

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 czerwca 2018 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 9 maja 2018 r. zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Gminę Szydłowiec

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 26 kwietnia 2018 r., (znak: UZP/DKZP/WKZ3/421/15(4)/18/EG) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn:

modernizacja terenów zieleni nad Zalewem w Szydłowcu

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Agata Mikołajczyk Aneta Mlącka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego dotyczące naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego w informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako Prezes UZP) wszczął na podstawie art. 161 ust. 1 i 2 w związku z art. 165 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp) kontrolę doraźną postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację terenów zieleni nad zalewem w Szydłowcu. Postępowanie prowadzone było na wniosek z dnia 25.05.2017 r. Kontrola zakończyła się wynikami z dnia 18.04.2018 r.

Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdził naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Inżynieria Wodna s.c. Końskie R. H., L. D., Z. D. z uwagi na niewykazanie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy.

Prezes UZP uznał, iż wybrany Wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunków dotyczących:

- zdolności technicznej lub zawodowej określonej w rozdziale XI pkt 3.2 ppkt 2a siwz, jako *wykonał (zrealizował i zakończył) nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie obejmujące wykonanie ciągów pieszo-jezdnych, pieszych, oświetlenia ulicznego, czyszczeniu wody z osadów dennych, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1,2 mln złotych brutto;*

- zdolności technicznej lub zawodowej określonej w rozdziale XI pkt 3.2 ppkt 2b siwz, jako *wykazał osobę, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia legitymującą się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jaka zostanie jej powierzona, tj. Kierownika robót elektrycznych (1 osoba). Minimalne kwalifikacje dla tej funkcji dotyczyły posiadania uprawnień budowlanych wymaganych ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych. Zamawiający wymagał również minimalnego doświadczenia w realizacji co najmniej jednego zadania o wartości minimum 200 tys złotych brutto, obejmującego wykonanie oświetlenia ulicznego na stanowisku Kierownika robót, Kierownika budowy lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej elektrycznej.*

W odniesieniu do warunku z ppkt 2a Prezes UZP uznał, iż wskazane w wykazie roboty budowlane realizowane przez podmiot trzeci udostępniający potencjał wykonawcy (PPHU „K.” M. K.) nie miały wartości wskazanej w poświadczeniu wystawionym przez firmę „Hydromel” Sp. z o.o., a rzeczywista wartość wykonanych przez ten podmiot robót wyniosła 345.582,74 zł. brutto. Tym samym łączna wartość wskazanych w wykazie robót nie przekroczyła 1,2 mln zł. Ponadto trzecia z robót realizowana przez podmiot trzeci udostępniający swój potencjał (FHU R. W.) nie obejmowała robót budowlanych polegających na wykonaniu wskazanych w treści warunku, tj. ciągów pieszo-jezdnych, pieszych, oświetlenia ulicznego, czyszczenia wody z osadów dennych. Tym samym wartość tej pozycji wykazu (330.000 zł. brutto) nie mogła być uwzględniona na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Pozostałe dwa zadania łącznie nie mają wartości co najmniej 1,2 mln zł.

W odniesieniu do warunku z ppkt 2b Prezes UZP uznał, iż wskazana w wykazie osoba na

stanowisko Kierownika robót elektrycznych nie posiadała doświadczenia spełniającego warunek, gdyż jej doświadczenie obejmowało nadzór nad obsługą utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej podległych zakładów produkcyjnych o wartości 330.000 zł. Doświadczenie to nie jest tożsame z wymaganym *wykonaniem oświetlenia ulicznego na stanowisku Kierownika robót, Kierownika budowy lub Inspektora Nadzoru o specjalności inżynierskiej elektrycznej.*

Ponieważ przedłożone wykazy (robót i osób) nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia, potencjału kadrowego), dokonując wyboru oferty tego wykonawcy Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. wybrał ofertę wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z ww. przepisem. Naruszenia przepisów miały wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.

