

UZP/DKUE/KD/31/2015

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

Zamawiający:	Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Białymstoku ul. Handlowa 6 15-399 Białystok
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	przebudowa grobli oporowej Jeziora Rajgrodzkiego w miejscowości Tama
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	2.950.943,43 zł (co stanowi równowartość – 734.138,58 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania 125 schemat II „Poprawianie i rozwijanie infrastruktury związanej z rozwojem i dostosowaniem rolnictwa i leśnictwa przez gospodarowanie rolniczymi zasobami wodnymi”

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, przedmiot kontrolowanego zamówienia pn.: „Przebudowa grobli oporowej Jeziora Rajgrodzkiego w miejscowości Tama” obejmował:

- zebranie warstwy humusowej;
- zebranie warstw nie budowlanych, korzeni, głazów, itp.;
- wykonanie wykopów do poziomu 117,50 m n. p. m.;
- wbicie ścianki szczelnej z PCV;
- wykonanie nasypów z jednoczesnym ich zagęszczeniem i ukształtowaniem skarp;
- zamocowanie siatki przeciw bobrom;
- wykonanie umocnienia skarp grobli glebą z nasionami traw;

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał projekt budowlany, projekt wykonawczy, przedmiar robót oraz STWiORB.

W pkt 1.5.13 STWiORB Wymagania ogólne ST-00.00 „Równoważność norm i zbiory przepisów prawnych” zapisano: „Gdziekolwiek w dokumentach kontraktowych powołane są konkretne normy i przepisy, które spełniać mają materiały, sprzęt i inne towary oraz wykonane i zbadane roboty, będą obowiązywać postanowienia najnowszego wydania lub poprawionego wydania powołanych norm i przepisów o ile w warunkach kontraktu nie postanowiono inaczej. W przypadku gdy powołane normy i przepisy są państwowe lub odnoszą się do konkretnego kraju lub regionu, mogą być również stosowane inne odpowiednie normy lub wyższy poziom wykonania niż powołane normy lub przepisy, pod warunkiem ich sprawdzenia i pisemnego zatwierdzenia przez Inżyniera”.

W pkt 3.4 Projektu wykonawczego „Ścianki z grodziec PCV” określono m. in. ich właściwości fizyko-mechaniczne oraz szczegółowe parametry. Jednocześnie zastrzeżono, że „dopuszcza się stosowanie innych rodzajów grodziec winylowych do planowanych prac, lecz o parametrach równych lub lepszych od przewidzianych materiałów. Grodziec winylowe powinny mieć Aprobatę Techniczną wydaną przez ITB.”

W projekcie umowy oraz w umowie nr 6/IM/RI/2014 zawartej z wykonawcą HYDROBUD xxxxx Sp. jawna w dniu 17 lutego 2014 r. nie przewidziano zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty polegającej na możliwości zastosowania innych materiałów niż zaoferowane.

Na podstawie dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania ustalono, że pismem z dnia 11 marca 2014 r. wykonawca HYDROBUD xxxxx Sp. jawna wystąpił do

zamawiającego z wnioskiem o „zmianę narzuconych w projekcie grodzic winylowych ze względu na brak takiego materiału na rynku. Wg wymagań projektowych narzucone grodzice powinny posiadać aprobatę ITB, natomiast dostępne na rynku nie posiadają takiego dokumentu. (...) proponujemy przyjęcie grodzic EPZ-25 firmy Agastyl, które spełniają parametry wytrzymałościowe dla warunków gruntowych podanych w projekcie oraz posiadają wymaganą aprobatę ITB”.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższą prośbę, zwrócił się do biura projektowego DHV HYDROPROJEKT Sp. z o.o. o rozważenie możliwości zmiany podanych w projekcie grodzic winylowych na inne, które będą spełniały parametry wytrzymałościowe dla warunków gruntowych podanych w projekcie oraz posiadające wymaganą aprobatę ITB.

