

**Sygn. akt: KIO/KD 8/20**

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 10 lutego 2020 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 stycznia 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 stycznia 2020 r. przez:

Zamawiającego: Gminę Miasta Brodnicy dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 grudnia 2019 r. UZP/DKZP/WKZ2/421/66 )/19/PW, KND/63/19/DKZP

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: przebudowa i modernizacja stadionu miejskiego OSR w zakresie infrastruktury lekkoatletycznej, znak: GMI.271.15.2017.

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Członkowie: Bartosz Stankiewicz**

**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Po przeprowadzeniu niniejszej kontroli doraźnej na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego: Gminę Miasta Brodnicy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: pn.: przebudowa i modernizacja stadionu miejskiego OSR w zakresie infrastruktury lekkoatletycznej następujących przepisów:

1) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), poprzez opisanie warunków w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji,

2) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na złożenie przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu oświadczeń o braku okoliczności skutkujących wyłączeniem z postępowania w sposób nierzetelny, tj.: przed wszczęciem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego albo przed upływem terminu otwarcia ofert.

Nie zgadzając się z powyższą oceną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający w dniu 17 stycznia 2020 r. zgłosił do tego organu umotywowane zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W swoim uzasadnieniu wyraził między innymi przekonanie, że uprawnieniem zamawiającego jest określenie poziomu doświadczenia niezbędnego do ubiegania się o zamówienie uwzględniając fakt, iż każdy opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu *ex definitione* ogranicza konkurencję.

Dalej, zwrócił uwagę, że opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ma zapewnić dokonanie wyboru wykonawcy dającego rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia. Dokonanie opisu oceny spełnienia warunków ma umożliwić wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a jednocześnie ograniczyć możliwość powstania sytuacji, w której wybrany wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością.

Dodatkowo, zauważył, że art. 22 powiązany jest ściśle z art. 29 jest z nim ściśle powiązana. Opisanie warunków w omawianym postępowaniu dotyczących zdolności

technicznej i zawodowej wykonawcy zostało dokonane w sposób jak najbardziej proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nienaruszający zasady uczciwej konkurencji.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu korzystał z dofinansowania z Ministerstwa Sportu i Turystyki i zamierzał zrealizować zadanie tak, aby w jego wyniku powstał certyfikowany obiekt sportowy. Wyjaśnił, że dofinansowanie w ramach tego programu można było uzyskać na obiekty treningowe oraz zwiększone dofinansowanie na obiekty certyfikowane.

Przekonywał, że Zamawiającemu zależało na prawidłowym wykonaniu umowy w przeciwnym wypadku nie otrzymałby on dofinansowania, wykonawca nie otrzymałby należnego wynagrodzenia, a obiekt nie spełniałby celu na jaki został przeznaczony czyli nie mogły być na nim rozgrywane zawady, mityngi i Mistrzostwa Polski.

Wskazał, że uzyskanie certyfikatu IAAF wymaga wręcz zegarmistrzowskiej dokładności w realizacji zamówienia i aby uzyskać certyfikat bieżnia musi mieć dokładnie 400 m długości i ani centymetra więcej czy mniej.

Ponownie, podkreślił, iż istnienie niewielkiej liczby obiektów posiadających certyfikat IAAF Class 1 obrazuje skalę trudności w realizacji takiego zadania.

Zwrócił uwagę, że opublikowane ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego na stronie Biuletynu Zamówień Publicznych oraz na stronie Zamawiającego nie wykluczało możliwości udziału w postępowaniu podmiotów spoza Polski. Zamawiający nie ograniczył posiadania certyfikatu IAAF Class 1 dla dwóch obiektów z oferowaną nawierzchnią jedynie z Polski, ale dopuścił również obiekty z całej Europy - pkt. V ust. 1 lit. b SIWZ.

Zamawiający zaznaczył przy tym, że dbając o środki publiczne uwzględniając długi okres użytkowania zadbał o zapewnienie gwarancji wysokiej jakości materiału, z którego będzie wykonana nawierzchnia sportowa, aby zapewnić długą i bezusterkową eksploatację obiektu.

