

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 15 listopada 2016 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 18 października 2016 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Miasto Sulejówek w Sulejówku, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 11 października 2016 r. (znak: UZP/DKUE/KD/104/2016) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. *Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta Sulejówek*,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Piotr Kozłowski
Izabela Kuciak

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia do wyniku kontroli są niezasadne

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Sulejówek w Sulejówku, przeprowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. *Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta Sulejówek*.

Po przeprowadzeniu kontroli ww. zamówienia, w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* z dnia 11 października 2016 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, m.in.:

„[...]”

1. Jak wynika z dokumentacji dotyczącej kontrolowanego postępowania, przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usługi pełnienia roli Inżyniera Kontraktu dla projektu pn.: *Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie miasta Sulejówek*, w tym pełnienie usługi nad następującymi robotami:

- budowa Stacji Uzdatniania Wody SUW II w Sulejówku o wydajności 50 m³/h zgodnie z pozwoleniem na budowę,
- opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz budowę sieci kanalizacji sanitarnej o dł. ok. 6 km wraz z budową 4 szt. pompowni ścieków, z podziałem na 5 zadań,
- modernizacja 6 pompowni ścieków,
- modernizacja oczyszczalni ścieków.

Jak wynika z § 2 umowy w sprawie zamówienia publicznego, przedmiotem umowy „są usługi świadczone przez Inżyniera Nadzoru, związane z zarządzaniem technicznym, administracyjnym i finansowym inwestycji. Zarządzanie będzie obejmowało m. in. organizację, nadzór i koordynację procesu inwestycyjnego, wykonywanie obowiązków Inżyniera Nadzoru zgodnie z przepisami prawa, w szczególności Prawa budowlanego, sporządzanie raportów, rozliczanie finansowe inwestycji zgodnie z wymaganiami zamawiającego, instytucji zarządzającej i pośredniczących w ramach realizacji przedsięwzięcia (...).”

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

Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), obowiązującą od dnia 19 października 2014 r., została dokonana zmiana przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), w zakresie kryteriów oceny ofert. Po pierwsze, zmienione zostało brzmienie przepisu art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dodanie do wymienionych w nim przykładowych kryteriów oceny ofert, kryteriów odnoszących się do aspektów społecznych i innowacyjnych, oraz rozszerzony został opis kryteriów środowiskowych. Po drugie, został dodany przepis art. 91 ust. 2a, który ma na celu ograniczenie stosowania przez zamawiających ceny, jako jedynego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty tylko do tych zamówień, których przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. W przypadku pozostałych zamówień zamawiający jest obowiązany zastosować obok kryterium ceny dodatkowe kryterium oceny ofert spośród wymienionych w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp lub inne, związane z przedmiotem zamówienia.

W uzasadnieniu zastosowania jedynego kryterium - ceny, zamawiający w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu z dnia 11 sierpnia 2016 r. wskazał: „(...) Niewątpliwie od czasu możliwości finansowania bądź współfinansowania przedsięwzięć ze środków UE, rynek w zakresie oferowania usług Inżyniera Kontraktu stał się ogólnodostępny z uwagi na zapisy dokumentów programowych, zalecających wykonywanie zadań na roboty budowlane w oparciu o zapisy "FIDIC". Te z kolei obligują wykonawców do ustanowienia instytucji Inżyniera kontraktu jako organu kontrolującego, sprawującego nadzór nad prawidłowym rozliczaniem inwestycji oraz projektu pod względem zgodności z zasadami UE. Usługa ta oferowana jest przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy do nich dostęp praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich usług. Tym bardziej potwierdza to fakt, że w ramach omawianego przetargu zgłosiło się ośmiu oferentów.

Drugim warunkiem ustanowienia jednego kryterium wyboru ofert jest określenie "ustalonych standardów jakości", które w omawianym przypadku charakteryzują się przede wszystkim powtarzalnością i typowością. Usługa Inżyniera Kontraktu jest powszechnie stosowana przy projektach finansowanych ze środków unijnych w ramach warunków kontraktowych FIDIC. Przez co odpowiednio wpisuje się w przesłanki ustanowione przez

ustawodawcę w przytoczonym na wstępie art. Dlatego też kierując się wykładnią celowości, można stwierdzić, że tylko cena umożliwi odróżnienie od siebie usługi charakteryzujące się ustalonymi standardami”.

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

Ponieważ terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Kierując się znaczeniem nadawanym tym pojęciom w języku polskim można przyjąć, że pod pojęciem „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr, czy usług. Pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada zatem, nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji, bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta.

Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne 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”.

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 usługi, do których nie można zaliczyć np. usług specjalistycznych, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, o dostępności ograniczonej do nielicznych, specjalistycznych wykonawców. Nie można go więc stosować do zamówień na wszelkie usługi wymagające szczególnych kwalifikacji bądź usługi wyjątkowego zastosowania. Do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych z całą pewnością nie można zaliczyć usług eksperckich, usług koordynatorów projektów, usługi pełnienia roli inżyniera kontraktu. Powyższe wyliczenie ma jedynie charakter przykładowy, a zamawiający, w zależności od rodzaju usług stanowiących przedmiot zamówienia, powinien dokonać indywidualnej oceny w zakresie możliwości zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe ustalenia oraz biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia w kontrolowanym postępowaniu należy stwierdzić, że zamówienia na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nie można zaliczyć do kategorii „prostych, nieskomplikowanych usług”. Usługa w niniejszej sprawie polega na nadzorze technicznym i jakościowym nad robotami budowlanymi w zakresie budowy stacji uzdatniania wody i kanalizacji sanitarnej, jak również na nadzorze nad całością dokumentacji sporządzonej przez wykonawcę oraz na sprawowaniu kontroli prawidłowości stosowania procedur unijnych i dopełnieniu w tym zakresie wszelkich formalności. Inżynier Kontraktu nie jest pojedynczą osobą, lecz zespołem specjalistów o określonych kwalifikacjach m. in. z zakresu prawa budowlanego. Zakres praw i obowiązków Inżyniera Kontraktu wynika z umowy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, dodatkowo w punkcie 6.1. Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zostało wskazane, że „zarządzanie będzie obejmowało wykonywanie obowiązków Inżyniera zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC (żółty/czerwony)”. Również z § 2 ust. 22 lit. d umowy wynika, że wykonawca jest zobowiązany do „nadzorowania jakości wykonywanych robót budowlanych zgodnie z (...) procedurami FIDIC (...)”.

Funkcja Inżyniera Kontraktu (Nadzoru) może być pełniona wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane w zakresie danej specjalności. Przy wykonywaniu przedmiotowej usługi istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania

oraz wielkości do tej, na której nadzór ma być pełniony. W konsekwencji, konkretnej usługi nadzoru inwestorskiego nie może świadczyć każdy podmiot, lecz tylko te podmioty, które spełniają, poza posiadaniem uprawnień budowlanych, także inne warunki udziału w postępowaniu, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia, o czym świadczy też fakt, że zamawiający wymagał w kontrolowanym postępowaniu wykazania się przez wykonawców odpowiednim doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi konkretne uprawnienia budowlane oraz wpis na listę podmiotów legitymujących się odpowiednimi uprawnieniami w danej specjalności branżowej. O ile powyższe kwalifikacje mogą być powszechne w firmach zajmujących się wykonywaniem usług objętych przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie, o tyle nie można powiedzieć, że są to kwalifikacje powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna. Z tego też powodu liczba ośmiu ofert złożonych w kontrolowanym postępowaniu nie może świadczyć o „powszechności” zamawianej usługi.

