie w zakresie wykładni art. 91 ust. 2a ustawy Pzp z dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego w związku z interpretacją art. 70 ustawy Pzp, odnosząc je, odpowiednio, do robót budowlanych. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 28 listopada 2014 r. sygn. akt: KIO/2395/14: „Dostawy

lub usługi powszechnie dostępne dotyczą zatem dóbr popularnych, zaspokajających potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Rynek jest nimi nasycony, wszędzie i ciągle są oferowane jako dobra łatwo dostępne, które można nabyć na rynku lokalnym lub regionalnym {por. Ryszard Szostak, Udzielanie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę, *Studia Prawnicze*, zeszyt nr 2 (172) 2007 r.; stanowisko przywołane również w uchwale Izby z 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09}. Dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym. (...) W piśmiennictwie wskazuje się, że ustalone standardy jakościowe to przede wszystkim powtarzalne parametry techniczne przedmiotu świadczenia (trwałość, wytrzymałość, funkcjonalność, gabaryty itd.) bądź powtarzalne parametry technologiczne lub czynnościowe (przy usługach), chodzi o właściwości przedmiotu świadczenia, które są na tyle znane na rynku, że transakcja nie wymaga rozwiniętego opisu przedmiotu zamówienia i nie należy do transakcji skomplikowanych, jej zawarcie wystarczy poprzedzić przetargiem uproszczonym charakteryzującym się przeciętną konkurencyjnością postępowania. Nie ma przy tym znaczenia, jak doszło do ustalenia tych standardów na rynku (ustabilizowania właściwości przedmiotu), pod wpływem norm i przepisów technicznych, standaryzacji związanej z procesem oceny zgodności, zwyczajów handlowych, prostego naśladownictwa czy w inny sposób, byleby wszędzie na rynku zamawiany przedmiot świadczenia był taki sam pod względem swoich właściwości {por. Ryszard Szostak, Udzielanie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę, *Studia Prawnicze*, zeszyt nr 2 (172) 2007 r.; stanowisko przywołane również w uchwale Izby z 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09}”.

Prezes UZP podał także, że Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 19 września 2016 r., sygn. akt: KIO/KD 57/16, wprost wskazuje, iż „Należy się zgodzić w Prezesem UZP, że pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada 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”.

W świetle ww. orzeczeń nie można uznać, zdaniem Prezesa UZP, że budowa kanalizacji jest robotą popularną, wszędzie i ciągle oferowaną, gdyż co do zasady zleceńdawcami takich robót są tylko podmioty publiczne, a ich wykonawcami tylko firmy działające w konkretnej branży budowlanej. Ilość takich firm i ich dostępność na rynku nie zmienia faktu, że są to firmy wyspecjalizowane w tej branży. Nie można również uznać, w ocenie Prezesa UZP, że przeciętność buduje skalę stosowanych w powszechnej praktyce rozwiązań, ponieważ skala uzależniona jest od potrzeb rynku na nabycie konkretnego

rozwiązania. W przedmiotowym postępowaniu tymi rozwiązaniami będą m.in. roboty budowlane związane z rurociągami tłocznymi bądź montaż wysokoefektywnych pomp, których wykonanie nie może być uznane za standardowe i powszechnie dostępne, chociażby z tego powodu, że muszą być wykonane/zainstalowane przez specjalistę w branży.

Reasumując powyższe ustalenia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli, iż zastosowanie przez zamawiającego jedyne kryterium – ceny (waga 100%) stanowiło naruszenie przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Ad. 2) Odnosząc się do zastrzeżeń dotyczących naruszenia nr 2, tj. braku zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Prezes UZP wskazał, iż składając zastrzeżenia zamawiający przyznał, iż ww. rozbieżność pomiędzy zapisami SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu miała miejsce. Argumentu dla zaniechania powyższego nie mogą stanowić, zdaniem Prezesa UZP, twierdzenia Zamawiającego, iż powyższe uchybienia należy uznać jedynie za nieistotną omyłkę formalną.

Bez znaczenia, w ocenie Prezesa UZP, w tym przypadku jest również fakt, iż zawierająca opis warunku wiedzy i doświadczenia SIWZ została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia wszczęcia postępowania, a wykonawcy nie zadawali żadnych pytań w ww. zakresie oraz prawidłowo dołączali do ofert wymagany przez zamawiającego załącznik „Doświadczenie”.