Zdaniem Zamawiającego - ma on prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych.

Dodatkowo, biorąc pod uwagę wiele lat użytkowania, argumentował, że naprawa nawierzchni w zaprojektowanej technologii jest tańsza, a w przypadku uszkodzenia

mechanicznego i konieczności wymiany danego elementu, nawierzchnia przeznaczona do wymiany jest wykonana z takich samych elementów dynamiczno-technicznych, czego nie można uzyskać w przypadku zastosowania nawierzchni poliuretanowych.

Wskazał, że dokumentacja projektowa dla przedmiotowego zamówienia opracowana została na podstawie wytycznych opublikowanych przez Ministerstwo Sportu i Turystyki (m.in. Nawierzchnie syntetyczne - wymagania techniczne PZLA z 12.08.2015 r.).

Zaznaczył, że program rozwoju infrastruktury lekkoatletycznej — edycja 2016 wprowadzony został Decyzją Nr 11 Ministra Sportu i Turystyki w dniu 2 lutego 2016 r., gdzie zgodnie z postanowieniami tego Programu we wstępie określono cel, którym jest poprawa stanu infrastruktury lekkoatletycznej w ujęciu ilościowym i jakościowym.

Dalej, podniósł, że w tym dokumencie można przeczytać, że „Średniookresowym zamierzeniem resortu jest takie skoordynowanie procesów inwestycyjnych w samorządach, aby na terenie każdej gminy był przynajmniej 1 obiekt lekkoatletyczny, natomiast na terenie powiatu przynajmniej 1 certyfikowany obiekt lekkoatletyczny (w siedzibie powiatu bądź w wiodącym ośrodku lekkoatletycznym zlokalizowanym poza siedzibą powiatu).” Brodnica, jako siedziba powiatu oraz wiodący ośrodek lekkoatletyczny ubiegała się o dofinansowanie dla certyfikowanego obiektu. Zgodnie z Programem Zamawiający ubiegając się o to zwiększone dofinansowanie na obiekt certyfikowany zobligowany został do wykonania dokumentacji zgodnie z wymogami określonymi w niżej wymienionych dokumentach:

- 1) Budowa i przebudowa obiektów lekkoatletycznych. Wytyczne dla wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie z Funduszy Rozwoju kultury Fizycznej (załącznik nr 1 do Programu),
- 2) Warianty realizacyjne Programu rozwoju infrastruktury lekkoatletycznej („orliki lekkoatletyczne” Wytyczne dla projektantów (załącznik nr 2 do Programu),
- 3) Wytyczne IAAF „Track and Field Facilities Manual”; 2008,
- 4) Wytyczne PZLA „Założenia dla projektantów stadionów LA’ (marzec 2015 r.).

Ponadto, wskazał, że we wstępie dokumentu opisanego w pkt. 1 zawarto zapis, iż niniejsze opracowanie ma za zadanie między innymi uwrażliwienie inwestorów w kwestii złożoności przedmiotowego tematu a co za tym idzie podkreślenia znaczenia m.in. optymalnego wyboru doświadczonego i rzetelnego wykonawcy, który zrealizuje zadanie zgodnie z projektem i zasadami sztuki budowlanej.

W pkt. 5 tego dokumentu podkreślono, „że z uwagi na określony reżim technologiczny związany zarówno z instalowaniem podbudów, jak i nawierzchni syntetycznych, kluczową rolę przy wyborze wykonawcy powinny pełnić 2 elementy:

1) doświadczenie:

- ilość i rodzaj realizowanych obiektów, w tym ich wielkość, złożoność, certyfikacja;
- czas funkcjonowania na rynku, uwiarygadniający realność dawanej gwarancji (co jest nie bez znaczenia w kontekście sporej fluktuacji podmiotów na rynku);

2) jakość:

- referencje,
- certyfikaty,
- autoryzacje podmiotów nawierzchni”.