Ponadto, nie ma podstaw do uznania, iż usługa pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu posiada ustalone standardy jakościowe. FIDIC określa wprawdzie prawa i obowiązki Inżyniera Kontraktu, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres wynika przede wszystkim z rodzaju, zakresu i poziomu skomplikowania inwestycji, na której Inżynier będzie pełnił swoje obowiązki. Stąd też nie można twierdzić, iż usługa nadzoru inwestorskiego może mieć charakter typowy, standardowy i z tego powodu posiadać ustalone standardy jakościowe.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%), ponieważ z przedstawionych informacji wynika, że usługi, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były usługami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach, lecz usługami wymagającymi od wykonawcy posiadania specjalistycznej wiedzy, odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu prawa budowlanego oraz dostosowanymi do charakteru konkretnej inwestycji. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

2. Zgodnie z punktem III.3.4. ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz z punktem 9.1.2 lit. b) SIWZ, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawcy mieli wykazać, że dysponują m. in. osobą na stanowisko: Inspektor Nadzoru – technolog, posiadającą 3-letnie doświadczenie zawodowe jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q=50 \text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych lub dwustopniowych.

Wykonawca Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. zaproponował na ww. stanowisko p. S. J., wraz ze wskazaniem w wykazie osób, że osoba ta posiada „wyszkolenie wyższe techniczne. Uprawnienia nr 1179/Lb/80. Ponad 30 lat doświadczenia zawodowego.” W wykazie nie znalazły się żadne inne informacje dotyczące doświadczenia zaproponowanej osoby.

Pismem z dnia 05.02.2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia – rubrykę nr 5 – Inspektor Nadzoru – technolog, o opis kwalifikacji zawodowych. Z załączonego do oferty wykazu nie wynika, że osoba, która będzie uczestniczyła w wykonywaniu niniejszego zamówienia posiada doświadczenie zawodowe jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q=50 \text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych lub dwustopniowych”.

W odpowiedzi wykonawca uzupełnił wykaz osób o informacje na temat doświadczenia p. S. J., wskazując, iż posiada „ponad 30 lat doświadczenia zawodowego, w tym 3-letnie doświadczenie zawodowe jako technolog uzdatniania wody”, po czym wykonawca wskazał konkretne inwestycje, na których ww. osoba zdobyła doświadczenie (6 inwestycji).

W toku kontroli doraźnej zostało ustalone, że tylko jedna wskazana przez wykonawcę inwestycja spełnia wszystkie wymagania zamawiającego opisane w warunku udziału w postępowaniu, tj. inwestycja:

- „10.2010 – 06.2011 Rozbudowa ujęcia wody w m. Góra Puławska – stacja o wydajności $Q=95 \text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii

napowietrzania aeratorem w zbiorniku kontaktowym ponad 2,6 tys. litrów na filtrach zamkniętych dwustopniowych”.

Natomiast w przypadku trzech inwestycji wykonawca podał wyłącznie ich nazwy, okres pełnienia funkcji oraz informacje o wydajności stacji, a w przypadku dwóch inwestycji wykonawca podał jedynie ich nazwy i okres pełnienia funkcji przez proponowaną osobę.

Powyższe oznacza, że z wykazu osób uzupełnionego przez wykonawcę Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. wynika, iż osoba proponowana na stanowisko: Inspektor Nadzoru – technolog posiada jedynie 9 miesięcy doświadczenia zawodowego jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q=50 \text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych lub dwustopniowych.

W związku z powyższym, w toku kontroli doraźnej Prezes Urzędu wezwał zamawiającego do wyjaśnienia, na jakiej podstawie uznał, że osoba zaproponowana na stanowisko Inspektor Nadzoru - technolog przez wykonawcę Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia.

W odpowiedzi zamawiający wyjaśnił, iż w jego opinii „z załączonego wykazu osób wynika, że p. S. J., wykonujący czynności na stanowisku Inspektora Nadzoru - technolog, posiada łącznie wymagane min. 3-letnie doświadczenie zawodowe w wymaganym zakresie. Ponadto zamawiający uznał, że p. S. J. spełnia warunek doświadczenia zawodowego jako technolog w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych i dwustopniowych, gdyż przeważająca większość wybudowanych stacji uzdatniania wody posiada urządzenia do redukcji związków żelaza i manganu w postaci odżelaziaczy oraz odmanganiaczy. Redukcja podwyższonej zawartości związków żelaza i manganu w wodzie jest jednym z podstawowych procesów jej uzdatniania. Równocześnie też opierają się one na wymaganej przez Zamawiającego technologii, tj. filtracji jedno bądź dwustopniowej”.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że z wykazu osób załączonego do oferty wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., jak również z wykazu

uzupełnionego na wezwanie zamawiającego, nie wynika, że osoba proponowana na stanowisko Inspektor Nadzoru – technolog posiada opisane w warunku udziału w postępowaniu 3-letnie doświadczenie zawodowe jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q=50 \text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych lub dwustopniowych. Ponadto, również z wyjaśnień zamawiającego nie wynika, aby inwestycje wskazane w wykazie osób spełniały wszystkie parametry wymagane w warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający podniósł jedynie, że „przeważająca większość wybudowanych stacji uzdatniania wody posiada urządzenia do redukcji związków żelaza i manganu w postaci odżelaziaczy oraz odmanganiaczy”, z czego nie można wnioskować, że przedstawione przez wykonawcę inwestycje z całą pewnością spełniają wszystkie wymagania zamawiającego.

W związku z wezwaniem wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu osób w zakresie osoby na stanowisko Inspektor Nadzoru – technolog (pismo zamawiającego z dnia 05.02.2015 r.), brak jest podstaw do powtórnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób w powyższym zakresie.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji stwierdzić należy, że wykonawca Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Inspektor Nadzoru – technolog i w związku z tym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, obowiązującego w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ww. naruszenie ma wpływ na wynik postępowania.

3. Zgodnie z punktem III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz z punktem 9.1.2 lit. b) SIWZ, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawcy mieli wykazać, że dysponują m. in. osobą na stanowisko

Inspektor Nadzoru – Inżynier Sanitarny, posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci kanalizacyjnych z minimum 3-letnim doświadczeniem zawodowym o porównywalnym profilu technicznym oraz wpis na listę członków Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

Wykonawca Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. zaproponował na ww. stanowisko p. A. K., posiadającego „uprawnienia budowlane do kierowania robotami nr 369/Lb/2001 w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych”. Z wykazu osób nie wynika informacja, czy ww. osoba posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń.

W związku z powyższym, w toku kontroli doraźnej Prezes Urzędu wezwał zamawiającego do wyjaśnienia, na jakiej podstawie uznał, że osoba zaproponowana przez wykonawcę Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. na stanowisko Inspektor Nadzoru – Inżynier Sanitarny spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń.

W odpowiedzi zamawiający wyjaśnił, że „na etapie składania ofert wykonawca nie jest obowiązany do dostarczenia dokumentu potwierdzającego posiadanie określonych uprawnień. Z uwagi, że opis kwalifikacji, wykształcenia i doświadczenia zawodowego spełniającego zapisy SIWZ nie wskazywał, że ww. inspektor posiada uprawnienia w ograniczonym zakresie, a taką terminologia była zastosowana w przepisach rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 1995 r, nr 8, poz.38 z późno zm.), na którego podstawie były nadane uprawnienia dla inspektora, zamawiający przyjął, że p. A. K. dysponuje uprawnieniami bez ograniczeń i tym samym spełnia wymogi wskazane przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust.

1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że z wykazu osób przedstawionego przez wykonawcę Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. nie wynika, czy osoba proponowana na stanowisko Inspektor Nadzoru – Inżynier Sanitarny posiada wymagane uprawnienia budowlane bez ograniczeń. Nieprawidłowe jest przy tym domniemanie poczynione przez zamawiającego, iż brak wskazania w wykazie osób informacji o posiadaniu uprawnień z ograniczeniami oznacza automatycznie, że dana osoba posiada uprawnienia bez ograniczeń, zwłaszcza, że w przypadku pozostałych osób wskazanych w wykazie, wykonawca wyraźnie wpisał zakres ich uprawnień. Brak zatem informacji o rodzaju posiadanych uprawnień przez Inspektora Nadzoru - Inżyniera Sanitarnego obligowało zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób o tę informację.

W konsekwencji, zaniechanie zamawiającego w zakresie wezwania wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu osób o informację, czy osoba proponowana na stanowisko Inspektor Nadzoru – Inżynier Sanitarny posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

4. Zgodnie z punktem III.4.1 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawcy zobowiązani byli złożyć „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych,

doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”, tj. dokumentu określonego w § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 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), dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”.