Prezes UZP zauważył, że treść art. 41 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, iż obowiązkiem zamawiającego, w sytuacji, gdy opisał w SIWZ warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, było zamieszczenie stosownej treści także w ogłoszeniu o zamówieniu.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP podtrzymał stanowisko odnośnie naruszenia przez zamawiającego art. 41 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 3 ustawy Pzp wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej.

Ad. 4) Ustosunkowując się do zastrzeżeń Zamawiającego, odnoszących się do naruszenia wskazanego w pkt 4 Informacji o wyniku kontroli należy Prezes UZP ponownie wskazać, że w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający żądał od wykonawców dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się określonym doświadczeniem i kwalifikacjami zawodowymi, w tym kierownikiem robót sanitarnych, posiadającym, m.in. co najmniej 4-letnie doświadczenie

zawodowe, obejmujące wykonanie, będąc na stanowisku kierownika robót (budowy) sanitarnych, co najmniej 1 roboty budowlanej w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m. Jednocześnie z załącznika „Potencjał kadrowy”, załączonego do oferty wykonawcy Konsorcjum Firm „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o., nie wynika, że wskazany do pełnienia funkcji na tym stanowisku p. W. Cz. pełnił funkcję kierownika robót (budowy) sanitarnych, podczas realizacji co najmniej 1 budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m.

W odniesieniu do argumentu Zamawiającego, że posiadał informacje, iż p. Cz. uczestniczył w realizacji kanalizacji w gminie Olszewo Borki, gdzie ułożono 1691 m kanalizacji, a także pracował przy budowie kanalizacji w gminie Grudusk, gdzie jako majster budowy uczestniczył przy budowie kanalizacji grawitacyjnej o długości 1225,50 m, Prezes Urzędu wskazał, iż z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego oraz dołączonego do zastrzeżeń oświadczenia z dnia 28 grudnia 2014 r. złożonego przez p. Cz. wynika, że pełnił on obowiązki majstra na ww. budowach, nie zaś kierownika robót sanitarnych, jak było wymagane w warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Prezes UZP stwierdził, że zarówno dokumentacja postępowania, jak też oświadczenie dołączone do zastrzeżeń, nie potwierdzają, że p. Cz. pełnił funkcję kierownika robót (budowy) sanitarnych, podczas realizacji co najmniej 1 budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m.

Ponadto Prezes UZP zauważył, że wskazany w zastrzeżeniach drugi kierownik robót sanitarnych – p. M. K., pomimo pełnienia funkcji kierownika budowy w trakcie realizacji robót budowlanych kanalizacji sanitarnej o długości 2,248 km w terminie 4 lipca 2013 r. – 30 czerwca 2014 r., nie spełnia warunku 4-letniego doświadczenia zawodowego, określonego przez zamawiającego, ponieważ posiada jedynie 2,5 roku doświadczenia zawodowego podanego w załączniku „Potencjał Kadrowy”.

Podsumowując, zdaniem Prezesa UZP, treść złożonego przez Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. załącznika „Potencjał kadrowy” nie wskazuje, aby p. W. Cz. lub p. M. K. spełniali wymagania określone przez zamawiającego w stosunku do osoby mającej pełnić funkcję kierownika robót sanitarnych. W sytuacji, gdy z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów nie wynika wprost spełnianie warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, a zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z kolei w wypadku braku przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, również w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający winien wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. uchwała KIO z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt: KIO/KD 44/11, gdzie skład orzekający wskazał, iż „zgodzić się także należało z zarzutem zawartym w *Informacji o wyniku kontroli, iż zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co do której nie wykazano spełniania warunku udziału w postępowaniu, skoro zaniechano wezwania do uzupełnienia dokumentu, do czego obliuguje zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W celu potwierdzenia dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający żądał bowiem złożenia wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności (...). Bezsporne jest, że ze złożonego w ofercie (...) „Wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, stanowiącym załącznik nr 4a do SIWZ, nie wynika, czy wskazane w nim osoby posiadają doświadczenie wymagane przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Załączona tabela, stanowiąca wykaz osób nie zawiera informacji na temat doświadczenia tych osób, czyniąc niemożliwym ocenę, czy wykonawca spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawca nie potwierdził, iż spełnia określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. (...). W sytuacji niezłożenia przez wykonawcę wymaganych oświadczeń lub dokumentów mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca nie potwierdza faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie wynika z tego bynajmniej, że wykonawca ten nie jest w stanie wykonać zamówienia i, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W myśl bowiem zasady, że ciężar udowodnienia faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy, wykonawca winien wykazać, załączając wymagane oświadczenia i dokumenty, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podobnie należy ocenić sytuację, w której wykonawca składa oświadczenie lub dokument, lecz z oświadczenia tego lub dokumentu nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podzielono zatem konkluzję wyrażoną przez organ kontroli, iż zamawiający powinien był wezwać wykonawcę zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi doświadczenie w wymaganym zakresie, (...).”*