W piśmie z dnia 9.05.2018r. Zamawiający w odniesieniu do brzmienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia obejmującego zadanie polegające na wykonaniu ciągów pieszo-jezdných, pieszych, oświetlenia ulicznego, czyszczenia wody w osadach denných o łącznej wartości nie mniejszej niż 1,2 mln złotych brutto wskazał, iż przez wykonanie należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do podpisania protokołu końcowego odbioru robót, natomiast przez jedno zadanie należy rozumieć robotę budowlaną (wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie) zrealizowaną w oparciu o co najmniej jedną umowę cywilnoprawną. W ocenie Zamawiającego, wszelkie wykazane przez Wykonawcę prace, które stanowią roboty budowlane powinny być uznane przy ocenie spełniania warunków postępowania, w tym prace polegające na przebudowach i remontach.

W odniesieniu do pierwszej z robót wskazanych w wykazie („Odbudowa zbiornika wodnego BERNATKA”) Zamawiający uznał, iż wartość 523.188,00 zł robót powinna być w całości wzięta pod uwagę, niezależnie od ustalenia jaką wartość prac zrealizował Hydromel Sp. z o.o. Zamawiający sprzeciwił się dokonywaniu oceny na podstawie protokołu rzeczowo-finansowego końcowego odbioru zadania, który Kontrolujący otrzymał w toku kontroli od Prezydenta Miasta Skarżysko-Kamienna, a który nie stanowił dowodu w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający opierał się na referencjach oraz poświadczeniu Hydromel Sp. z o.o., a rzeczony protokół otrzymał po zakończeniu czynności związanych z oceną oferty wybranej od wykonawcy, który nie wniósł odwołania. W ocenie Zamawiającego, nawet gdyby opierać się na tym protokole, to nie wynika z niego, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Prezes UZP dokonał bowiem porównania zakresu prac z referencji z pracami wymienionymi w protokole, co nie było uzasadnione, gdyż w dokumentach tych użyto różnych opisów pozycji prac i nie można było ich przyporządkować. Roboty opisane w protokole pogrupowane zostały w działły bez informacji o wartości robót wykonanych przez podwykonawców na tym zadaniu. Nie odnosi się on również do zakresu robót wykonanych w podwykonawstwie. Stąd wniosek Kontrolującego dotyczący niewłaściwej kwoty wskazanej w referencji wystawionej przez Hydromel Sp. z o.o. Zamawiający ocenił, jako pozostający w sferze domysłów i spekulacji. Z opisu prac ujętych w czterech wskazanych w poświadczeniu działach wynika, że firma Hydromel Sp. z o.o. zleciła firmie K. roboty ziemne wykonywane koparkami, spycharkami obejmujące wszelkiego rodzaju wykopy, przekopy, formowanie nasypów, dowóz ziemi, piasku, plantowanie, a także roboty rozbiórkowe, dotyczące rozbiórek elementów betonowych, wykonanie pospółtek. Te rodzaje robót znajdują się również w innych działach protokołu odbioru, dlatego też wartość 523.188,00 zł. podana przez Hydromel Sp. z o.o. w poświadczeniu nie budzi wątpliwości i musi być oceniona jako prawidłowa.

W odniesieniu do wskazanej w poz. 3 wykazu obsługi sieci elektrycznej i energetycznej Zamawiający wskazał, iż nieprawidłową jest ocena prezentowana w informacji, jakoby nie była to robota budowlana składająca się na przedmiot zamówienia. Zamawiający ocenił spełnienie wymagań w oparciu o warunki określone w siwz, a wyjaśnienia składane przez niego w toku kontroli, odwołujące się do innych postępowań miały na celu wyznaczenie zakresu prac wymaganych przez Zamawiającego i wykazanych przez Wykonawcę. Zamawiający uznał, że jeżeli prace wykazane przez Wykonawcę zbliżały się do kategorii prac wymaganych, to brak było podstaw do ich zakwestionowania jako składających się na wymagane doświadczenie. Zamawiający kierując się definicją roboty budowlanej (art. 3 pkt 7 Pr. bud.) linie energetyczne ocenił jako obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość (art. 3 pkt 3a Pr. bud. – obiekt liniowy). W liście referencyjnym wskazano na obsługę utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej podległych zakładów produkcyjnych, co obejmowało również usuwanie usterek i uszkodzeń sieci, czyli oznacza to, że prace prowadzone były na obiekcie budowlanym liniowym i polegały na remoncie tychże sieci, bądź ich przebudowie, co kwalifikuje te prace jako robotę budowlaną. Ponadto zakres prac obejmował roboty oświetlenia ulicznego. Ponieważ w siwz Zamawiający nie ograniczył zakresu robót wyłącznie do oświetlenia ulicznego na drogach publicznych uznał, że nawet jeżeli roboty takie były wykonywane na drogach wewnętrznych, to mieszczą się one w kategorii robót określonych w siwz. W związku z powyższym Zamawiający przyjął wartość 330.000 zł brutto do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Po zsumowaniu robót wskazanych w wykazie łączna ich wartość wynosiła 1.367.539,14 zł.