W toku kontroli doraźnej zostało ustalone, że w ofertach następujących wykonawców brakuje informacji o podstawie do dysponowania zaproponowanymi osobami:

- Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. (wybrana oferta),
- Grontmij Polska Sp. z o.o.
- International Management Services Sp. z o.o.
- BUD-INVENT Sp. z o.o.
- konsorcjum firm: PHIN Inwestycje Sp. z o.o. (lider), PHIN Consulting Sp. z o.o. – w zakresie osoby proponowanej na stanowisko: Inspektor Nadzoru – Inżynier elektryk – automatyk (tj. p. A. M.).

Z wyjaśnień zamawiającego złożonych w toku kontroli wynika, że zamawiający nie wzywał ww. wykonawców do uzupełnienia informacji w zakresie podstawy do dysponowania proponowanymi przez nich osobami:

„Wzór załącznika nr 3 do IDW *Wykaz osób (Kluczowego Personelu)* nie zawiera rubryki, w której Wykonawca mógł wpisać podstawę dysponowania osobami, które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia. Równocześnie rozdział 9 pkt. 9.2 lit b) *Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu* określa jedynie sposób postępowania w przypadku, gdy Wykonawca wskazałby, iż osoby, które będą brały udział w realizacji zamówienia są pracownikami podmiotu trzeciego, a Wykonawca będzie korzystał z ich wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie posiadając innych przesłanek uznał, iż wszystkie osoby wymienione w załączniku nr 3 *Wykaz osób (Kluczowego Personelu)* do IDW przez Wykonawców posiadają przynajmniej umowę o pracę wiążącą je z danym Wykonawcą i są jego bezpośrednimi pracownikami. W związku z powyższym Zamawiający nie wezwał Wykonawców do uzupełnienia informacji na temat podstawy dysponowania proponowanymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.”

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

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że domniemywanie przez zamawiającego podstawy dysponowania proponowanymi przez wykonawcę osobami, które będą brały udział w realizacji zamówienia, należy uznać za nieprawidłowe. Brak zobowiązań do udostępnienia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp osób wymaganych przez zamawiającego nie może jednoznacznie świadczyć o dysponowaniu tymi osobami przez wykonawców. W związku z tym, zaniechanie wezwania wykonawców:

- Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o.
 - Grontmij Polska Sp. z o.o.
 - International Management Services Sp. z o.o.
 - BUD-INVENT Sp. z o.o.
 - konsorcjum firm: PHIN Inwestycje Sp. z o.o. (lider), PHIN Consulting Sp. z o.o. – w zakresie osoby proponowanej na stanowisko: Inspektor Nadzoru – Inżynier elektryk – automatyk (tj. p. A. M.),
- do uzupełnienia informacji na temat podstawy do dysponowania proponowanymi osobami stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie oferty wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. (oferta wybrana jako najkorzystniejsza) naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Natomiast w pozostałym zakresie naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

5. W punkcie III.4.2 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający wskazał, że „wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy (...)” – tj. w zakresie dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 1-3, 5-6 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Wykonawca International Management Service Sp. z o.o., w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. na zasoby p. A. K., na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jak wynika z treści zobowiązania ww. podmiotu trzeciego (uzupełnionego przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego), zobowiązał się on do „brania udziału w realizacji wskazanego powyżej zamówienia w całym okresie jego trwania w przypadku wyboru International Management Services Sp. z o.o. jako podwykonawca. W zakresie realizacji ww. zamówienia łączyć mnie będzie z International Management Services Sp. z o.o. umowa cywilno-prawna”. Z powyższego zobowiązania wynika zatem, że podmiot trzeci – A. K., udostępniając swoją wiedzę i doświadczenie, zobowiązał się do udziału w realizacji zamówienia.

Należy przy tym wskazać, że wykonawca International Management Services Sp. z o.o. nie dołączył do swojej oferty dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego wiedzę i doświadczenie zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1-3 i 5-6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, których złożenia zamawiający wymagał w treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych. W związku z tym, w toku kontroli doraźnej Prezes Urzędu wezwał zamawiającego do wyjaśnienia, czy wzywał wykonawcę International Management Services Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie. Zamawiający wyjaśnił, że wezwał wykonawcę do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia i „ze względu na powyższe, oraz na fakt, iż IMS przedstawiło najdroższą ofertę w postępowaniu, która zdobyła najmniejszą ilość punktów, Zamawiający

uznał, że ponowne wzywanie Wykonawcy nie będzie miało wpływu na dalszy przebieg postępowania i nie wpłynie na wybór najkorzystniejszej oferty”.

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

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zaniechanie wezwania wykonawcy International Management Services Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego – A. K., udostępniającego wykonawcy wiedzę i doświadczenie, zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1-3 i 5-6 rozporządzenia, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

6. Zgodnie z punktem III.4 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy mieli przedłożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem

dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, tj. dokumentów określonych w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Wykonawca International Management Services Sp. z o.o. załączył do oferty referencje (str. 9 oferty) z dnia 29.03.2013 r., dotyczące sprawowania funkcji Menedżera Projektu (Inżyniera Kontraktu) przy realizacji inwestycji polegającej na realizacji kanalizacji sanitarnej w miejscowości Snopków, Jastków, Panieńszczyzna (etap III i IV), wystawione przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe REM-BUD S. M. (usługa realizowana na rzecz Gminy Jastków), z których wynika, że „zaawansowanie robót na dzień wystawienia niniejszych referencji wynosi 80%”, a termin wykonania zamówienia to 31.12.2013 r. Także z wykazu wykonanych usług wynika, że zakończenie realizacji zamówienia miało być dnia 31.12.2013 r.

Termin składania ofert w kontrolowanym postępowaniu upływał dnia 26.01.2015 r., co oznacza, że usługa objęta ww. referencjami została prawdopodobnie zakończona przed upływem terminu składania ofert i wykonawca zobowiązany był złożyć dokument potwierdzający, że usługa została wykonana (tj. zakończona) w sposób należyty. Tylko w przypadku usług okresowych lub ciągłych wciąż wykonywanych na dzień składania ofert dopuszczalne jest złożenie dowodów potwierdzających, że usługi są wykonywane (nie – wykonane) w sposób należyty, z tym że dowody te muszą być wystawione nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Natomiast ww. usługa, wykazana w ofercie przez wykonawcę International Management Services Sp. z o.o., została zakończona przed dniem składania ofert.

Z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego w toku kontroli wynika, że „oferta Wykonawcy International Management Service Sp. z o.o. w kryterium *Cena* otrzymała 53,90 pkt., przez co została ona zakwalifikowana na ostatniej pozycji. Oferta IMS Sp. z o.o. była najdroższą w postępowaniu, otrzymała najniższą punktację, a przed nią znajdowało się jeszcze 5 innych, bardziej korzystnych ofert. Zamawiający na tej podstawie uznał, iż wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia referencji w przedmiotowym zakresie nie miałyby żadnego wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty”.

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

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę International Management Services Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że usługa wskazana w wykazie usług została wykonana (zakończona) należycie lub ewentualnie do przedstawienia nowego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Zaniechanie powyższego wezwania stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania). _

7. Jak wynika z protokołu postępowania, wartość szacunkowa kontrolowanego zamówienia wynosi 385 155,00 zł, w tym wartość zamówień uzupełniających: 128 385,00 zł. Wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wynosi zatem 256 770,00 zł, a wartość zamówienia podstawowego powiększona o 23% podatku VAT wynosi 315 827,10 zł brutto (jest to jednocześnie kwota tożsama z kwotą, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Z powyższego wynika, że próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT wynosi 221 078,97 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

L.p.	Wykonawca	Cena oferty
1.	Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o.	178 350,00
2.	BUD-INVENT Sp. z o.o.	187 083,00
3.	Konsorcjum firm: 1. PHIN Inwestycje Sp. z o.o. (lider) 2. PHIN Consulting Sp. z o.o.	206 640,00
4.	Powiernictwo KORDEK Biuro Obsługi Budownictwa S. K.	221 400,00
5.	Proksen Sp. z o.o.	236 639,70
6.	Grontmij Polska Sp. z o.o.	246 000,00
7.	DDG Sp. z o.o. Sp. K.	256 578,00
8.	International Management Services Sp. z o.o.	330 870,00

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,

oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 z zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje zatem zamawiającemu wezwanie wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w przypadku wystąpienia, niezależnie od pozostałych, jednej z dwóch przesłanek, tj. gdy cena oferty wykonawcy jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub gdy cena oferty wykonawcy jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Z dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień zamawiającego wynika, że zamawiający wezwał do wyjaśnień w powyższym zakresie jedynie wykonawcę Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. Zamawiający nie wezwał natomiast wykonawców:

- BUD-INVENT Sp. z o.o.

