

UZP/DKUE/KD/33/16

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Krzymów ul. Kościelna 2 62 – 513 Krzymów
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	„Budowa Wieży Widokowej na terenie Rezerwatu Przyrody Złota Góra, Gmina Krzymów”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	247.947,40 zł (co stanowi równowartość 61.684,60 euro)
Środki UE:	Brak

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

I. Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania ustalono, iż przedmiotem zamówienia była budowa wieży widokowej na terenie Rezerwatu Przyrody Złota Góra o powierzchni zabudowy – 58,90 m² i wysokości – 29,20 m. Zamawiający dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia

(sekcja V.2.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: „SIWZ”) wymagał od wykonawców wykazania należytego wykonania co najmniej 1 najważniejszej roboty budowlanej w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie potwierdzającej, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający wskazał, iż za roboty podobne uzna roboty budowlane o wartości kosztorysowej minimum 200.000,00 zł brutto, polegające na wykonaniu wieży widokowej o podobnej wysokości.

W jedynej złożonej ofercie, wykonawca [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, załączył do oferty formularz: „Wykaz robót budowlanych”. Przedstawione roboty zostały wykonane na rzecz zamawiającego [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] przez [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE], który zobowiązał się do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zakres robót w wykazie o wartości 201.000,00 zł, wykonanych w okresie 15.09.2008 r. – 01.12.2010 r., opisano następująco: *„kapitalny remont plebanii, dachu plebanii, dachu kościoła i wieży”*. Dla potwierdzenia powyższego oświadczenia, wykonawca załączył referencje z dnia 15.12.2010 r. wystawione przez [REDAKTOWANE]. Do ww. oferty zostało dołączone zobowiązanie do udostępniania zasobów [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE], z którego wynika zobowiązanie do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, uczestnicząc w charakterze doradcy na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia oraz informacja, iż nie będą brali udziału w realizacji części zamówienia.

W związku z powyższym, po pierwsze należy zauważyć, że jak wynika z formularza „Wykaz robót budowlanych” oraz referencji z dnia 15.12.2010 r. *„kapitalny remont plebanii, dachu plebanii, dachu kościoła i wieży”* wyniósł 201.000,00 zł brutto. Ani w wykazie robót budowlanych, ani w referencjach, nie wskazano, jaka jest wysokość wieży i czy jest to wieża widokowa. Ponadto, biorąc pod uwagę wartość wskazanych robót (201.000,00 zł) obejmujących zarówno remont plebanii, dachu plebanii, dachu kościoła, jak i wieży, z dużą pewnością można przyjąć, że wartość remontu samej wieży nie mogła wynieść co najmniej

200.000,00 zł, gdyż wtedy wartość wszystkich pozostałych robót musiałaby wynosić zaledwie 1.000,00 zł.

Powyższe stanowi, iż ani z wykazu ani z referencji z dnia 15.12.2010 r. wystawionych przez [REDAKTOR] nie wynika, aby [REDAKTOR], na którego zasoby powoływał się wykonawca [REDAKTOR], wykonał robotę budowlaną o wartości minimum 200.000,00 zł brutto, polegającą na wykonaniu wieży widokowej o podobnej wysokości. Tym samym ze złożonych dokumentów nie wynika, aby wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu.

Po drugie, należy zauważyć, że wykonawca wykazał ww. doświadczenie powołując się na zasoby podmiotu trzeciego - [REDAKTOR]. Wykonawca przedstawił zobowiązanie tego podmiotu, w którym wpisano, że podmiot trzeci odda do dyspozycji niezbędne zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia „uczestnicząc w charakterze doradcy na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia (...) nie będziemy brali udziału w realizacji części zamówienia”.

Stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Oznacza to, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Zamawiający zobowiązany jest zaś do ich weryfikacji w celu upewnienia się, że zakres i sposób udostępnienia zasobów umożliwi wykonawcy, który sam nie posiada wystarczającego doświadczenia, należyście zrealizować zamówienie. Jeżeli zakres lub sposób udostępnienia zasobów nie jest wystarczający i nie gwarantuje właściwego wykonania zamówienia, zamawiający ma obowiązek żądać uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że zasoby będą udostępnione w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób, a także wykluczyć wykonawcę z postępowania.