Wskazał, że w celu potwierdzenia warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawca zobowiązany był do dołączenia do oferty wykazu wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia przedmiotowego warunku z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca i podmiotów na rzecz, których roboty te zostały wykonane oraz załączenia dowodów potwierdzających, że roboty te wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, bowiem zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 z późn. zm.) dokumenty te zostały wskazane w § 2 ust. 4 pkt 1 tego rozporządzenia.

Przekonywał, że inwestycja została sfinansowana ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej w ramach Programu Rozwoju Infrastruktury Lekkoatletycznej oraz środków publicznych, co uzasadnia żądanie jak najwyższej jakości robót oraz materiałów wykorzystywanych do jej realizacji.

Wyjaśnił, że Gmina Miasta Brodnicy realizując inwestycję korzystała z dotacji MSIT w ramach „Programu rozwoju infrastruktury lekkoatletycznej — edycja 2016”.

Wnioskodawcy składając wniosek o dofinansowanie mogli wnioskować o dotacje na zadania związane z budową przebudową obiektów treningowych lub certyfikowanych.

W przypadku obiektów certyfikowanych, tak jak obiekt w Brodnicy, inwestorzy dodatkowo obarczeni byli uzyskaniem opinii PZLA dotyczącej uzgodnienia samego projektu jak również uzyskaniem świadectwa PZLA dla obiektu.

Powołał się na okoliczność, że w dniu 1 marca 2016 r. Gmina Miasta Brodnicy złożyła wniosek o uzgodnienie projektu i wydanie świadectwa dla obiektu lekkoatletycznego, a następnie w dniu 14 kwietnia 2016 r. złożono wniosek do Ministerstwa Sportu i Turystyki na dofinansowanie zadania w ramach Programu rozwoju infrastruktury lekkoatletycznej.

W świetle powyższego stanu faktycznego – według zapatrywania Zamawiającego - bezzasadny jest zarzut zastosowania przez niego nieobowiązujących wymagań technicznych, bowiem Zamawiający składając wniosek o uzgodnienie projektu i wydanie świadectwa dla obiektu lekkoatletycznego w dniu 1 marca 2016 r. nie mógł zastosować wymagań technicznych z 23 września 2016 r.

Wskazał przy tym, iż dokumentacja konkursowa w ramach której dofinansowana została przedmiotowa inwestycja przygotowana została na podstawie dokumentu „Założenia dla Projektantów Stadionów LA” Polskiego Związku Lekkiej Atletyki Komisji Obiektów i Urzędzeń, opracowanego przez Tadeusza M. (Warszawa, 25 lutego 2015) oraz opracowania „Nawierzchnie syntetyczne” tego samego autora (Warszawa, grudzień 2014), gdzie zgodnie z opracowaniem dotyczącym nawierzchni syntetycznych zaleca się żądanie przez Inwestora przedstawienia dokumentów dotyczących wymaganego doświadczenia w zakresie budowy stadionów lekkoatletycznych i instalowania oferowanego systemu nawierzchniowego: wystawionych dla wykonawcy nawierzchni referencji w zakresie wykonania w ciągu ostatnich 5 lat minimum 2 pełnowymiarowych stadionów lekkoatletycznych, na których zainstalowano oferowany rodzaj nawierzchni, jakie uzyskały certyfikat IAAF lub Świadectwo PZLA.

Powołał się na uwagi autora opracowania, iż Inwestor wydatkujący środki publiczne przy ustalaniu warunków udziału w procedurze przetargowej musi mieć pewność, że wyłoniony w drodze postępowania wykonawca posiada wymagane doświadczenie, a wymaganie legitymowania się doświadczeniem na poziomie wyższym niż jednokrotna realizacja podobnego zamówienia zwiększa szanse na prawidłowe wykonanie zamówienia, nie naruszając zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tego wywodził, że zawarcie zatem w SIWZ wymogu posiadania przez potencjalnych wykonawców doświadczenia polegającego na wykonaniu oferowanej nawierzchni na co najmniej dwóch stadionach, które otrzymały certyfikat IAAF Class 1 miało na celu wyłonienie w przetargu wykonawcy, który dzięki swemu doświadczeniu prawidłowo wykona przedmiot zamówienia, co umożliwi Zamawiającemu nadanie przez PZLA kategorii VA.