- Konsorcjum firm: PHIN Inwestycje Sp. z o.o. (lider), PHIN Consulting Sp. z o.o. (partner)

do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo iż ceny ofertowe ww. wykonawców były niższe o 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zachodziła zatem przesłanka określona w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązująca zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu do zwrócenia się do ww. wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania, przy przyjęciu, iż wobec konieczności wykluczenia wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. (naruszenie nr 2), oferta wykonawcy BUD-INVENT Sp. z o.o. zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

8. W punkcie 9.4 SIWZ zamawiający zamieścił następującą informację: „Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej (...) zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania”

- tj. informację przytoczoną w ślad za uregulowaniem zawartym w § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), nieobowiązującego już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania. Mając na uwadze fakt, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 8 stycznia 2015 r., tj. po dacie wejścia w życie 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), należy zauważyć, iż w treści § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia zostały wprowadzone zmiany w stosunku do uchylonego rozporządzenia, dotyczące oświadczenia składanego przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wykonawców zagranicznych) przed notariuszem, polegające na rezygnacji z wymogu, by notariusz był notariuszem działającym w obszarze miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powyższa regulacja umożliwia składanie oświadczeń przez podmioty zagraniczne przed polskimi notariuszami, jak również przed notariuszami kraju, w którym aktualnie przebywa wykonawca. Ponadto, zgodnie z treścią § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia w składanym oświadczeniu określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, zawarcie przez zamawiającego wyżej przytoczonej informacji w punkcie 9.4 SIWZ stanowi naruszenie § 4 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

9. Zgodnie z punktem III.3.5 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy spełniający warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej, tj. posiadający polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że

wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku zamawiający żądał złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. dokumentów określonych w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów (pkt III.4 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych).

W żadnym dokumencie (ani w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych i w Dzienniku Urzędowym UE ani w SIWZ) zamawiający nie opisał sposobu dokonywania oceny spełniania ww. warunku w zakresie zdolności ekonomicznej, tj. nie doprecyzował, na jaką wartość powinna opiewać polisa, aby wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zostały określone w rozporządzeniu w sprawie dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r., tj. w rozporządzeniu aktualnym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Jak wynika z § 1 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Jeśli zamawiający nie opisuje sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, tj. nie określa, jaka jest wymagana wartość polisy ubezpieczeniowej, nie można uznać, że żądany dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów (opłacona polisa) jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

W konsekwencji stwierdzić należy, że żądając w przedmiotowym postępowaniu ww. dokumentu i nie opisując przy tym sposobu dokonania oceny spełniania w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

10. Zgodnie z punktem III.3.5 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. wykażą m. in., że posiadają polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Natomiast w treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (pkt. III.1.2) i III.2.2) oraz w punkcie 9.1.3) lit. b) SIWZ znalazła się informacja, że wykonawca powinien „posiadać polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej oraz ubezpieczenie dla pracowników i innych osób, za które odpowiada lub przy pomocy których realizuje przedmiot umowy w zakresie następstwa od nieszczęśliwych wypadków (NW)”.

W toku postępowania jeden z wykonawców wniósł o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, iż zamawiający nie może żądać od wykonawców przedłożenia polisy obejmującej NW pracowników, a jedynie polisy obejmującej OC w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W odpowiedzi zamawiający odstąpił „od konieczności złożenia ubezpieczenia dla pracowników lub osób, w ramach których wykonawca będzie wykonywał przedmiot zamówienia” (pytanie z dnia 19.01.2015 r., wyjaśnienia z dnia 21.01.2015 r.).

Z powyższego wynika, że zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia (ujednolicając tym samym zapis z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych), nie dokonał natomiast zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w powyższym zakresie.

Zgodnie z art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, innych niż przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (tj. w świetle ww. przepisu – opublikowane „w inny sposób”), zawiera inne informacje w zakresie dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej niż ogłoszenie zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, tzn. w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE znalazła się dodatkowa informacja, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi posiadać „ubezpieczenie dla pracowników i innych osób, za które odpowiada lub przy pomocy których realizuje przedmiot umowy w zakresie następstwa od nieszczęśliwych wypadków (NW)”. Tym samym, wykonawcy czerpiący swoją wiedzę o postępowaniu z ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE otrzymali nieprawidłową informację, że muszą dodatkowo złożyć dokument potwierdzający ubezpieczenie pracowników i innych osób w zakresie następstwa od nieszczęśliwych wypadków (NW). Sytuacja, w której wykonawcy otrzymują różne informacje o postępowaniu w zależności od tego, z jakiego źródła korzystają (ogłoszenie w BZP czy w Dz.U. UE), jest niedopuszczalne.

Tym samym, zamieszczając inne informacje w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE niż w ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamawiający naruszył art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

11. W toku kontroli zostało ustalone, że ogłoszenie o zamówieniu zostało:

- zamieszczone w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej zamawiającego www.sulejowek.pl od dnia 08.01.2015 r. do dnia 26.01.2015 r.
- przekazane do Urzędu Oficjalnych Publikacji UE w dniu 07.01.2015 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2015/S 007-008074 z dnia 10.01.2015 r.
- zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 11274 – 2015 z dnia 16.01.2015 r.

Natomiast zgodnie z protokołem postępowania, specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego od dnia 08.01.2015 r. do dnia 26.01.2015 r.

Jak wynika z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert.

Z powyższego wynika zatem, że zamawiający udostępnił SIWZ na stronie internetowej przed zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, co stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy Pzp (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

12. Zgodnie z punktem III.4.1 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawcy zobowiązani byli złożyć „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi

osobami”, tj. dokumentu określonego w § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Natomiast w treści SIWZ zamawiający żądał złożenia wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, w którym brak wymogu podania podstawy do dysponowania proponowanymi przez wykonawcę osobami.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp, oświadczenia lub dokumenty potwierdzające (pkt 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zaniechanie przez zamawiającego wskazania w SIWZ pełnej treści dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

W punkcie III.4.2 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający wskazał, że „wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy (...)” – tj. w zakresie dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 1-3, 5-6 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Powyższa informacja nie znalazła się w treści SIWZ.

Zgodnie z § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3 (dokumentów podmiotowych).

Mając na uwadze, że zamawiający zamieścił w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych wymóg dotyczący dokumentów, jakie wykonawca powinien złożyć w odniesieniu do podmiotów trzecich, które będą brały udział w realizacji zamówienia, zaniechanie zamieszczenia powyższej informacji w treści SIWZ stanowi naruszenie art. 25 ust.1 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

Zgodnie z punktem III.3.5 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy spełniający warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej, tj. posiadający polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku zamawiający żądał złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. dokumentów określonych w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów (pkt III.4 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych). Natomiast w treści SIWZ (pkt 9.1.3. lit. b) zamawiający wskazał, że „w celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku wykonawca musi złożyć polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności”.

Z powyższego wynika, że tylko w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający zamieścił pełną informację o dokumencie, jaki należy złożyć w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej, tj. opłaconą polisę. Tym samym, zaniechanie przez zamawiającego wskazania w SIWZ pełnej treści dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

Zgodnie z punktem III.4.1 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamawiający żądał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia złożenia oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, tj. dokumentu określonego w § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Natomiast w treści SIWZ zamawiający nie zamieścił informacji o obowiązku złożenia przez wykonawców ww. oświadczenia.