Pismem z dnia 18 marca 2014 r. ww. biuro projektowe wyjaśniło, iż „stwierdzenie przez wykonawcę, że projektowane grodzice winylowe są narzucone i nie ma takiego materiału na rynku jest błędne. Podczas przeprowadzania obliczeń statyczno-wytrzymałościowych, projektant na wstępie musiał założyć, jaki materiał (typ, rodzaj) będzie odpowiedzialny za stateczność całej grobli i przyjąć taką grodzicę, której wytrzymałość nie poprowadzi do awarii konstrukcji. Projektant w formie tabeli zawartej zarówno w opisie technicznym, jak i STWiORB, podał właściwości przyjętej grodzicy. Wskazując, przy tym że nie można zastosować grodzic o niższych właściwościach, tylko równoważnych lub wyższych. W związku z powyższym zastosowanie grodzicy zaproponowanej przez wykonawcę (EPZ-25 firmy Agastyl) o właściwościach niższych niż zakładane jest nie do zaakceptowania.

Wyjaśniając stwierdzenie o braku aprobaty technicznej ITB. W opisie technicznym wdarł się literalny błąd, gdyż powinien być skrót „ITP”, a nie „ITB”, dokładnie tak jak jest napisane w STWiORB, która jest integralną częścią przekazanego opracowania. Wykonawca tą rozbieżność, powinien zgłosić na etapie przetargu w celu wyjaśnienia. Proponowana grodzica przez wykonawcę (EPZ-25 firmy Agastyl), nie posiada aprobaty technicznej ITB, tylko rekomendacje ITB. Zastosowane grodzice winny posiadać aprobatę techniczną ITP, bądź innego instytutu”.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2014 r. wykonawca HYDROBUD xxxxx Sp. jawna ponownie zwrócił się do zamawiającego „o dopuszczenie i zatwierdzenie zastosowania przez realizacji zadania grodzic EPZ-25/11 (...) biorąc pod uwagę sugestie projektanta oraz wykonane przez nas obliczenia, proponujemy zastosowanie grodzic EPZ-25/11, o grubości ścianki zgodnej z dokumentacją projektową, tj. 11 mm, produkowanych przez firmę AGASTYL”.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższą prośbę, ponownie zwrócił się do biura projektowego DHV HYDROPROJEKT Sp. z o.o. udzielenie odpowiedzi, czy grodzica EPZ-25/11 może być zastosowana na przebudowywanej grobli oporowej.

Pismem z dnia 7 maja 2014 r. ww. biuro projektowe wyjaśniło, iż „wykonawca nie podaje żadnych parametrów wytrzymałościowych zaproponowanej grodzicy EPZ-25/11 firmy AGASTYL, a jedynie jej parametry materiałowe. Zgodnie z projektem wykonawczym, jak i STWiOR czynnikami decydującymi o przyjęciu grodzic są: wskaźnik wytrzymałości przekroju i moment bezwładności przekroju, których wykonawca nie ujął w swoim piśmie. (...).

Z uwagi na powyższe, prosimy o podanie ww. bardzo istotnych parametrów grodzicy (wskaźnik wytrzymałości przekroju i moment bezwładności przekroju) oraz przekazanie odpowiednich dokumentów (aprobata techniczna, deklaracja zgodności). Po otrzymaniu tych informacji wypowiemy się czy proponowane grodzice są możliwe do zastosowania”.

Wykonawca HYDROBUD xxxxx Sp. jawna pismem z dnia 4 czerwca 2014 r. poinformował zamawiającego, iż zlecił projektantowi, p. yyyyy wykonanie analizy obliczeń statycznych oraz aktualizację technologii wykonania robót z zachowaniem rozwiązań przyjętych w projekcie dla grodzic wykonanych przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe AGASTYL w Ełku. Do pisma wykonawca załączył ekspertyzę techniczną z obliczeniami.

Pismem z dnia 4 czerwca 2014 r. zamawiający przekazał do biura projektowego DHV HYDROPROJEKT Sp. z o.o. ww. ekspertyzę i zwrócił się z prośbą o ustosunkowanie się i zajęcie ostatecznego stanowiska w kwestii zastosowania grodzic PVC EP2-25/21/11.

Pismem z dnia 9 czerwca 2014 r. biuro projektowe DHV HYDROPROJEKT Sp. z o.o. poinformowało zamawiającego, iż „w ramach nadzoru autorskiego, na podstawie materiałów dostarczonych przez wykonawcę robót, wykonano sprawdzenia proponowanych korekt projektowych. Wykonano ponowne obliczenia statyczne sprawdzające możliwość zmiany rodzaju grodzic winylowych i zastosowania proponowanych grodzic PVC EPZ-25/21/11. (...). Podsumowując zaproponowany materiał spełnia wszystkie założenia projektowe, a więc możliwe było zatwierdzenie proponowanych zmian”.

Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2014 r. poinformował wykonawcę HYDROBUD xxxxx Sp. jawna, iż „Biuro projektowe opiniuje pozytywnie rozwiązania przyjęte w ekspertyzie i wyraża zgodę na możliwość zastosowania grodzic PVC EP2-25/21/11 przy przebudowie grobli oporowej jeziora Rajgrodzkiego.

Tutejszy Zarząd przychylił się do pozytywnej oceny i akceptuje powyższą zmianę pod warunkiem utrzymania ceny ofertowej przedstawioną przez waszą firmę.

Jednocześnie projektant odniósł się pozytywnie do rozwiązań projektowych, nie zawierających istotnych zmian od zatwierdzonego projektu budowlanego”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że we wniosku o kontrolę zarzucono zamawiającemu, iż „Zmiana umowy dopuściła (...) zastosowanie grodzic o parametrach niższych od tych zakładanych pierwotnie w dokumentacji projektowej. Wprowadzone zmiany

(...) są zmianami istotnymi, bowiem wpływają na całkowity koszt realizacji umowy wprowadzając po stronie wykonawcy znaczące oszczędności, których wiedza na etapie składania ofert bez wątpienia wpłynęłaby na zwiększenie ilości składanych ofert przez innych wykonawców. (...). Nie bez znaczenia również pozostaje fakt, iż w związku z bezpośrednim zwróceniem się do zamawiającego w sprawie wyjaśnienia powyższych kwestii, zamawiający wskazał, iż zaproponowana zmiana w zakresie zastosowania grodzic o parametrach innych niż zakładane uzyskała pozytywną opinię projektanta po uprzednim przedstawieniu wyników ekspertyzy technicznej dotyczącej analizy obliczeń statystycznych i aktualizacji technologii wykonania robót. Oznacza to tym samym, iż dopuszczono grodzice o parametrach niższych od zakładanych pierwotnie w projekcie, a zatem dopuszczono się niedozwolonej zmiany umowy poprzez faktycznie zastosowane grodzice o parametrach niższych niż zakładane, dające po stronie wykonawcy określone oszczędności, których wiedza na etapie składania ofert, pozwoliłaby na wzięcie udziału w danym postępowaniu większej ilości Wykonawców.

Na potwierdzenie swojego stanowiska, wnioskodawca przedstawił kopię opinii sporządzonej przez Zespół Rzeczoznawców Oddziału Łódzkiego Polskiego Związku Inżynierów i Techników Budownictwa, z której wynika, iż „1). Z porównania grodzic wyspecyfikowanych w projekcie [2.1], z grodzicami użytymi do wykonania grobli na mocy ekspertyzy [2.2] wynika, że użyte grodzice mają parametry niższe niż grodzice wyspecyfikowane w projekcie”.

Ustosunkowując się do ww. zarzutów zamawiający wyjaśnił, że „W trakcie realizacji zadania wykonawca przedłożył zamawiającemu Ekspertyzę Techniczną, w której zawarte zostały obliczenia statyczne i aktualizacja technologii wykonania robót z zachowaniem rozwiązań przyjętych w projekcie dla grodzic wykonanych przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe AGASTYL - EPZ- 25/21/11. Następnie zamawiający wystąpił do Biura Projektowego HYDROPROJEKT z Włocławka (będącego autorem projektu) o ustosunkowanie się do w/w Ekspertyzy i podjęcie stanowiska w sprawie możliwości zastosowania grodzic PCV EPZ-25/21/11. W piśmie z dnia 9 czerwca 2014 r., autorka projektu Pani qqqqq, odnosząc się do zapisu z projektu wykonawczego, iż „dopuszcza się stosowanie innych rodzajów grodzic winylowych do planowanych prac, lecz o parametrach równych lub lepszych od przewidzianych materiałów”, poinformowała zamawiającego, że w ramach nadzoru autorskiego, wykonano ponowne obliczenia statyczne sprawdzające możliwość zmiany rodzaju grodzic winylowych i zastosowania proponowanych grodzic PVC EPZ-24/21/11. Na podstawie wykonanych obliczeń statycznych, analizując ich wyniki dla poszczególnych przekrojów obliczeniowych potwierdziła, że otrzymane maksymalne wartości sił tnących, maksymalnych momentów występujących w ściankach oraz maksymalne siły w ściągach kotwiących ścianki pozwalają na zastosowanie grodzic PCV zaproponowanych przez wykonawcę, jak również, że analizowany materiał spełnia wszystkie założenia