Wyjaśnił, że nawierzchnia wykonanej bieżni ze względu na intensywne użytkowanie i ogólną dostępność musi wykazywać się dużą trwałością, wytrzymałością na duże obciążenia, oraz odpornością, a zrealizowany obiekt ma zapewnić jego wieloletnie użytkowanie bez konieczności narażania się na usuwanie usterek.

Dlatego w interesie publicznym leżało, aby zadanie zrealizować w sposób i przy użyciu materiałów pozwalających zachować wysoką jakość inwestycji.

Powołał się na przedstawione w powyższym opracowaniu opinie gospodarzy obiektów na podstawie których można stwierdzić, że w polskich warunkach klimatycznych największa trwałość wykazują prefabrykowane nawierzchnie kauczukowe Mondo oraz nawierzchnie z pełnego poliuretanu.

Natomiast w ankiecie przeprowadzonej w 2011 r. ponad 75% ankietowanych wskazało, że najlepsze warunki startu (i tym samym najlepsze warunki do osiągnięcia najwyższej klasy wyników podczas zawodów zapewniają 3 stadiony, na których ułożono prefabrykowane nawierzchnie kauczukowe Mondo oraz 1 stadion z nawierzchnią Conipur M.

Dodatkowo, wskazał, że przedmiotem postępowania były roboty budowlane, a nie dostawa materiałów, zatem wykonawcami były firmy wykonawcze, a nie producenci nawierzchni sportowych, których wartość stanowi niewielki procent całości przedmiotu zamówienia.

Stwierdził, że ponad wszelką wątpliwość Zamawiający nie działał wbrew zasadzie uczciwej konkurencji, gdyż na rynku polskim jak i rynkach krajów Unii Europejskiej działa wiele firm wykonawczych, które mogły ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zapewniał, że nie ograniczał konkurencyjności niniejszego postępowania, bowiem każdy z potencjalnych wykonawców mógł zwrócić się do producentów nawierzchni spełniających wskazane parametry o ich dostarczenie, problematyka tego zagadnienia zależała od woli i możliwości porozumienia się Wykonawcy z producentem.

W zestawieniu zweryfikowanych (dopuszczonych do rozgrywania oficjalnych zawodów 1a), pełnowymiarowych stadionów lekkoatletycznych opublikowanym na stronie PZLA na dzień 31 grudnia 2017 r. było wykazanych 119 obiektów, w tym 33 obiekty z nawierzchnią prefabrykowaną (kauczukową), którą wykonywało 6 firm i 4 konsorcja.

Według Zamawiającego - zgodnie z art. 22 a ust. 4 ustawy Pzp krąg podmiotów, którzy mogli się ubiegać o udzielenie zamówienia mógł być poszerzony poprzez skorzystanie ze zdolności innych podmiotów lub wykonawcy mogli ubiegać się o wspólne zamówienie.

Podniósł, że z opracowania Tadeusza M. „Nawierzchnie syntetyczne” wynika, że wg stanu na dzień 1 października 2014 r. na 117 stadionów posiadających certyfikat IAAF Class 1 - 43 miały powierzchnie kauczukowe, w tym 15 z nich znajdowało się w Europie, a zatem nie można było wykluczyć, że do dnia złożenia ofert w przedmiotowym zamówieniu certyfikat IAAF otrzyma więcej obiektów z Polski, albo do przetargu przystąpią wykonawcy, którzy wykonali obiekty posiadające certyfikat IAAF poza granicami naszego kraju.

Odnosnie naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na złożenie przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu oświadczeń o braku okoliczności skutkujących wyłączeniem z postępowania w sposób nierzetelny, tj.: przed wszczęciem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego albo przed upływem terminu otwarcia ofert należy wskazać, iż druk ZP - 1 jest nazwany (jako m.in. „Oświadczenie kierownika zamawiającego”, „Oświadczenie pracownika zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności”, „Oświadczenie członka komisji przetargowej”, „Oświadczenie biegłego” czy też „Oświadczenie innej osoby wykonującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia”).