Zatem tylko w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający zamieścił informację o konieczności złożenia oświadczenia, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Tym samym, zaniechanie przez zamawiającego wskazania w SIWZ obowiązku złożenia ww. dokumentu, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie dokumentów (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

[...]"

Pismem z dnia 18 października 2016 r. Zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia wobec ww. wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach podniesiono:

„[...]

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów z przeprowadzonej kontroli dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegającego na nie wykluczeniu z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego firmy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., jako wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, wyjaśniam następująco. Zgodnie z ust.9 pkt. 9.1 ppkt 2 lit. b) SIWZ oraz punktem IJl.3.4. ogłoszenia o zamówieniu w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Wykonawcy mieli wykazać ,że dysponują m.in. osobą na stanowisko: Inspektor Nadzoru - technolog, posiadającą 3-letnia doświadczenia zawodowe jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q^{50}m^3 /h$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji zamkniętych jednostopniowych lub

dwustopniowych. Według przeprowadzonej kontroli osoba p. S. J. ,wykonującego czynności na stanowisku Inspektora Nadzoru - technolog nie spełnia warunku doświadczenia zawodowego.

Osoba p. S. J., wykonującego czynności na stanowisku Inspektora Nadzoru - technolog, posiada łącznie wymagane min. 3 letnie doświadczenie zawodowe w wymaganym zakresie. Zamawiający uznał, że p. S. J. spełnienia warunek doświadczenia zawodowego jako technolog w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych i dwustopniowych, gdyż przeważająca większość wybudowanych stacji uzdatniania wody posiada urządzenia do redukcji związków żelaza i manganu w postaci odżelaziaczy oraz odmanganiaczy. Redukcja podwyższonej zawartości związków żelaza i manganu w wodzie jest jednym z podstawowych procesów jej uzdatniania.

Równocześnie też opierają się one na wymaganej przez Zamawiającego technologii tj. filtracji jedno bądź dwustopniowej.

Ponieważ SIWZ nie wyłącza możliwości sumowania nakładających się okresów doświadczenia, to Zamawiający uznając 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku technologa zliczył pełne miesiące doświadczenia na stanowisku technologa na każdym kontrakcie.

Odnosząc się do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania wg. przeprowadzonej kontroli poprzez zaniechanie zamawiającego w zakresie wezwania wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp z o.o. do uzupełnienia wykazu osób o informację, czy osoba p. A. K. proponowana na stanowisko Inspektora Nadzoru - Inżynier Sanitarny posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń. W wyjaśnieniach składanych w poprzednim piśmie z dnia 19.08.2016 r. zamawiający wyjaśnił, że „Na etapie składania ofert Wykonawca nie jest obowiązany do dostarczenia dokumentu potwierdzającego posiadanie określonych uprawnień. Z uwagi, że opis kwalifikacji, wykształcenia i doświadczenia zawodowego spełniającego zapisy SIWZ nie wskazywał, że ww, inspektor posiada uprawnienia w ograniczonym zakresie, a taką terminologia była zastosowana w przepisach rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1995 r, nr 8, poz. 38 z późn. zm.) na którego podstawie były nadane uprawnienia dla inspektora, Zamawiający przyjął, że p. A. K. dysponuje uprawnieniami bez

ograniczeń i tym samym spełnia wymogi wskazane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia."

Nawiązując do powyższego zgodnie z § 23 ust. 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2006 nr 83 poz. 578 z późn. zm.), uprawnienia budowlane z ograniczonym zakresem, uprawniają do kierowania robotami budowlanymi przy wykonywaniu instalacji wraz z przyłączami i instalowaniem tych urządzeń dla obiektów budowlanych o kubaturze do 1.000,00 m³.

Przedmiot zamówienia, który objęty został kontrolą doraźną, stanowi usługa pełnienia roli inżyniera kontraktu dla projektu obejmującego m.in.: budowę Stacji Uzdatniania Wody SUW II oraz projekt i budowę sieci kanalizacji sanitarnej.

Zgodnie z projektem budowlano-wykonawczym dla zadania Budowa Stacji Uzdatniania Wody II w Sulejówku przy ul. Okuniewskie 1 ~ I etap pn.: "Stacja uzdatniania wody o wydajności 50m³/h" Część: Projekt zagospodarowania terenu, architektura, BIOZ (TOM 1), który zatwierdzony został decyzją Starosty Powiatowego w Mińsku Mazowieckim Nr 111/2010 z dnia 28.06.2010 r. (pozwolenie na budowę), podstawowe dane charakterystyczne dotyczące ww. obiektu budowlanego kształtują się następująco:

- powierzchnia działki - 71.459,000 m²s
- powierzchnia zabudowy działki - 843,35 m²,
- powierzchnia użytkowa - 132,12 m²,
- kubatura-858,40m³

Biorąc pod uwagę powyższe kubatura obiektu budowlanego objętego przedmiotem zamówienia wynosi 858,40 m³ i jest mniejsza niż wartość graniczna wynikająca z § 23 ust. 2 ww. rozporządzenia. Zgodnie z powyższym Zamawiający przyjął, iż ze względu na niewielką kubaturę obiektu budowlanego, w przypadku tego konkretnego postępowania, uprawnienia budowlane z ograniczeniami będą spełniały tę samą funkcję, co uprawnienia budowlane bez ograniczeń.

Kierując się kubaturą obiektu Zamawiający uznał osobę p. A. K., posiadającego "uprawnienia budowlane do kierowania robotami nr 369/Lb/2001 w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych" za spełniającą wymagania wynikające z punktu 01.3.4. ogłoszenia o zamówieniu

oraz punktu 9.1.2. lit b) SIWZ w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Kolejnym naruszeniem wykazany przez kontrolę mogącym mieć wpływ na wynik postępowania jest naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp polegające na nie wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawców - BUD-INVENT Sp. z o.o. o raz Konsorcjum firm: PHIN Inwestycje Sp. z o.o. (lider), PHIN CONSULTIN Sp. z o.o. (partner). Gdzie naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania, przy przyjęciu, iż wobec konieczności wykluczenia wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. oferta wykonawcy BUD-INWENT Sp. z o.o. zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym Zamawiający wyjaśnia następująco.

Nowelizacja Prawa zamówień publicznych, która weszła w życie 19 października 2014 r. wprowadziła kilka istotnych zmian. Zmieniona została min. treść art. 90 ust.1 dotyczącego sytuacji podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną. Zgodnie z przytoczonym artykułem Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w przypadku gdy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub gdy cena jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający przyrównując cenę ofert do tych dwóch ustawowych wskaźników kierował się wykładnią art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, który mówi, że „ Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towaru i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. " Jest to więc wartość netto.

Ponieważ w tamtym okresie nie było jednoznacznej wykładni dot. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający kierując się literalną treścią art. 32 ust.1 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uznał za wartość zamówienia kwotę 256.770,00 zł netto, czyli wartość zamówienia ustaloną z należytą starannością we Wniosku o udzielenie zamówienia publicznego o wartości powyżej kwoty określonej w art. 4pkt. 8 ustawy z dnia 08.01.2015 r. Kwota zaoferowana w ofercie musiała by być niższa niż 179.739,00 zł brutto (tj. 70 % wartości zamówienia) by spełnić powyższy warunek. Firma BUD-INVENT Sp. z o.o. złożyła ofertę na kwotę 187.083,00 zł brutto, zaś konsorcjum firm: PHIN Inwestycje Sp. z o.o. (lider), PHIN Consulting Sp. z o.o. (partner) złożyła ofertę na kwotę 206.640,00 zł brutto, Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wypełnił obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w dniu 05.02.2015 r. wezwał tylko Wykonawcę Instytut Zrównoważonego

Rozwoju Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

[...]"

Pismem z dnia 28 października 2016 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnia ww. zastrzeżeń oraz o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W ww. piśmie wskazano:

„[...]