projektowe, a więc możliwe było zatwierdzenie proponowanych zmian, tym samym parametry materiałowe zostały zachowane, zgodnie z zastrzeżeniem cytowanym powyżej. Proponowana zmiana grodzic nie powodowała też zwiększenia kosztów inwestycji leżących po stronie zamawiającego. W związku z powyższym zamawiający wyraził zgodę na zastosowanie grodzic PVC EPZ-25/21/11. Fakt akceptacji zmiany grodzic został odnotowany w dzienniku budowy realizowanego zadania wpisem z nadzoru autorskiego dokonanego w dniu 26 czerwca 2015 r. (...). Zdaniem zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany grodzic i określił warunki zmiany w siwz, które to warunki zostały zachowane. (...). Ponadto, Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego w Białymstoku w dniu 12 stycznia 2015 r. przeprowadził kontrolę powyższego zadania inwestycyjnego, nie stwierdzając nieprawidłowości przy realizacji budowy, a po przedstawieniu wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie wraz z wymaganymi dokumentami, w dniu 5 marca 2015 r. wydał decyzję udzielającą pozwolenia na użytkowanie grobli oporowej Jeziora Rajgrodzkiego w miejscowości Tama. Potwierdza to fakt, że wykonanie i nośność konstrukcji jest poprawna, zgodna ze sztuką budowlaną”.

Mając na uwadze zarzuty wskazane we wniosku o kontrolę oraz wyjaśnienia złożone przez zamawiającego, w celu ustalenia, czy w przedmiotowym postępowaniu mogło dojść do nieuzasadnionej zmiany umowy, Prezes Urzędu zwrócił się do biegłego w sprawie wydania opinii:

- 1) czy zastosowane w trakcie realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę HYDROBUD xxxxx Sp. jawna parametry grodzic, wykonane przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe AGASTYL – typ EPZ-25/21/11 są nie niższe, niż były wymagane w dokumentacji projektowej dotyczącej przedmiotowego postępowania ?
- 2) czy koszt grodzic użytych przez wykonawcę HYDROBUD xxxxx Sp. jawna jest mniejszy, niż koszt grodzic spełniających parametry wymagane w dokumentacji projektowej ?
- 3) czy gdyby wykonawcy od początku mieli wiedzę o tym, że dopuszczalne będzie zastosowanie grodzic użytych przy realizacji zamówienia, mogłoby to wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych przetargiem lub na ceny ich ofert ?

W opinii przesłanej do Urzędu biegły w oparciu o dokumentację dotyczącą przedmiotowego postępowania udzielił odpowiedzi na ww. pytania w następujący sposób:

Ad. 1). *„W ocenie biegłego na podstawie porównania parametrów i własności wytrzymałościowych materiału grodzic wykonanych przez firmę PPH Agastyl (typ. EPZ-25/21/11) przewidzianych do zastosowania na budowie oraz grodzic o parametrach wymaganych opisaną dokumentacją projektową i przetargową (typ. GW-580/11) stwierdzam,*

że zgodnie z przedstawionymi ... parametrami (szerokość, wysokość, wskaźnik przekroju, moment bezwładności, dopuszczalny moment, max. dop. moment) są niższe od wskazanych w projektach i dokumentach przetargowych. Istotne dla wytrzymałości parametry jak wskaźnik wytrzymałości oraz momenty dopuszczalne są mniejsze od wymaganych o ponad 34%”.

Ad. 2). „Koszt materiału grodziec PCV użytych przez wykonawcę na budowie jest niższy od wskazanych w dokumentach przetargowych tj. projekcie budowlanym i wykonawczym oraz specyfikacjach”.