Podobne stanowisko w tej kwestii wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 7 września 2016 r., sygn. akt: KIO/KD 54/16: „W ocenie Izby wykonawca nie udowodnił zakresu dostępnego wykonawcy zasobu innego podmiotu oraz sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, co w konsekwencji powinno pociągać po stronie Zamawiającego uruchomienie procedury wynikającej z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (uzupełnienie dokumentów podmiotowych),

a w razie niewypełnienia przez wykonawcę dyspozycji tego przepisu lub dalszego nieudowodnienia przez wykonawcę realnego przekazania zasobu Zamawiający miał podstawę prawną do wykluczenia wykonawcy na zasadzie przepisu art.24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp.”

W konsekwencji, Prezes UZP podtrzymał stanowisko odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu wezwania Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu oraz na wyborze oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej i udzieleniu mu zamówienia.

Natomiast zastrzeżenia do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie niewzwania Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia p. A. W., tj. osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, wskazanego w pkt 2.4 Informacji o wyniku kontroli, zostały uwzględnione.

Ad. 5) Prezes UZP podał, że pismem z dnia 9 listopada 2016 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wskazanie, czy oferta złożona przez Konsorcjum firm: „Plast-Bud” Z. i K. O. (lider) i Przedsiębiorstwo Robót Wodno-Inżynieryjnych „Melwobud” Sp. z o.o. zawierała opinię biegłego rewidenta. Zamawiający, odpowiadając na powyższe wezwanie poinformował, iż ww. oferta takiej opinii nie zawierała. Zamawiający nie wskazał przy tym, iż dysponował przedmiotową opinią złożoną przez ww. wykonawcę w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Prezes UZP, jak podał, prowadząc kontrolę miał obowiązek stwierdzić naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w powyższym zakresie. Zamawiający przekazał wymagane dokumenty i wyjaśnienia dopiero na etapie składania zastrzeżeń, w piśmie z dnia 28 listopada 2016 r. Tym samym, wobec nowych okoliczności faktycznych, poznanych przez Prezesa UZP już po zakończeniu kontroli, Prezes UZP uwzględnił zastrzeżenia Zamawiającego i odstąpił od stwierdzenia naruszenia.

Odnosząc się do prośby Zamawiającego o ponowną ocenę zasadności naruszeń wskazanych w pkt 3 i 6 Informacji o wyniku kontroli oraz ewentualne uznanie, że w przedmiotowym zakresie nie doszło do naruszenia ustawy Pzp Prezes UZP wskazał, iż w treści złożonych zastrzeżeń Zamawiający nie podważał ustalonego w Informacji o kontroli doraźnej następczej naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 32 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisami rozporządzenia w sprawie średniego kursu euro. Niepodważone naruszenia należy zatem przyjąć za uznane przez Zamawiającego. W związku z

powyższym, Prezes UZP podtrzymał stanowisko odnośnie naruszeń wskazanych w pkt 3 i 6 Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż Izba stwierdziła, że ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie są prawidłowe, stąd też Izba uznaje je własne i dokonana oceny zastrzeżeń na ich gruncie.

Jednocześnie Izba wskazuje, że przedmiotowa opinia ogranicza się wyłącznie do oceny zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego i nieuwzględnionych przez Prezesa UZP (art. 167 ust. 1 w zw. z ust. 2 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp).

Ad.1) Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji usług, dostaw lub robót budowlanych powszechnie dostępnych ani definicji powszechnej dostępności. Opierając się na wykładni językowej, pojęcie „powszechnie dostępny” należy rozumieć jako „dotyczący wszystkich, wszystkiego”, pospolity, popularny. Chodzi więc o dobra popularne i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym.

Przedmiot zamówienia powszechnie dostępny to taki, który jest przez rynek często oferowany, a więc duża jest jego podaż, a przez to jest on nietrudny do zdobycia. Przedmiot ten dzięki swej powszechności znany jest przeciętnemu nabywcy, a przez tę szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek standard dóbr, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Powszechnie dostępny oznacza również, że popyt na dany przedmiot jest wysoki (służy bowiem zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb), a tym samym świadczy to o jego nieskomplikowanym charakterze. Przedmiot zamówienia, który będzie powszechnie dostępny może nabyć każdy, bez jakichkolwiek utrudnień.