brutto, co było wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutów sformułowanych wobec oceny doświadczenia osoby wskazanej w wykazie osób – kierownika budowy, Zamawiający uznał jej doświadczenie zdobyte przy realizacji inwestycji dotyczącej regulacji rzeki Czarnej Staszowskiej na kwotę 4.390.958,49 zł., co stanowiło potwierdzenie dla wymaganego doświadczenia w realizacji zadania o wartości 330.000,00 zł dotyczącego nadzoru nad obsługą utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej. Wskazana osoba pełniła na tej inwestycji funkcję inspektora nadzoru. Skoro zatem obsługa utrzymania sieci powinna być uznana za robotę budowlaną, to doświadczenie inspektora nadzoru było wystarczające.

Z ostrożności, na wypadek uznania, iż doszło do uchybień w zakresie zaniechania wykluczenia Wykonawcy Inżynieria Wodna s.c. Końskie, R. H., L. D., Z. D., to zdaniem Zamawiającego nie prowadziło to do naruszenia podstawowej zasady i celu systemu zamówień, tj. efektywnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Oferta wybrana przedstawiała najniższą cenę spośród wszystkich złożonych oraz najdłuższy możliwy okres gwarancji. Dotychczas prace wykonywane są bez zakłóceń, w terminie, bez większych zastrzeżeń ze strony inwestora. Nie pojawiły się sygnały wskazujące na brak dochowania terminu ukończenia robót. Ponadto opisany przypadek nie wypełnia dyspozycji art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, co mogłoby skutkować obligatoryjnym unieważnieniem umowy.

Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia podtrzymała stanowisko dotyczące naruszeń wskazanych w informacji.

Pismem z dnia 29.05.2018 r. znak: UZP/DKZP/WKZ3/421/15(6)/18/EG dot. KND/16/18/DKZP Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego.

W odniesieniu do doświadczenia podmiotu trzeciego (PPHU „Kraśiński” Marian Kraśiński) Prezes UZP uznał, iż wyłącznie prace wymienione przez wykonawcę w poświadczeniu mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Hydromel Sp. z o.o. w sposób precyzyjny w poświadczeniu wymieniło prace w jakich uczestniczył podmiot udostępniający zasoby wykonawcy. Wartość robót wykonanych przez Hydromel Sp. z o.o. nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunku. Nie można bowiem powołać się na pracę wykonane przez inny podmiot poza podmiotem trzecim udostępniającym potencjał. Ponieważ Zamawiający nie wymagał wykazania ogólnie robót *zgodnych z przedmiotem zamówienia*, tylko konkretnych robót polegających na wykonaniu ciągów pieszo-jezdnymi, pieszych, oświetlenia ulicznego, czyszczenia wody z osadów dennych, zatem wartość tylko tych robót mogła być uwzględniona. Zamawiający wskazując na wartość 523.188 zł brutto

nie wyjaśnił w jaki sposób ustalił, że wybrany Wykonawca podał kwotę prawidłowo. Zamawiający mógł jeszcze przed podpisaniem umowy, po otrzymaniu informacji o nieprawidłowościach, dokonać ponownie analizy w celu zweryfikowania zaistniałych wątpliwości dotyczących wartości prac wykonanych przez podmiot udostępniający potencjał Wykonawcy.

Również usługa utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej zakładów produkcyjnych nie mogła być uwzględniona dla potwierdzenia spełnienia warunku w kształcie, w jakim został on nadany w treści siwz. Skoro Zamawiający wymagał wykazania roboty budowlanej obejmującej wykonanie oświetlenia ulicznego, to nie mógł uznać za spełniając warunek usługę utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej.

W odniesieniu do warunku dotyczącego przygotowania zawodowego Prezes UZP podtrzymał, iż wykazane doświadczenie z zakresu obsługi utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej zakładów produkcyjnych nie jest związane z wykonaniem oświetlenia ulicznego na stanowisku Kierownika robót, Kierownika budowy lub Inspektora Nadzoru o specjalności inżynierskiej elektrycznej.