Ad. 3). „Gdyby wykonawcy mieli wiedzę, że na etapie realizacji dopuszczalna będzie zmiana grodziec przyjętych w projekcie i dokumentach przetargowych (typ. GW-580/11) na grodziec (typ. EPZ-25/21/11) zdaniem biegłego zainteresowanie przetargiem byłoby podobne. Jednak złożone oferty mogłyby być niższe, gdyż występuje możliwość zastosowania materiału o niższych parametrach technicznych i odpowiednio tańszego materiału”.

Ponadto w opinii biegły wskazał, iż „wskazane obniżone cechy materiału są istotne i mogą wpływać negatywnie na wytrzymałość i trwałość wykonywanego elementu. (...) Na podstawie opisanych dokumentów przetargowych i projektu budowlanego przedstawionej analizy porównawczej parametrów wysuwam następujące wnioski:

- 1) Podczas realizacji zadania inwestycyjnego wykonania grodziec dla grobli oporowej Jeziora Rajgrodzkiego w miejscowości Tama po ogłoszonym przetargu i podpisaniu umowy doszło do zamiany grodziec określonych projektami i specyfikacjami (typu-GW-580/11) na grodziec (typu. EPZ-25/21/11). W podsumowaniu porównania (Tabela – zał. Nr 33 do opinii) biegły potwierdza, że grodziec (typ. EPZ-25/21/11) posiadają parametry i właściwości techniczno użytkowe niższe od tych w wersji pierwotnej przed zamianą;
- 2) Cena jednostkowa 1 m² ściany z grodziec typu GW-580/11 w szacowanych w kosztach inwestycji wynosiła 230 zł/m² – natomiast oferta wykonawcy obejmowała kwotę jednostkową wysokości – 140 zł/m², tj. o 39,1% niższą od wartości kosztorysowej projektu. Aktualny poziom cen i ten z IV kw 2013 roku wskazuje, że wykonawca robót już przy opracowywaniu oferty mógł założyć możliwość zmiany elementów materiałowych w tym zakresie”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż ustawa Pzp przyjęła jako zasadę niezmiennosc umów zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że co do zasady, umowa zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być

zmieniona w toku jej realizacji. Powyższe stanowi ograniczenie zasady swobody umów, wyrażonej w art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Jednym z przejawów ograniczenia tej swobody są przepisy odnoszące się do wykonywania umów o zamówienia publiczne, głównie dotyczące ich treści oraz zmiany. Po pierwsze bowiem, zakres świadczenia ze strony wykonawcy wynikający z umowy oraz jego zobowiązanie zawarte w ofercie muszą być tożsame (art. 140 ust. 1 ustawy Pzp). Po drugie zakazuje się zawarcia umowy w innym zakresie, niż zakres objęty przedmiotem zamówienia określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niemniej jednak ustawodawca złagodził zasadę niezmienności umów w sprawie zamówienia publicznego regulacją, o której mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Zatem zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalna w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy zmiany umowy mają charakter nieistotny w stosunku do treści oferty (*argumentum a contrario*). Po drugie, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone. Przyjęcie powyższego kierunku wykładni art. 144 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnia wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, w którym ETS wskazał, iż *„zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia”*.

W świetle powyższego, w szczególności mając na uwadze treść opinii sporządzonej przez biegłego, należy stwierdzić, iż zmiana grodzic była zmianą istotną, gdyż zastosowane w trakcie realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę HYDROBUD xxxxx Sp. jawna

grodzice wykonane przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe AGSTYL – EPZ-25/21/11 mają gorsze parametry niż były wymagane w dokumentacji projektowej dotyczącej przedmiotowego postępowania. Zastosowane przez wykonawcę grodzice były również tańsze, co mogło mieć wpływ na ceny złożonych w postępowaniu ofert. Jednocześnie zauważyć należy, że wprawdzie zamawiający przewidział w pkt 3.4. projektu wykonawczego, że dopuszcza zmianę grodzic na grodzice o parametrach równych lub lepszych, ale po pierwsze, nie określił warunków, w których może być dokonana taka zmiana, po drugie – jak wynika z opinii biegłego, zastosowane grodzice mają parametry gorsze od opisanych w projekcie. Tym samym zmiana grodzic została dokonana niezgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający nie określił warunków zmiany, a nawet gdyby zostały określone – nie zachodziły określone w projekcie wymogi co do zmiany, tj. na grodzice równe lub lepsze.