Użycie sformułowania „o ustalonych standardach jakościowych” oznacza, zdaniem Izby, że przedmiotem zamówienia mogą być dostawy, usługi, roboty budowlane nietypowe lub specjalistyczne. Pojęcia tego nie należy stosować do dóbr, których standardy jakościowe są ustalane w celu zaspokojenia indywidualnych potrzeb zamawiającego.

Przez „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy i usługi, robót budowlanych, niewymagające skomplikowanego opisu.

Odnosząc powyższego do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że roboty kanalizacyjne, będące przedmiotem niniejszego zamówienia, nie są pospolite, w tym znaczeniu, że popyt na nie jest duży, bo służą zaspokajaniu bieżących potrzeb. Zdaniem Izby, są to roboty specjalistyczne, które nie są potrzebne przeciętnemu odbiorcy. Ten bowiem nie zaspokaja przez ich nabywanie swoich codziennych potrzeb.

Przedmiotowe roboty nie mają też „ustalonych standardów jakościowych”, bowiem te nie są znane przeciętnemu odbiorcy, ale ustalane są w oparciu o indywidualne potrzeby i wymagania ich nabywcy. „Ustalony standard jakościowy” to taki, który przez ogół odbiorców byłby podobnie definiowany, czego z pewnością nie można powiedzieć o robotach kanalizacyjnych. W ocenie Izby, większość konsumentów miałaby problem z określeniem jakichkolwiek cech jakościowych tych robót. Z tych względów, w ocenie Izby, prawidłowe jest stanowisko Prezesa UZP, który stwierdził, że w tym stanie faktycznym zastosowanie jedynego kryterium oceny ofert, którym była cena, stanowiło naruszenie przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający kwestionując stanowisko Prezesa UZP wskazał szereg okoliczności, które nie mają znaczenia dla stwierdzonego naruszenia albo też nie wywiódł z nich żadnych wniosków.

Po pierwsze, Zamawiający podniósł, że przepisy ustawy Pzp nie wskazują, jakie znaczenie należy przypisać poszczególnym kryteriom oceny ofert. W istocie tak jest, ale nie zmienia to faktu, że w przypadku zamówień, które nie są powszechnie dostępne i nie mają ustalonych standardów jakościowych, cena nie może być jedynym kryterium oceny ofert.

Prawdą też jest, jak wskazuje Zamawiający, że przepisy nie zawierają definicji dostaw, usług, robót budowlanych „powszechnie dostępnych”, jednakowoż w tej sytuacji trzeba sięgnąć do reguł wykładni przepisów prawa. Nadto, teza ta nie ma żadnego związku z oceną przedmiotowego zamówienia, bowiem Zamawiający nie prezentuje proponowanej wykładni w tym przedmiocie.

Dalej, okoliczność, że cena stanowi obligatoryjne kryterium oceny ofert pozostaje irrelevantna dla oceny przedmiotu niniejszego zamówienia.

W zakresie „ustalonych standardów jakościowych” Zamawiający odwołał się do orzecznictwa, które podjęło próbę zdefiniowania tego pojęcia, ale na tym Zamawiający poprzestał, tak więc brakuje tutaj jakiegokolwiek substratu do oceny.

Zamawiający podniósł również, że wynik kontroli nie będzie miał charakteru obiektywnego, jeżeli rozstrzygnięcie w tym przedmiocie opiera się na przywołaniu znanego Prezesowi UZP orzecznictwa lub piśmiennictwa, w oderwaniu od analizy indywidualnego charakteru zamówienia. Jednakże Zamawiający nie zakwestionował adekwatności powołanego orzecznictwa, nie wskazał, że istnieje linia orzecznicza, która pozostaje w opozycji do tej powołanej przez Prezesa UZP. Izba nie stwierdziła również, że ocena

Prezesa UZP w tym przedmiocie nie opiera się na ustalonym stanie faktycznym i że ustalenia te nie są prawidłowe.

Zamawiający wskazał również, że należy pamiętać o potrzebie zachowania logiki wywodów i wewnętrznej spójności uzasadnienia stanowiska, niemniej jednak nie podał żadnych przykładów, które wskazywałyby, że twierdzenia Prezesa UZP są nielogiczne czy też niespójne.