Izba zważyła, co następuje:

Wydając opinię Izba miała na uwadze ustalenia faktyczne, które legły u podstawy stwierdzenia przez Prezesa UZP naruszenia przepisów Ustawy, wynikające z zapisów siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu, w oparciu o które sformułowany został wniosek, iż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wybranego Wykonawcę zostało dokonana z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp.

Prezes UZP uznał, iż wybrany Wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunki dotyczące:

- zdolności technicznej lub zawodowej określonej w rozdziale XI pkt 3.2 ppkt 2a siwz: *wykonał (zrealizował i zakończył) nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie obejmujące wykonanie ciągów pieszo-jezdnych, pieszych, oświetlenia ulicznego, czyszczeniu wody z osadów dennych, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1,2 mln złotych brutto. Uwaga: - przez wykonanie należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do podpisania protokołu końcowego odbioru robót; - przez jedno zadanie należy rozumieć robotę budowlaną (wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie) zrealizowaną w oparciu o co najmniej jedną umowę cywilnoprawną (analogicznie sekcja III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w BZP);*
- zdolności technicznej lub zawodowej określonej w rozdziale XI pkt 3.2 ppkt 2b siwz:

wykazał osobę, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia legitymującą się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jaka zostanie jej powierzona. Minimalne kwalifikacje dla kierownika robót elektrycznych (1 osoby) dotyczyły posiadania uprawnień budowlanych wymaganych ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych. Zamawiający wymagał doświadczenia w realizacji co najmniej jednego zadania o wartości zadania minimum 200 tys złotych brutto, obejmującego wykonanie oświetlenia ulicznego na stanowisku Kierownika robót, Kierownika budowy lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej elektrycznej (analogicznie sekcja III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w BZP).

Zamawiający dokonał pozytywnej weryfikacji przygotowania zawodowego Wykonawcy w oparciu o dokumenty złożone w ofercie, tj. wykaz robót, referencje, wykaz osób.

Wykonawca w zakresie robót polegających na wykonaniu chodników, boisk, placów zabaw wykazał się własnym doświadczeniem na kwotę 514.351,14 zł. brutto przedkładając referencje wystawione przez Gminę Końskie. W zakresie robót elektrycznych oraz oczyszczaniu wody polegał na zasobach podmiotów trzecich: FHU R. W. (obsługa utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej podległych zakładów produkcyjnych na kwotę 330.000,00 zł) oraz PPHU „K.” (odbudowa zbiornika wodnego BERNATKA na kwotę 523.188,00 zł). Podmioty te zostały wskazane w ofercie jako podwykonawcy w części w jakiej Wykonawca polegał na ich zasobach.

W wykazie osób na kierownika budowy o specjalności sieci i instalacji urządzeń elektrycznych wskazany został p. R. W., którego doświadczenie opisane zostało jako „Nadzór nad obsługą utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej podlegających zakładów produkcyjnych o wartości 330.000 zł”.

Do oferty załączone zostało poświadczenie wystawione przez Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji „HYDROMEL” Sp. z o.o. z dnia 15.10.2014 r., w którym stwierdza się, że Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „K.” M. K. uczestniczyło przy realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą „Odbudowa zbiornika wodnego BERNATKA zlokalizowanego na rzece Bernatka w km 2+350” w systemie zaprojektuj i wybuduj zrealizowanego w terminie 28.08.2013 do 29.11.2013 r.. Zakres zadania obejmował:

- usunięcie namulów i piasku z czaszy zbiornika naniesionych w czasie powodzi z całej powierzchni zbiornika 1,7ha,
- uzupełnienie i ubezpieczenie nasypu grobli czołowej zniszczonej w czasie powodzi oraz

odtworzenie plaży z piasku,

- rozebranie zniszczonego betonu na stożkach wlotowych do jazu i ubezpieczenie skarpy odwodnej od jazu do przelewu stokowego – 124,80 m².

Łączna wartość robót wskazana w poświadczeniu to 523.188 zł (brutto).

Referencje z 20.02.2017 r. wystawione przez Gminę Końskie dla Wykonawcy potwierdzają zakres robót objętych zadaniem inwestycyjnym „Budowa skateparku, placu zabaw oraz boiska do siatkówki plażowej na terenie kompleksu sportowego w Końskich przy ulicy Południowej” i ich wartość – 514.351,14 zł (brutto).