Podkreślił przy tym, że w przypadku oświadczenia członka komisji przetargowej taka osoba staje się członkiem komisji w momencie powołania przez kierownika zamawiającego na podstawie art. 19 - 21 ustawy Prawo zamówień publicznych już zatem na etapie powołania komisji przetargowej kierownik zamawiającego musi mieć pewność, że dany, powołany członek komisji spełnia okoliczności wymienione w punktach 1 i 5 niniejszego druku, oświadczenia.

Zwrócił uwagę, że Druk Zp-1 składa się z pięciu punktów. Pierwszy i ostatni wskazują jednoznacznie, że osoba, która została powołana do komisji powinna podpisać oświadczenie z datą powołania, ponieważ nie ubiega się o udzielenie zamówienia i nie została prawomocnie skazana.

Natomiast punkty 2 i 3 omawianego oświadczenia wskazują na okoliczności, które mogą wystąpić przed wszczęciem postępowania, w czasie postępowania, ale przed dniem otwarcia ofert, ponieważ w niniejszych punktach jest stwierdzone „(...) wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia”.



Argumentował, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia to jest taki, który np. składa zapytania do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego w niniejszym druku został wprowadzony pod ciągłą kreską akapit, który brzmi „W związku z zaistnieniem okoliczności, o której mowa w pkt podlegam wyłączeniu z niniejszego postępowania” oraz data i podpis członka komisji przetargowej, kierownika zamawiającego itd. lub innych osób wykonujących czynności w postępowaniu.

Reasumując, zwrócił uwagę, że jeżeli w czasie całego postępowania zaistnieje jakaś okoliczność z wyżej wymienionych punktów czy będzie ona miała miejsce przed otwarciem ofert, czy po otwarciu ofert, to dany członek komisji przetargowej lub inna osoba podpisuje na tym samym druku ZP-1 oświadczenie, że jednak podlega wyłączeniu. Przykładowo zapytanie do treści SIWZ może złożyć brat członka komisji przetargowej, czy też innej osoby wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który jest właścicielem firmy ubiegającym się o udzielenie zamówienia, wówczas nie załącza się drugiego takiego samego druku Zp-1, tylko składa oświadczenie z późniejszą datą na tym samym druku.

Zdaniem Zamawiającego - taka sama sytuacja jak powyżej dotyczy również innych osób wykonujących czynności w postępowaniu kierownika zamawiającego lub pracownika zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności, czy też biegłego, którzy również wykonują pewne czynności w przygotowywaniu postępowania, czyli przed wszczęciem, jak i w trakcie postępowania.

Prezentując swój punkt widzenia zauważył, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zaczyna się w momencie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu i trwa do dnia podpisania umowy, czyli udzielenia zamówienia publicznego. Niezwłocznie po opublikowaniu ogłoszenia, kierownik zamawiającego może/powinien powołać komisję przetargową, która powinna się zapoznać z dokumentacją dotyczącą danego zamówienia, oświadczeniami itd. Przed otwarciem ofert, jak wiadomo wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia składają wszelkiego rodzaju zapytania do treści SIWZ i dokumentacji, do załączników do SIWZ, mogą złożyć także aktualnie odwołania do Prezesa Izby. Komisja przetargowa jako organ pomocniczy Zamawiającego, zapoznany z dokumentacją, uczestniczy w udzielaniu odpowiedzi, wyjaśnień na zapytania do SIWZ, czy też w innych rozstrzygnięciach związanych z postępowaniem.

Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego - członek komisji przetargowej lub inna osoba wykonująca czynności w postępowaniu składa takie oświadczenie nad ciągłą kreską druku ZP-1 w dniu powołania komisji przetargowej (powołany członek komisji) przez kierownika zamawiającego, a inna osoba składa takie oświadczenie w dniu dokonania

pierwszej czynności w postępowaniu, a nawet przed podjęciem jakichkolwiek czynności, czyli już w czasie przygotowywania postępowania.