W niniejszej sprawie ze złożonego przez wykonawcę zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten będzie pełnił przy wykonywaniu robót budowlanych funkcję doradcy. Biorąc jednakże pod uwagę, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, nie można

uznać, że jest funkcja wystarczająca, zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca poza doświadczeniem podmiotu trzeciego nie wykazał żadnego własnego doświadczenia, a dodatkowo podmiot trzeci w zobowiązaniu nie wskazał, w jakim zakresie będzie doradzał i na jakich zasadach (np. oddeleguje na stałe doświadczonych pracowników do nadzorowania prawidłowości prowadzonych robót, czy będzie konsultował prawidłowość wykonywania robót na miejscu budowy, czy też na spotkaniach poza budową, czy będzie jedynie udzielał porad telefonicznych). W tym stanie rzeczy nie można uznać, że wykonawca wykazał, że będzie realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, a co za tym idzie – że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, 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, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy [REDAKTOR] do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania roboty budowlanej o wartości minimum 200.000,00 zł brutto, polegającej na wykonaniu wieży widokowej o podobnej wysokości, jak też nie wezwał go do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie zasobów w wystarczającym do należytego wykonania zamówienia zakresie i w wystarczający sposób. Zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, że zasoby wiedzy i doświadczenia zostały mu udostępnione przez podmiot trzeci w sposób realny oraz że doświadczenie tego podmiotu trzeciego spełnia opisany warunek wiedzy i doświadczenia w

zakresie rodzaju, wysokości i wartości wykonanej wieży, należy wskazać na mające także zastosowanie w sprawie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 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. Należy przy tym podkreślić, że spełnianie ww. warunków służy potwierdzeniu, że wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, zaś *a contrario* stwierdzić należy, że wykonawca nie spełniający 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, że ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Tym samym niedopuszczalne jest, 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. Art. 7 ust. 3 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.

Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykazał, że w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie zasobów wiedzy i doświadczenia, a nadto że udostępnione mu teoretycznie przez podmiot trzeci doświadczenie jest zgodne z warunkiem posiadania

doświadczenia w wykonaniu wieży widokowej o podobnej wysokości i wartości robót co najmniej 200.000,00 zł brutto. Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie w toku kontroli zostało stwierdzone, że zamawiający nie podjął czynności weryfikacji doświadczenia tegoż wykonawcy w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. opisany warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego oraz wykazu robót. Tym samym zamawiający zaniechał dokonania obowiązku weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, w żaden sposób nie usunąwszy wadliwości złożonej przez niego oferty, a co więcej – następnie udzielił mu zamówienia.

Powyższe oznacza, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. wybrał ofertę wykonawcy nie dającego 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 zamawiający naruszył zakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Zakaz 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. zakazu świadczy o niedopuszczalności wyboru oferty wykonawcy [REDAKTED] 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 mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

II. W treści ogłoszenia o zamówieniu sekcja III.4.3.1) tiret drugi oraz w sekcji VI.E.2) SIWZ, zamawiający postanowił, iż wykonawca, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przedkłada dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie – wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamawiający nie żądał przedłożenia aktualnych dokumentów, mających na celu potwierdzenie, że nie orzeczono wobec nich zakazu ubiegania się o zamówienie. Natomiast, wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tzw. „podmioty zagraniczne”, zostali zobowiązani do złożenia dokumentów wskazanych w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret pierwszy i trzeci, tj. odpowiedników dokumentów, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Tym samym od wykonawców zagranicznych żądano złożenia także dokumentu potwierdzającego brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie, nie wymaganego ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ od wykonawców krajowych.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców. Zatem zamawiający został zobowiązany do zapewnienia, aby wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także podmioty, które mają miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej miały możliwość ubiegania się o zamówienie na takich samych zasadach.

W konsekwencji wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret trzeci ww. rozporządzenia.

Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret trzeci rozporządzenia nie ma wpływu na wynik postępowania.

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