List referencyjny Ceramiki-Końskie Sp. z o.o. z 22.02.2016 r. dla FHU R. W. potwierdza stałą współpracę przy obsłudze utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej podległych zakładów produkcyjnych, w tym sieci oświetlenia wewnętrznego i zewnętrznego w 2 lokalizacjach w Końskich: ul. Ceramiczna 5 i Górna/Fabryczna. *Współpraca z przedstawicielami wykonawcy układa się bardzo dobrze, wszelkie usterki i uszkodzenia sieci usuwane są na bieżąco i w przeszłości nie występowały sytuacje spowodowane niewłaściwą konserwacją nadzorowanych urządzeń elektrycznych czy energetycznych. Orientacyjna wartość usług świadczonych przez w/w w ostatnich 3 latach wyniosła 330 tys zł.*

W toku kontroli Prezes UZP wystąpił do zamawiającego, na rzecz którego realizowane były roboty dotyczące zbiornika wodnego BERNATKA o wyjaśnienie. Z odpowiedzi przekazanej od Prezydenta Miasta Skarżyska-Kamiennej wynika, iż w postępowaniu na „Odbudowę zbiornika wodnego BERNATKA zlokalizowanego na rzece Bernatka w km 2+350 w systemie zaprojektuj i wybuduj” ofertę złożyło wyłącznie Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji „HYDROMEL” Sp. z o.o., które zadeklarowało udział podwykonawcy w zakresie wykonania dokumentacji projektowej. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „K.” M. K. wg wiedzy i dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego nie uczestniczyło w wykonaniu ww. zamówienia. Zamawiający przekazał wypis z siwz oraz protokół rzeczowo-finansowy końcowego odbioru zadania. W protokole wskazany został podmiot realizujący prace – Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji Sp. z o.o. „HYDROMEL” w Końskich, obmiar i wartość wykonanych prac, wg kosztorysu. Protokół prezentuje rozliczone prace pogrupowane w działy odpowiadające działom kosztorysu ofertowego (dziewięć działów). Dział 6 – *uzupełnienie i ubezpieczenie nasypu grobli czołowej zniszczonej w czasie powodzi* – wartość 10.461,00 zł. netto. Dział 7 – *Usunięcie namulów i piasku z czaszy zbiornika naniesionych w czasie powodzi z całej powierzchni zbiornika* – wartość 221.337,62 zł netto. Dział 8 – *Rozebranie zniszczonego betonu na stożkach wlotowych do jazu i ubezpieczenie skarpy odwodnej od jazu do przelewu stokowego* – wartość 39.265,95 zł netto. Dział 9 – *Odtworzenie plaży z piasku – zebranie namulów, odtworzenie zniszczonych skarp zbiornika po powodzi* – wartość 9.900,01 zł.

netto. Po zsumowaniu działów 6-9, wartość robót wyniosła 280.964,58 zł netto, co stanowiło 345.586,43 zł brutto. Wartość całości prac wskazana w protokole wyniosła brutto 899.800,00 zł i odpowiadała wartości kosztorysowej.

W dniu 28.04.2017 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, przekazując informację w tym zakresie wykonawcom mailowo w dniu 2.05.2017 r.

W dniu 5.05.2017 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo od Wykonawcy – Obsługa i Realizacji Inwestycji „CELIS” J. K., w którym ten wskazywał na wątpliwości dotyczące referencji wystawionych przez Hydromel Sp. z o.o., tj. wartości, która zgodnie z protokołem rzeczowo-finansowym wyniosła 332.719,40 zł. dla wskazanych w referencji prac: usunięcia namulów i piasku (...), uzupełnienia i ubezpieczenia nasypu (...), rozebrania zniszczonego betonu (...).

Zamawiający zawarł umowę w dniu 15.05.2017 r. z wybranym Wykonawcą – R. H. oraz Z. D., którzy złożyli ofertę (Inżynieria Wodna s.c. Końskie R.H., L.D., Z.D.).

Odnosząc się do podstawy zarzutu Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wybranego Wykonawcę – Inżynieria Wodna s.c. Końskie R. H., L.D., Z.D., dokonana została w sposób naruszający przepisy Ustawy.