Zdaniem Zamawiającego, brak jest podstaw do twierdzenia, że wymagania odnośnie materiałów i jakości robót, zawarte w dokumentacji projektowej są ponadprzeciętne i nie są powszechnie stosowane, zaś rozwiązania zrealizowane w oparciu o dokumentację projektową nie są dostępne na rynku i nie służą nieograniczonej grupie konsumentów. Jednakże poza przytoczoną konstatacją brak jakichkolwiek twierdzeń przeciwnych. Zamawiający kwestionuje też, że to nie standard, ale charakterystyka i zakres prac muszą być dostosowane do Zamawiającego. Zdaniem Izby, wszystkie te okoliczności i fakt, że wymagają uwzględnienia indywidualnych wymagań Zamawiającego przeczy tezie o „powszechniej dostępności” i „ustalonych standardach” przedmiotu zamówienia.

W opinii Zamawiającego, do oceny niniejszego zamówienia należy przyjąć kryterium „przeciętności”, które referuje do skali stosowanych w powszechnej praktyce rozwiązań i stopień ogólnego rozeznania i rozwoju co do możliwości zastosowania. Odwołując się do powyższego Zamawiający nie dokonał oceny niniejszego stanu faktycznego w świetle powołanego kryterium. Zresztą, gdyby nawet przyjąć je do oceny, to jej wynik, zdaniem Izby, byłby niekorzystny dla Zamawiającego. Przeciętny to nie specjalistyczny, a zdaniem Izby, właśnie specjalistyczny jest przedmiot niniejszego zamówienia.

Dalej, Zamawiający stoi na stanowisku, że wiedza i doświadczenie powszechnie wymagane oraz dostępność danego typu prac na rynku legły u podstaw zastosowania tylko jedyne kryterium, jakim jest „cena”. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że podmiot realizujący przedmiotowe zamówienie miał legitymować się wiedzą i doświadczeniem powszechnie wymaganym. Powszechnie wymagane doświadczenie należy oceniać w aspekcie obiektywnym, a nie w odniesieniu do specjalistycznego zamówienia. Podobnie dostępność tego typu robót.

Oczywistym jest, że przedmiot zamówienia jest dostosowany do wymagań zamawiającego, bo to on je określa. Jednak z faktu dostosowania go do wymogów zamawiającego wynika, zdaniem Izby, jego złożoność, przy czym nie chodzi o podstawowe wymogi, których zazwyczaj przy dobrach powszechnie dostępnych się nawet nie określa, ale chodzi o wymogi co do szczegółów.

Nie jest tak, jak twierdzi Zamawiający, że do realizacji każdego zamówienia jest potrzebna jakaś szczególna wiedza i doświadczenie. W przypadku właśnie usług

powszechnie dostępnych nie ma nawet potrzeby formułowania warunków udziału w postępowaniu.

Ad. 2) Zamawiający przyznał, że nie zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Istniała więc rozbieżność w tym przedmiocie pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu a treścią SIWZ.

Okoliczność, że powyższe nastąpiło przez omyłkę nie ma żadnego znaczenia, bowiem treść przepisu art. 47 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że obowiązkiem zamawiającego, w sytuacji, gdy opisał warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, było zawarcie go w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Irrelevantna dla powyższej oceny pozostaje okoliczność, że SIWZ była dostępna na stronie internetowej Zamawiającego od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Ustawodawca nie uznał bowiem, że zamieszczenie opisu warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w SIWZ zwalnia zamawiającego z obowiązku zawarcia tych postanowień w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że jak twierdzi Zamawiający, podstawę składania ofert stanowi SIWZ. Powyższe bowiem w żaden sposób nie modyfikuje obowiązku Zamawiającego w zakresie formułowania treści ogłoszenia o zamówieniu.

Analogicznie należy ocenić i te okoliczności, że żaden z wykonawców nie mógł mieć wątpliwości co do wymagań Zamawiającego w zakresie warunku, dotyczącego wiedzy i doświadczenia, co dodatkowo potwierdza fakt, że żaden z wykonawców nie złożył pytań. Wszystkie wskazane okoliczności pozostają bez wpływu na obowiązki Zamawiającego w zakresie zawartości ogłoszenia o zamówieniu.

Sam Zamawiający stwierdził, że intencją ustawodawcy było, aby ogłoszenie o zamówieniu zawierało minimalny katalog informacji, które znajdują się także w SIWZ. Zaś, ten minimalny katalog określa przepis art. 41 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, choć Zamawiający te regulacje pominął, formułując treść ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający przyznał również, że ważne jest, aby nie było rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu, jednakże temu nie sprostał. Okoliczność, że „SIWZ zawiera nieco więcej niż ogłoszenie”, w niniejszej sprawie, nie może być niczym usprawiedliwiona, bowiem stanowi o przekroczeniu ww. przepisów prawa.