Prezes Urzędu, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę doraźną ww. postępowania, w wyniku której zostały stwierdzone następujące naruszenia ustawy Pzp oraz 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), dalej jako: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”:

- 1) art. 91 ust. 2a ustawy Pzp poprzez zastosowanie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, pomimo iż usługi stanowiącej przedmiot zamówienia nie można uznać za usługę powszechnie dostępną oraz o ustalonych standardach jakościowych;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Inspektor Nadzoru – technolog, posiadającą wymagane doświadczenie;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu osób o informację, czy osoba proponowana na stanowisko Inspektor Nadzoru – Inżynier Sanitarny posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń;
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., Grontmij Polska Sp. z o.o., International Management Services Sp. z o.o., BUD-INVENT Sp. z o.o., konsorcjum firm: PHIN Inwestycje Sp. z o.o. - lider, PHIN Consulting Sp. z o.o. – partner (w zakresie osoby

proponowanej na stanowisko: Inspektor Nadzoru – Inżynier elektryk – automatyk), do uzupełnienia informacji na temat podstawy do dysponowania proponowanymi osobami;

- 5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy International Management Services Sp. z o.o. do uzupełnienia wymaganych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego – A. K., udostępniającego wykonawcy wiedzę i doświadczenie;
- 6) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy International Management Services Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że usługa wskazana w wykazie usług została wykonana (zakończona) należyście lub ewentualnie do przedstawienia nowego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie;
- 7) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: BUD-INVENT Sp. z o.o., konsorcjum firm: PHIN Inwestycje Sp. z o.o. - lider, PHIN Consulting Sp. z o.o. – partner, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo iż ceny ofertowe ww. wykonawców były niższe o 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT;
- 8) § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zawarcie w SIWZ nieaktualnej (tj. odnoszącej się do poprzednio obowiązującego rozporządzenia w sprawie dokumentów) informacji o dokumentach, jakie powinni składać wykonawcy mający miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 9) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez żądanie złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, pomimo braku opisanego sposobu dokonania oceny spełniania w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu;
- 10) art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie innych informacji w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE niż w ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w zakresie dokumentów potwierdzających posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej;
- 11) art. 42 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udostępnienie SIWZ na stronie internetowej przed zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE;

12) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów: § 1 ust. 1 pkt 7, § 1 ust. 1 pkt 8, § 1 ust. 1 pkt 11, § 3 ust. 4, poprzez zaniechanie wskazania w SIWZ informacji o konieczności złożenia ww. dokumentów, pomimo zawarcia takiej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w pkt **2, 3 i 7** powyżej, w których stwierdził odpowiednio, co następuje.

Ad. 2). Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, że osoba zaproponowana na stanowisko Inspektor Nadzoru – technolog „spełnia warunek doświadczenia zawodowego jako technolog w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych i dwustopniowych, gdyż przeważająca większość wybudowanych stacji uzdatniania wody posiada urządzenia do redukcji związków żelaza i manganu w postaci odżelaziaczy oraz odmanganiaczy. Redukcja podwyższonej zawartości związków żelaza i manganu w wodzie jest jednym z podstawowych procesów jej uzdatniania. Równocześnie też opierają się one na wymaganej przez Zamawiającego technologii, tj. filtracji jedno bądź dwustopniowej. Ponieważ SIWZ nie wyłącza możliwości sumowania nakładających się okresów doświadczenia, to Zamawiający uznając 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku technologa zliczył pełne miesiące doświadczenia na stanowisku technologa na każdym kontrakcie”.

Ad. 3). Zamawiający w zastrzeżeniach powtórzył treść swoich wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2016 r., złożonych w toku kontroli doraźnej oraz w nawiązaniu do nich wskazał, że zgodnie z § 23 ust. 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w *sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz. U. 2006 nr 83 poz. 578 z późn. zm.), uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie uprawniają do kierowania robotami budowlanymi przy wykonywaniu instalacji wraz z przyłączami i instalowaniem tych urządzeń dla obiektów budowlanych o kubaturze do 1.000,00 m³. Następnie Zamawiający przytoczył zapisy projektu budowlano-wykonawczego dla zadania *Budowa Stacji Uzdatniania Wody II w Sulejówku przy ul. Okuniewskiej 1 - I etap pn.: „Stacja uzdatniania wody o wydajności 50m³/h” Część: Projekt zagospodarowania terenu, architektura, BIOZ*

(TOM I), z którego wynika m.in., iż kubatura obiektu wynosi 858,40 m³, a zatem jest mniejsza niż wartość graniczna wynikająca z § 23 ust. 2 ww. rozporządzenia. Jak wskazano w zastrzeżeniach, „zgodnie z powyższym Zamawiający przyjął, iż ze względu na niewielką kubaturę obiektu budowlanego, w przypadku tego konkretnego postępowania, uprawnienia budowlane z ograniczeniami będą spełniały tę samą funkcję, co uprawnienia budowlane bez ograniczeń”.

Ad. 7). Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, że przyrównując cenę ofert do dwóch ustawowych wskaźników określonych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, kierował się treścią art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika, iż podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towaru i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, a zatem w ocenie Zamawiającego jest to wartość netto. W szczególności Zamawiający wskazał: „Ponieważ w tamtym okresie nie było jednoznacznej wykładni dotyczącej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający kierując się literalną treścią art. 32 ust.1 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uznał za wartość zamówienia kwotę 256.770,00 zł netto, czyli wartość zamówienia ustaloną z należytą starannością we *Wniosku o udzielenie zamówienia publicznego o wartości powyżej kwoty określonej w art. 4 pkt. 8 ustawy z dnia 08.01.2015 r.* Kwota zaoferowana w ofercie musiałaby być niższa niż 179.739,00 zł brutto (tj. 70 % wartości zamówienia), by spełnić powyższy warunek. Firma BUD-INVENT Sp. z o.o. złożyła ofertę na kwotę 187.083,00 zł brutto, zaś konsorcjum firm: PHIN Inwestycje Sp. z o.o. (lider), PHIN Consulting Sp. z o.o. (partner) złożyło ofertę na kwotę 206.640,00 zł brutto. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wypełnił obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w dniu 05.02.2015 r. wezwał tylko wykonawcę Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”.

W stosunku do pozostałych naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informuje, co następuje.

Ad. 2). W Informacji o wyniku kontroli wskazano, że z uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazu osób wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. (z którym w dniu 25 marca 2015 r. została zawarta umowa nr CRU.272.47.2015 w sprawie kontrolowanego zamówienia publicznego) nie wynika, że p. S. J. - osoba proponowana na stanowisko Inspektora Nadzoru – technologa posiada wymagane przez Zamawiającego w pkt III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu i w pkt 9.1.2 lit. b) SIWZ *„3-letnie doświadczenie zawodowe jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q=50\text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych lub dwustopniowych”*. Zgodnie z treścią uzupełnionego przez wykonawcę wykazu osób, p. S. J. posiada jedynie 9 miesięcy doświadczenia zawodowego jako technolog uzdatniania wody, w pełnym zakresie opisanym powyżej, które zdobył na jednej ze wskazanych w wykazie inwestycji. Natomiast w przypadku pozostałych inwestycji wykonawca wskazał jedynie ich nazwy, okres pełnienia funkcji przez proponowaną osobę oraz ewentualnie informacje o wydajności stacji uzdatniania wody. Brak jest natomiast informacji, czy inwestycje te posiadają wszystkie ww. elementy, opisane przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu. Zatem bez znaczenia pozostaje argument Zamawiającego, iż „zliczył pełne miesiące doświadczenia na stanowisku technologa na każdym kontrakcie”, gdyż tylko jedna inwestycja spełniała wszystkie warunki opisane przez Zamawiającego. W konsekwencji bezspornym pozostaje stwierdzenie, że wykonawca Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. nie przedstawił Zamawiającemu – również na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - informacji pozwalających na uznanie, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Inspektor Nadzoru – technolog, posiadającą wymagane doświadczenie.