Reasumując, dokonana w powyższym stanie faktycznym przez zamawiającego zmiana umowy, nie wypełniła przesłanek, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

2. Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w Sekcji III pkt 3.2) ogłoszenia o zamówieniu i w rozdziale VIII pkt 2 siwz dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, iż *„wykonawcy powinni wykazać, że zrealizowali (zakończyli) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie (potwierdzone dowodami, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone) o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł brutto, polegające na wykonaniu robót w zakresie budowy, przebudowy lub odbudowy: urządzeń melioracji wodnych podstawowych lub obiektów hydrotechnicznych”*.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Ponadto, zamawiający w siwz (rozdział IX pkt 1.6) przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przewidującego możliwość powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak ustalono w wyniku przeprowadzonej kontroli, wykonawcy: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JAR-BUD” zzzzz oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunalnego „MOSTAR” Sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku udziału w

postępowaniu, działając na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, oparli się na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich. Tym samym, ww. wykonawcy załączyli do ofert „Zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów” o treści *„zobowiązuję/emy się do oddania na rzecz (...) do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wiedza i doświadczenie (...) do realizacji zamówienia pn.: Przebudowa grobli oporowej Jeziora Rajgrodzkiego w miejscowości Tama”*.

Mając na uwadze powyżej ustalony stan faktyczny, należy zauważyć, iż oświadczenia podmiotów, na zasobach których wykonawcy polegają, oparte są o postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i muszą być oceniane zgodnie z obowiązującą wykładnią tej regulacji. Stosownie do brzmienia 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 zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Oznacza to, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia bowiem zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. Innymi słowy, aby zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, tj. w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać. Jeżeli z zobowiązania nie wynika, że zasób jest udostępniany w zakresie niezbędnym i że gwarantuje właściwe wykonanie zamówienia, zamawiający ma obowiązek żądać jego uzupełnienia oraz wykluczyć wykonawcę z postępowania, szczególnie, gdy nie wie jakie zasoby podmiotu trzeciego i na jakich zasadach będą wykonawcy dostępne.

Zgodnie z powyższym, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym przez wykonawców: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JAR-BUD” z zzzzz oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunalnego „MOSTAR” Sp. z o.o. były zobowiązania podmiotów trzecich ograniczające się jedynie do stwierdzenia, że *„zobowiązuję/emy się do oddania na rzecz (...) do dyspozycji*

niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wiedza i doświadczenie (...) do realizacji zamówienia pn.: Przebudowa grobli oporowej Jeziora Rajgrodzkiego w miejscowości Tama”, bez wskazania rodzaju i formy udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia. Zobowiązania o takiej treści nie precyzują zatem, jakie zasoby zostaną udostępnione wykonawcom i w jaki sposób ma to nastąpić. Tym samym treść powyższych dokumentów nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawcy mają rzeczywisty dostęp do wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich udostępniających tego rodzaju zasób i czy jest to dostęp w zakresie wystarczającym do należytej realizacji zamówienia.

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

Reasumując, jeżeli z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika, że zasób jest udostępniany w zakresie niezbędnym i że gwarantuje właściwe wykonanie zamówienia, zamawiający w pierwszej kolejności ma obowiązek żądać jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w wypadku braku przedstawienia dowodów – wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W okolicznościach kontrolowanego postępowania, należy stwierdzić, że zamawiający zobligowany był do wezwania wykonawców: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JAR-BUD” z zzzzz oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunalnego „MOSTAR” Sp. z o.o. do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich w zakresie jednoznacznego i konkretnego wskazania formy udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia oraz sposobu, w jaki wykonawcy będą dysponować ich doświadczeniem, natomiast zaniechanie w powyższym zakresie stanowi naruszenie przez zamawiającego dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, iż ww. wykonawcy nie złożyli najkorzystniejszych ofert w postępowaniu, naruszenie to należy uznać za niemające wpływu na jego wynik.

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.

3. Załącznik do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej:

Tabela załącznik nr 33 do opinii biegłego