Natomiast fakt, że przedmiotowe zamówienie nie miało wpływu na wynik postępowania pozostaje niesporny.

Ad. 4)

Izba nie objęła rozpoznaniem zastrzeżeń Zamawiającego, dotyczących niewzwania Wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, do uzupełnienia Wykazu osób w zakresie doświadczenia p. A. W., tj. osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, gdyż te zostały uwzględnione przez Prezesa UZP.

Co do doświadczenia p. M. K., proponowanego na stanowisko kierownika robót sanitarnych, Zamawiający wskazał, że wykonał on 2,248 km kanalizacji sanitarnej, pełniąc funkcję kierownika budowy. Jednakże Zamawiający pominął, że ww. nie spełnia wymaganego 4-letniego doświadczenia zawodowego, określonego przez Zamawiającego. Ww. osoba, jak wynika z załącznika „Potencjał kadrowy”, legitymuje się jedynie 2,5-letnim doświadczeniem zawodowym,

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcy zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w treści SIWZ określa zaś sposób wykazania spełnienia rzeczonych warunków. Zaniechanie powyższego przez wykonawcę skutkuje, zgodnie z powołanym przepisem, wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W świetle powołanego przepisu nie ma znaczenia, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, ale czy wykazał ich spełnianie, w sposób wymagany przez zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu, m.in. w zakresie potencjału kadrowego (pkt 6.1.3. IDW). Jednocześnie Zamawiający określił, że dokumentem, który ma potwierdzać spełnienie przedmiotowego warunku jest Wykaz osób. Z rzeczonego Wykazu, złożonego przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana nie wynika, że p. W. Cz. spełnia warunek w zakresie doświadczenia. W rzeczonym dokumencie potwierdzono jedynie 8-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót, brak natomiast jakiegokolwiek potwierdzenia, jeśli idzie o realizację co najmniej jednego zamówienia, polegającego na budowie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości co najmniej 1000 m.

Wiedza Zamawiającego w tym zakresie nie może mieć rozstrzygającego znaczenia. Zamawiający określił bowiem dokumenty, za pomocą których należy wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nawet, oświadczenie W. Cz. z dnia z dnia 28 grudnia 2014 r., gdyby je uznać za podlegające ocenie, choć nie jest to możliwe w świetle postanowień SIWZ, również nie potwierdza spełniania spornego warunku. Co więcej, mowa w nim o pełnieniu funkcji „majstra na budowie”, która nie jest tożsama ze stanowiskiem „kierownika robót sanitarnych”.

W tych okolicznościach Zamawiający zobowiązany był, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać rzeczonego Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego Wykazu. Z całą mocą podkreślić należy, że wskazany przepis kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1

ustawy Pzp, w sytuacji, w której złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Zatem, obowiązku tego nie można zastąpić innymi czynnościami Zamawiającego czy też posiadaną wiedzą. Tym samym nie budzi wątpliwości naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający dopuszczając do wyboru oferty najkorzystniejszej przez Wykonawcę, który nie potwierdził spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu złamał przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, nakazujący wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie stwierdzić należy, iż rację ma Prezes UZP, że opisane działanie doprowadziło do naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem zamówienia udzielono Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Rzeczony naruszenia mogły mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, bowiem po pierwsze, nawet gdyby wziąć pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego, a nie wymagany, w celu potwierdzenia spornego warunku, dokument, brak potwierdzenia, że wskazane wyżej osoby spełniają warunki w zakresie posiadanego doświadczenia. Po drugie zaś, wykonawca wezwany może nie wykonać prawidłowo wezwania i wtenczas aktualizuje się również przesłanka do wykluczenia go z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Zatem, nie jest tak, jak twierdzi Zamawiający, że wspomniany Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w każdym razie nie zostało to wykazane, a zatem nie ma podstaw do zmiany kwalifikacji przedmiotowego naruszenia na niemające wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Ad. 5) Izba nie objęła rozpoznaniem zastrzeżeń Zamawiającego, dotyczących braku wyjaśnień, czy złożone przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta, gdyż te zostały uwzględnione przez Prezesa UZP.

Wniosek o ponowną analizę zarzutów w zakresie pkt 1 i 2 Informacji nie mógł zostać uwzględniony, gdyż w tym zakresie brak substratu do oceny. Zamawiający nie sformułował w tym przedmiocie żadnych zastrzeżeń.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby, wyraził opinię ja w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....