Natomiast jeżeli w czasie całego postępowania od momentu podpisania niniejszego oświadczenia nastąpi jedna z okoliczności wymienionych w przedmiotowym druku, w ramach podjęcia przez niego jakichkolwiek czynności, ten sam członek komisji lub inna osoba podpisuje – w przekonaniu Zamawiającego - oświadczenie pod ciągłą kreską, że podlega wyłączeniu, jednocześnie wskazując datę tego oświadczenia.

W związku z powyższym, według twierdzenia Zamawiającego - nie został naruszony art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem złożenie oświadczeń przed otwarciem ofert było prawidłowe.

Zamawiający stanął na stanowisku, że osoby podpisujące dokumenty wcześniej tj. przed otwarciem ofert, a które miały związek z postępowaniem, niejako zapoznały się z przedmiotem zamówienia, jego warunkami udziału etc., a wobec tego zasadne jest, aby oświadczały, że nie ubiegają się o udzielenie zamówienia i nie zostały skazane za przestępstwo.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 17 stycznia 2020 r.), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 grudnia 2019 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Przebudowa i modernizacja stadionu miejskiego OSiR w Brodnicy w zakresie infrastruktury lekkoatletycznej, poinformowano Zamawiającego, że nie uwzględniono zastrzeżeń w nim zawartych.

Jednocześnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów obowiązującego prawa.**

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w granicach zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

Nadto, Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia, co do faktów są rzetelne i niebudzące wątpliwości.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z powyższych zastrzeżeń.

Według zapatrywania Izby - dokonując oceny naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1a w związku z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy należało oprzeć swoje rozważania na Podstawowych wymaganiach Polskiego Związku Lekkiej Atletyki w stosunku do nawierzchni syntetycznych stosowanych na obiektach lekkoatletycznych zatwierdzonych przez Zarząd PZLA w dniu 29 września 2016 r., gdzie zalecono, że wymagania techniczne wchodzi w życie od dnia 26 września 2016 r. i obowiązują dla inwestycji, które będą realizowane po tej dacie (tj. po podpisaniu umowy pomiędzy inwestorem a wykonawcą).

Dodatkowo, nie uszło uwadze Izby, że powołane wyżej zalecenia pn.: „Nawierzchnie syntetyczne” z 2014 r., zawierają rekomendację, aby żądano przez Inwestora przedstawienia dokumentów dotyczących wymaganego doświadczenia w zakresie budowy stadionów lekkoatletycznych i instalowania oferowanego systemu nawierzchniowego: wystawionych dla wykonawcy nawierzchni referencji w zakresie wykonania w ciągu ostatnich 5 lat minimum 2

pełnowymiarowych stadionów lekkoatletycznych, na których zainstalowano oferowany rodzaj nawierzchni, jakie uzyskały certyfikat IAAF lub Świadectwo PZLA.

Z treści powyższego wynika, że zakres dopuszczalnej certyfikacji wynikający z tego dokumentu był dosyć szeroki, bowiem obejmował certyfikat IAAF lub Świadectwo PZLA, podczas gdy Zamawiający zawęził warunek do certyfikatu IAAF Class 1), pomijając dopuszczalność certyfikatu IAAF Class 2) lub Świadectwo PZLA.

Izba wzięła również pod uwagę, że PZLA wymagał w swoim opracowaniu pn: nawierzchnie syntetyczne - wymagania techniczne PZLA z dnia 12 sierpnia 2015 r., aby oferowana nawierzchnia była zainstalowana na obiekcie, który uzyskał certyfikat IAAF I klasy (Class 1), jako potwierdzenie zgodności parametrów nawierzchni po jej zainstalowaniu na stadionie z parametrami określonymi przez IAAF dla danego rodzaju nawierzchni przy jej certyfikowaniu (przy uzyskiwaniu Product Certificate).

Zdaniem Izby – powyższe wskazania PZLA adresowane były do poziomu jakości przedmiotu zamówienia, a nie warunku udziału w postępowaniu.