Należy podkreślić, że wnosząc zastrzeżenia Zamawiający powtórzył wyjaśnienia złożone Prezesowi Urzędu w toku kontroli doraźnej i nie przedstawił jednocześnie żadnych nowych argumentów przemawiających za swoim stanowiskiem. Należy zatem powtórzyć w ślad za Informacją o wyniku kontroli, że niedopuszczalne jest domniemywanie przez Zamawiającego, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdyż

„przeważająca większość wybudowanych stacji uzdatniania wody posiada urządzenia do redukcji związków żelaza i manganu w postaci odżelaziaczy oraz odmanganiaczy”. Po pierwsze, wykonawca zobowiązany jest w sposób bezsporny wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego przez Zamawiającego, gdyż w przeciwnym razie Zamawiający, po wyczerpaniu wszystkich możliwości weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawcy przewidzianych przez ustawę Pzp, ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Po drugie, brak w wykazie osób precyzyjnych informacji na temat rodzaju i parametrów inwestycji powoduje, że nawet przy powyższym założeniu poczynionym przez Zamawiającego, nie ma pewności, czy inwestycje wykazane przez wykonawcę to akurat te, które znajdują się w „przeważającej większości” posiadających ww. parametry. Jak należy bowiem wnioskować z wyjaśnień Zamawiającego, istnieją również takie stacje uzdatniania wody, które nie posiadają urządzeń do redukcji związków żelaza i manganu w postaci odżelaziaczy oraz odmanganiaczy, i nie ma pewności, czy w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia właśnie z takimi stacjami. Co istotne, Zamawiający w zastrzeżeniach nie rozwiązał tych wątpliwości.

Ponadto należy zauważyć, że to sam Zamawiający opisał w sposób tak szczegółowy warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osoby na stanowisko Inspektora Nadzoru – technologa, tym samym uznał za niewystarczające posiadanie doświadczenia przez ww. osobę na jakiegokolwiek stacji uzdatniania wody. Zatem jeśli Zamawiający opisał warunek w sposób tak precyzyjny, miał obowiązek zweryfikować jego spełnianie przez wykonawców w pełnym zakresie.

Reasumując, podtrzymuję stwierdzenie, że wykonawca Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. nie wykazał, także na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Inspektora Nadzoru – technologa, posiadającą wymagane doświadczenie, a zatem Zamawiający zobligowany był do wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie ww. przepisu mające wpływ na wynik postępowania.

Ad. 3). W Informacji o wyniku kontroli wskazano, że z wykazu osób przedstawionego przez wykonawcę Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. nie wynika, czy p. A. K. - osoba proponowana na stanowisko Inspektora Nadzoru – Inżyniera Sanitarnego posiada

wymagane przez Zamawiającego zgodnie z pkt III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz z pkt 9.1.2 lit. b) SIWZ *uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci kanalizacyjnych*. W toku kontroli doraźnej Zamawiający stał na stanowisku, iż brak informacji w wykazie osób o posiadaniu uprawnień budowlanych w ograniczonym zakresie oznacza, że proponowana osoba posiada uprawnienia bez ograniczeń. Należy zwrócić uwagę, że w zastrzeżeniach Zamawiający nie próbuje już wykazać, że osoba proponowana na ww. stanowisko posiada uprawnienia bez ograniczeń, dowodzi natomiast, że do prawidłowej realizacji kontrolowanego zamówienia wystarczające są uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Nie przesądzając, czy stanowisko przyjęte przez Zamawiającego w zastrzeżeniach nie oznacza, że proponowana przez wykonawcę osoba faktycznie nie posiada uprawnień budowlanych bez ograniczeń (co oznaczałoby, że stwierdzone naruszenie jest zasadne), należy odnieść się do zastrzeżeń Zamawiającego w następujący sposób.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający wymagał posiadania przez osobę, która będzie pełnić funkcję Inspektora Nadzoru – Inżyniera Sanitarnego legitymowania się uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń. Oznacza to, że Zamawiający miał obowiązek zweryfikować wykonawców pod kątem spełniania opisanego przez siebie warunku. Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu na składanie ofert, gdyż stałoby to w sprzeczności z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w uzasadnionych przypadkach zamawiający może jedynie przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny ofert zgodnie ze sformułowanymi przez siebie w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ warunkami udziału w postępowaniu. Zatem jeśli Zamawiający wymagał posiadania przez osobę proponowaną na stanowisko Inspektora Nadzoru – Inżyniera Sanitarnego uprawnień budowlanych bez ograniczeń, nie mógł następnie uznać spełniania warunku przez osobę, która nie wykazała ich posiadania, gdyż uznał opisany przez siebie warunek za nadmierny czy też zbędny.

Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), np. wyrok KIO z dnia 15 października 2015 r. (sygn. akt 2125/15), zgodnie z którym *„zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści SIWZ czy nadawania jej zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on*

oceniać treść złożonych ofert. Możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest określona przepisami [art. 38 ust. 4](#) i następne ustawy Pzp i może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert". W innym miejscu ww. wyroku wskazano, iż „precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ściśle egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Podobnie w wyroku z dnia 27 maja 2015 r. (sygn. akt 972/15) wskazano, że „stosownie do przepisów Pzp zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu przed wszczęciem postępowania, zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp z uwzględnieniem zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp, które to zasady (równego traktowania i uczciwej konkurencji) wymagają, aby na późniejszym etapie postępowania zamawiający, o ile nie doszło do zmiany treści SIWZ (art. 38 ust. 4 Pzp), dokonywał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie wyłącznie takich treści, które zostały wyraźnie wskazane w dokonanym opisie. Po upływie terminu składania ofert zmiana brzmienia SIWZ jest niedozwolona, tak też niedopuszczalne jest dokonywanie takiej interpretacji warunków udziału w postępowaniu, które prowadzą do kreowania nowych wymagań, nie zapisanych w treści SIWZ, w tym również doprecyzowania brzmienia SIWZ.” Również w wyroku z dnia 23 grudnia 2014 r. (sygn. akt 263/15) KIO stwierdziła, że „ustalone przez zamawiającego wymagania SIWZ mogą być zmienione wyłącznie do terminu otwarcia ofert, po którym uprawnienie zamawiającego do kształtowania SIWZ wygasa (arg. z art. 38 ust. 4 Pzp). Postanowienia specyfikacji wiążą zamawiającego i wykonawców na równych prawach, co więcej - zamawiający staje się niejako zakładnikiem postanowień specyfikacji. W konsekwencji, nawet jeśli zamawiający ustalił swoje wymagania na bardzo wysokim poziomie lub w sposób restrykcyjny, jest zobowiązany do dokonywania czynności w postępowaniu stosownie do ustalonych wymagań. Niedopuszczalne jest odstąpienie, przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badaniu i ocenie ofert, od części ustalonych wymagań. Uznanie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i przyznanie punktów jego ofercie wyłącznie na podstawie spełnienia części wymagań zawartych w SIWZ łamie zasady wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp”.

Zatem uznanie przez Zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który nie wykazał dysponowania osobą posiadającą wymagane literalnie w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu uprawnienia budowlane, stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści SIWZ i godziłoby jednocześnie w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i

równego traktowania wykonawców. Nie można zatem przyjąć za zasadne stanowiska Zamawiającego wyrażonego w tym zakresie z zastrzeżeniami.

W konsekwencji podtrzymuję stwierdzenie wyrażone w Informacji o wyniku kontroli, iż poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu osób o informację, czy osoba proponowana na stanowisko Inspektora Nadzoru – Inżyniera Sanitarnego posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń, Zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie, ze względu na fakt, iż oferta ww. wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza wskazane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż w razie nie wykazania spełniania ww. warunku po zastosowaniu dyspozycji powyższego przepisu, Zamawiający miałby obowiązek wykonawcę wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na marginesie należy wskazać, że przyznanie przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, że dla wykonania przedmiotowego zamówienia wystarczające było dysponowanie Inspektorem Nadzoru – Inżynierem Sanitarnym, posiadającym uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie, sugeruje, że opisany przez Zamawiającego warunek był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (nadmierny), co prowadziło do stwierdzenia, oprócz ww. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, także naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Argumenty podniesione przez Zamawiającego w zastrzeżeniach nie tylko zatem nie pozwalają na usunięcie stwierdzonego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale wskazują na możliwość stwierdzenia dodatkowo naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Ad. 7). W Informacji o wyniku kontroli wskazano, że w kontrolowanym postępowaniu próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT wynosi 221 078,97 zł brutto. W konsekwencji ustalono, że Zamawiający miał obowiązek wezwać wszystkich wykonawców, którzy zaoferowali ceny niższe niż ww. kwota do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający wbrew powyższemu obowiązkowi zaniechał wezwania o powyższe dwóch wykonawców, tj. BUD-INVENT Sp. z o.o. (oferta z ceną 187 350,00 zł

brutto) oraz konsorcjum PHIN Inwestycje Sp. z o.o. (lider), PHIN Consulting Sp. z o.o. (oferta z ceną 206 640,00 zł brutto).