Analiza wskazanych okoliczności ustalonych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdza zasadność ustaleń i wniosków Prezesa UZP o braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, z którym została zawarta umowa. Ponieważ Zamawiający w sposób błędny ocenił oświadczenia i dokumenty złożone przez Wykonawcę i uznał, iż potwierdzają one wymagania, jakie postawił w siwz (ogłoszeniu), nie prowadził procedury opisanej w art. 26 ust.3 Ustawy, co nie zmienia jednak oceny rozstrzygnięcia zapadło w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zasadniczo, decydującym dla oceny decyzji Zamawiającego były dokumenty, na podstawie których dokonał weryfikacji podmiotowej Wykonawcy, tj. wykaz wykonanych robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację oraz wykaz osób. Zgromadzone w toku postępowania kontrolnego wyjaśnienia i dalsze dowody (w tym pismo od zamawiającego – Prezydenta Miasta Skarżysko Kamienna) mogły mieć znaczenie pomocnicze dla ustalenia stanu wiedzy, w jakim Zamawiający obiektywnie podjął decyzję o udzieleniu zamówienia wykonawcy, który faktycznie nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się zatem do dokumentów złożonych przez Wykonawcę w toku postępowania Izba uznała, iż dwie spośród trzech wskazanych robót budowlanych, mających potwierdzać spełnienie warunku opisanego w rozdziale XI pkt 3.2 ppkt 2a siwz, budziły uzasadnione zastrzeżenia, co do których Zamawiający powinien przedsięwziąć kroki zmierzające do ich wyjaśnienia przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wprawdzie wątpliwości dotyczące pierwszej z robót, tj. zbiornika wodnego BERNATKA, Zamawiający obiektywnie mógł powziąć już po zawiadomieniu o wyniku postępowania, to w ocenie Izby powinien był okoliczności budzące zastrzeżenia wyjaśnić. Nie było bowiem formalnej przeszkody do uchylenia się od skutków decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy zaistniały ku temu podstawy, o których Zamawiający dowiedział się po przekazaniu wykonawcom informacji o zakończeniu oceny ofert. W niniejszej sprawie nie można pominąć tego, iż postępowanie prowadzone było w trybie właściwym dla zamówień o mniejszej wartości (opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych), co miało ten skutek, iż środki ochrony prawnej przysługiwały wykonawcom w ograniczonym zakresie. Mając na uwadze przyjętą w KIO w czasie, w którym prowadzone było postępowanie, wykładnię przepisu art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 Ustawy Pzp, wykonawcy mogli świadomie nie wnieść odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołanie takie mogło bowiem zostać odrzucone, co narażałoby wykonawcę na dodatkowe koszty, jakie poniósłby w przypadku zatrzymania wpisu (10 tys zł). Zamawiający otrzymał jednak od jednego z wykonawców pismo zawierające zastrzeżenia co do prawidłowości dokonanej czynności oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę wybranego, w zakresie dotyczącym wartości jednej z robót wskazanej w wykazie oraz poświadczeniu. Informację tę Zamawiający powinien był potraktować jako skierowaną w trybie art. 181 ust. 1 Ustawy i w przypadku uznania zasadności podnoszonych okoliczności powtórzyć czynności w postępowaniu. Żądanie takie zostało wręcz wyartykułowane w ostatnim fragmencie pisma z dnia 5.05.2017 r., w którym wykonawca wnosił o dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert i zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp wykluczenie firmy Inżynieria Wodna s.c. Końskie R.H., L.D., Z.D. Tym samym podnoszone obecnie w zastrzeżeniach przez Zamawiającego uzasadnienie dla braku możliwości uwzględnienia przy ocenie doświadczenia dokumentu – protokołu odbioru końcowego robót, nie znajduje potwierdzenia. Skoro Zamawiającemu przekazany został rzeczony protokół, w którym wskazane zostały kwoty wynagrodzenia za faktycznie wykonane roboty budowlane, to Zamawiający nie był uprawniony do pominięcia tych informacji. Zamawiający miał możliwość ich oceny i powtórzenia czynności w postępowaniu przed zawarciem umowy, do czego doszło po dziesięciu dniach od otrzymania informacji mogących zmieniać wynik w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