Nadto, Izba dostrzegła, że w projekcie budowlanym z października 2015 r. oraz w projekcie budowlanym zamiennym z kwietnia 2017 r., zawarte zostały wskazania, że w celu zapewnienia poprawności wykonania prefabrykowanej nawierzchni sportowej, kauczukowej (jak i całego zadania) wszelkie prace związane z wykonaniem podbudowy i ułożeniem warstw nawierzchni powinna prowadzić wykwalifikowana firma, posiadająca udokumentowane doświadczenie w realizacji minimum pełnowymiarowego stadionu lekkoatletycznego z bieżnią okrężną 400m, z minimalną liczbą 4 torów na okrężnej i 6 torów na prostej, a także wszystkich skoczni i rzutni wraz z płytą boiska, w ostatnich 5 latach. Firma powinna wykazać, że na wykonywanym przez nią stadionie zainstalowano oferowany rodzaj nawierzchni oraz że stadion ten uzyskał certyfikat IAAF lub Świadectwo PZLA.

Powyższe dokumenty w sposób jednoznaczny rekomendują szerszy niż zastosował Zamawiający zakres posiadanej przez wykonawców certyfikacji do IAAF lub Świadectwo PZLA, co świadczy o tym, że ten opisał sporny warunek udziału w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję na rynku zamówień publicznych.

Jednocześnie za bezzasadną Izba uznała argumentację Zamawiającego, że opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie Zamawiającego nie wykluczało możliwości udziału w postępowaniu podmiotów spoza Polski oraz, że nie ograniczył posiadania certyfikatu IAAF Class 1 dla dwóch obiektów z oferowaną nawierzchnią jedynie z Polski, ale dopuścił również obiekty z całej Europy, bowiem biorąc pod uwagę, że było to zamówienie podprogowe i publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała ograniczony zasięg, było mało prawdopodobne, aby podmioty z rynku zagranicznego wyraziły swoje zainteresowanie w realizacji zamówienia.

Nadto, Izba uznała, że Zamawiający nie udowodnił, że wykonanie przedmiotu zamówienia może wykonać jedynie podmiot posiadający najwyższe kompetencje, biorąc pod uwagę uzasadnione potrzeby tego Zamawiającego.

Nie budzi wątpliwości Izby, że ustanowienie tak rygorystycznego warunku udziału w przetargu wpłynęło na ograniczenie konkurencji, co potwierdza również okoliczność złożenia tylko jednej oferty.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający naruszył przepis art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Wskazane wyżej naruszenie prawa nastąpiło również w warunkach przekroczenia przez Zamawiającego granic przepisu art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Według zapatrywania Izby - postawiony przez Zamawiającego komentowany warunek nie stanowił warunku minimalnego z powodu jego nadmierności w odniesieniu do realizowanego przedmiotu zamówienia na wymaganym treścią SIWZ poziomie jakości.

Przechodząc do zaopiniowania drugiego zarzutu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skierowanego do Zamawiającego polegającego na naruszeniu przez Zamawiającego art. 17 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na złożenie przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu oświadczeń o braku okoliczności skutkujących wyłączeniem z postępowania w sposób nierzetelny, tj.: przed wszczęciem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego albo przed upływem terminu otwarcia ofert, Izba uznała go całości za przekonywujący.

Stosownie do przepisu art.17 ust.2 zd.1 ustawy Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, w formie pisemnej oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1.

W związku z tym trudno uznać za czyniące zadość temu wymogowi oświadczenie uprzednie członków komisji przetargowej odnoszące się do okoliczności przyszłej i w chwili składania tego oświadczenia nieznaną osobie składającej oświadczenie.

Zdaniem Izby – inna wykładnia powyższego przepisu prowadziła do wniosku, że składający oświadczenie w warunkach oczywistego braku wiedzy o innych wykonawcach, nie popełnia deliktu za złożenie fałszywego oświadczenia, bowiem w chwili jego złożenia nie miał informacji w tym zakresie.

Takie negatywne rozumienie tego przepisu nie pozwalałoby w istocie na wyeliminowanie z komisji przetargowej osób składających oświadczenie w zakresie, o którym mowa w art.17 ust.1 pkt 2-4 ustawy Pzp.

Z tych powodów, Izba uznała, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.17 ust.2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:**.....

.....