Zamawiający w zastrzeżeniach podniósł, że przy ustalaniu, którzy wykonawcy powinni zostać wezwani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, kierował się literalnym brzmieniem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, który za wartość zamówienia uznaje wartość wynagrodzenia wykonawcy bez podatku od towarów i usług, a zatem wartość netto. Zatem Zamawiający porównywał ceny ofertowe do wartości zamówienia nie powiększonej o wartość podatku VAT.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego należy podkreślić, że brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od celu, jaki przyświeca instytucji badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, w szczególności od brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym punktem odniesienia dla ustalenia przesłanki determinującej obowiązek odrzucenia oferty jest przedmiot zamówienia (tj. jego rzeczywista wartość). Zatem w celu prawidłowego ustalenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, należy ją porównać do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT, a zatem do wartości odpowiadającej rzeczywistej wycenie przedmiotu zamówienia, a nie do wartości zamówienia bez podatku VAT. Ponadto, zasady wykładni celowościowej oraz zasady logiki nakazują porównywanie wartości, które są ze sobą porównywalne (tj. są ustalone według tych samych reguł), a zatem wartość zamówienia brutto (tj. wraz z podatkiem VAT) do ceny oferty brutto. W przypadku natomiast zestawienia wartości netto i brutto oczywistym jest, że otrzymane wnioski będą błędne z powodu porównania wartości nieadekwatnych (nieprzystających) do siebie, obliczonych na podstawie innych metodologii.

Porównanie wartości szacunkowej netto z wartością ofert określanych w kwotach brutto, prowadziłyby do konieczności oceny nieporównywalnych *de facto* kwot. W efekcie, literalna interpretacja pojęcia „wartość zamówienia”, o której mowa w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji gdy dotyczy rażąco niskiej ceny, prowadziłyby do absurdalnych wniosków, gdyż nie można porównywać wartości netto z wartością brutto. Z tego względu dla celów porównawczych i oceny, czy konkretna cena ofertowa nie jest rażąco niska, koniecznym jest do wartości szacunku zamówienia doliczyć obowiązujący podatek VAT.

Przywołana powyżej wykładnia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest ugruntowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 20 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 935/15) KIO stwierdziła, iż „...należy porównywać ze sobą rzeczy

porównywalne, czyli wartość netto z netto lub brutto z brutto, inaczej już na samym wstępie porównanie to będzie obarczone wadą w istotny sposób fałszującą jego wynik, gdyż przy podstawowej stawce podatku od towarów i usług – 23%, prawie cała wartość 30% zostanie „konsumowana” przez ów podatek i realnie będzie się porównywać pozostałe 7% lub też zsumowane 53%, a nie wskazane w przepisie 30%.” Podobne stanowisko wyrażone zostało w wyroku z dnia 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 500/15): „Zdaniem Izby przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w którym rzeczywiście nie wspomniano o tym, że do wartości zamówienia należy dodać kwotę podatku, nie można interpretować w sposób zakładający nieracjonalność ustawodawcy (wykładnia ad absurdum). Taki bowiem skutek przyniosłoby bowiem bezkrytyczne przenoszenie siatki pojęciowej z art. 32 ustawy Pzp i porównywanie wartości całkowicie nieporównywalnych (np. ceny oferty brutto do wartości zamówienia netto i odwrotnie...). Wykładnię taką należy odrzucić. Jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 Pzp, jest ustalenie czy cena oferty jest rażąco niska w „stosunku do przedmiotu zamówienia”. Badany jest zatem stosunek ceny ofertowej do danej dostawy, usługi czy roboty, której opis zamieszczono w SIWZ i którą wykonawcy mają wykonać za zaoferowaną cenę. Skoro zgodnie z obowiązującymi przepisami dana dostawa, usługa czy robota obłożona jest podatkiem VAT, to badanie ceny ofertowej brutto musi odnosić się do szacowanego wynagrodzenia wykonawcy także obejmującego ten podatek”. Podobnie w wyroku z dnia 27 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 992/15), Izba wskazała, że „dla celów zweryfikowania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp czy cena nie jest rażąco niska, wartość oferty konkretnego wykonawcy należy porównać z wartością szacunkową zamówienia (wartość netto przedmiotu zamówienia stanowiąca przedmiot danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc wartość zamówienia bez ewentualnych zamówień uzupełniających), powiększoną o wartość podatku VAT. Tak więc należy dokonywać oceny wartości porównywalnych ze sobą. (...) Skoro zatem rozbieżność pomiędzy wskazanymi wartościami w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynosiła ponad 30%, Zamawiający miał ustawowy obowiązek wystąpić do odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny ofertowej”. Również w wyroku z dnia 6 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 148/15) Izba wskazała, że „co prawda rzeczywiście szacunkowa wartość zamówienia, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, odnosi się do „całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług”, a w art. 90 ustawy Pzp nie wskazano, że wartość ta ma być powiększona o ten podatek, jednak nie można tego

przepisu interpretować z całkowitym pominięciem zasad logiki. Tak więc należy porównywać ze sobą rzeczy porównywalne, czyli wartość netto z netto lub brutto z brutto.”

Dodatkowo należy wskazać, że już w wyroku z dnia 26 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 68/15) - a zatem wydanym w czasie, gdy w kontrolowanym postępowaniu trwało badanie ofert przez Zamawiającego m.in. pod kątem rażąco niskiej ceny (termin składania ofert wyznaczony przez Zamawiającego to właśnie 26 stycznia 2015 r.) - podniesiono, iż „*zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej podstawą (miernikiem) oceny, czy zaoferowana przez danego wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej jest w pierwszej kolejności jej porównanie do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością, powiększonej o wartość podatku”*.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że badanie podejrzenia rażąco niskiej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nawet przed wejściem w życie nowego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp z 2014 r. (ustawa o zmianie ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r., Dz. U. z 2014 r. poz. 1232), opierało się na porównaniu wartości porównywalnych (cena oferty brutto i wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT). Tak więc argument Zamawiającego o braku jednoznacznej wykładni art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, uwzględniając aspekt historyczny, jest nieprzekonujący.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że w celu zastosowania w sposób prawidłowy instytucji przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należy porównywać wartość zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT z ceną brutto zawartą w ofercie. W konsekwencji podtrzymuję stwierdzenie, że w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający zobowiązany był do porównania cen ofertowych z kwotą 315 827,10 zł i wezwania do udzielenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp tych wykonawców, których ceny są niższe niż 70% ww. wartości, tj. wykonawcy BUD-INVENT Sp. z o.o. oraz konsorcjum PHIN Inwestycje Sp. z o.o. (lider). Zaniechanie Zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie wobec konieczności wykluczenia wykonawcy Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. (naruszenie nr 2), oferta wykonawcy BUD-INVENT Sp. z o.o. zostałaby uznana za najkorzystniejszą, zatem w odniesieniu do tego wykonawcy powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. [...]”

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został zreferowany w treści pism i dokumentów przytoczonych powyżej. Podano tam również i zacytowano wszystkie adekwatne przepisy prawa znajdujące zastosowanie w sprawie.

Izba w całości podziela stanowisko Prezesa UZP, co do stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeń wskazanych przepisów ustawy, względem których Zamawiający wniósł zastrzeżenia.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....