O konieczności powtórzenia czynności oceny doświadczenia Wykonawcy świadczy przede wszystkim wątpliwość co do ustalenia, czy wartość zrealizowanych przez podmiot udostępniający swój potencjał robót wyniosła wskazaną w poświadczeniu kwotę 523.188 zł brutto. Zamawiający w toku postępowania nie miał jeszcze wiedzy, jaką Kontrolujący zdobył w toku czynności kontrolnych od zamawiającego, na rzecz którego roboty budowlane były realizowane, iż podmiot trzeci formalnie nie występował jako podwykonawca spółki realizującej inwestycję – Hydromel Sp. z o.o. Powyższe nie usprawiedliwia jednak braku aktywności Zamawiającego, której wymagały informacje przekazane wraz z pismem, a dotyczące rzeczywistej wartości robót, jakie miał wykonać podmiot trzeci. Wskazany bowiem w poświadczeniu przedłożonym wraz z wykazem wykonanych robót zakres robót, według przekazanego Zamawiającemu protokołu rzeczowo-finansowego końcowego odbioru zadania (wg podziału odpowiadającego rzeczowo wskazanym w poświadczeniu), miał wartość niższą. Informacja ta tym bardziej wymagała wyjaśnienia, w sytuacji kiedy wystawcą poświadczenia nie był zamawiający, ale podmiot, z którym zawarta była umowa o roboty budowlane. Pozostawienie tych informacji bez właściwej reakcji doprowadziło do tego, iż wcześniejsza decyzja o uznaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, stawała pod znakiem zapytania. Przeprowadzone w toku kontroli dalsze czynności wyjaśniające faktycznie potwierdziły wątpliwość co do prawidłowości uznania, iż Wykonawca wykazał się doświadczeniem na wymaganą łączną kwotę co najmniej 1,2 mln złotych.

Dodatkowo, słusznie wskazano w informacji o wyniku kontroli, iż trzecia ujęta w wykazie pozycja, budzi zastrzeżenia, co do jej zgodności z wymaganiem Zamawiającego. Wyjaśnienia jakich udzielał Zamawiający w toku kontroli nie były przekonujące w świetle treści samej referencji. W dokumencie tym wskazano bowiem na współpracę, w ramach której *wszelkie usterki i uszkodzenia sieci usuwane są na bieżąco i w przeszłości nie występowały sytuacje spowodowane niewłaściwą konserwacją nadzorowanych urządzeń elektrycznych czy energetycznych*, co w ocenie Izby zasadniczo odnosi się do przedmiotu usługi utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej. Próba wywiedzenia z opisu wskazującego na usuwanie usterek i uszkodzeń sieci, iż faktycznie zamówienie to obejmowało wykonanie roboty budowlanej opisanej w siwz, nie mogła być skuteczna. Przede wszystkim sprzeciwiała się temu treść warunku, w którym Zamawiający wymagał wykonania rozumianego, jako doprowadzenia do podpisania protokołu końcowego odbioru robót. Ponadto, nawet jeżeli uznać, że część prac mogła dotyczyć wykonania robót budowlanych dotyczących sieci, to ich wartość również wymagałaby doprecyzowania w świetle ogólnego wskazania w referencji na przybliżoną wartość z okresu trzech lat obejmującą również konserwację nadzorowanych urządzeń elektrycznych czy energetycznych. Argument Zamawiającego mający przesądzać o prawidłowości przeprowadzonej oceny, w którym

odnosił się do zbliżonego zakresu prac, nie mógł się ostać. Przede wszystkim decydującym dla ustalenia, czy Wykonawca wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, było stwierdzenie zgodności rzeczowej zakresu wykonanych robót ze wskazanymi w opisie wymaganym doświadczeniem.

Również zasadnym było wskazanie w informacji o wyniku kontroli na niewłaściwą ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale XI pkt 3.2 ppkt 2b siwz, gdyż złożone dokumenty dotyczące obsługi utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej nie pozwalały ocenić oświadczenia Wykonawcy, jako potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W wykazie opisana funkcja związana była z nadzorem nad obsługą utrzymania sieci elektrycznej i energetycznej, co nie oznacza wykonania oświetlenia ulicznego na stanowisku Kierownika robót, Kierownika budowy lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej elektrycznej. Informacje zawarte w dokumentach nie pozwalały przypisać takiej funkcji.

Mając powyższe na uwadze, Izba wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....