

**Sygn. akt: KIO/KD 2/18**

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 1 lutego 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 4 stycznia 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego Gminę Maków Podhalański ul. Szpitalna 3, 34 - 220 Maków Podhalański dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r. (znak: KND/19/17/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie projektu robót geologicznych oraz dokumentacji geologiczno-inżynierskiej zespołu osuwiskowego w Makowie Podhalańskim w oparciu o kartę dokumentacyjną osuwiska Nr KDO 12 15 064 89”

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący:** Monika Szymanowska

**Członkowie:** Klaudia Szczytowska – Maziarz

Bartosz Stankiewicz

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

### do uchwały z dnia 1 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO/KD 2/18

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego Gminę Maków Podhalański, pn. „Wykonanie projektu robót geologicznych oraz dokumentacji geologiczno - inżynierskiej zespołu osuwiskowego w Makowie Podhalańskim w oparciu o kartę dokumentacyjną osuwiska Nr KDO 12 15 064 89”, stwierdził naruszenia następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wyrażające się w wymaganiu, by wykonane usługi służące potwierdzeniu spełnienia ww. warunku posiadały pozytywne opinie wydane przez Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpacki w Krakowie oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie przez zamawiającego złożenia wraz z ofertą pozytywnych opinii wydanych przez Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpacki w Krakowie wydanych dla usług wskazanych w wykazie usług stanowiącym załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również § 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r. poz. 231) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane;
2. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie przez zamawiającego aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert służącego potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania, w sytuacji nieopisania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu dokonywania oceny spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, który miał być oceniany na podstawie tego dokumentu oraz naruszenie art. 25 ust 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust.

1 pkt 2 rozporządzenia, poprzez żądanie dokumentu nieprzewidzianego w rozporządzeniu na potwierdzenie zakresu posiadanych uprawnień do prowadzenia działalności.

W uzasadnieniu informacji o wyniku kontroli doraźnej Kontrolujący wskazał, co następuje.

Ad. 1

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamieszczając w dniu 10 lutego 2016 r. ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (nr ogłoszenia: 14125 - 2016).

W tym miejscu należy wskazać, że z uwagi na datę wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie do przedmiotowej sprawy miała ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwana dalej „ustawą Pzp” (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164).

Przedmiot zamówienia obejmował m.in.:

1. Opracowanie projektu robót geologicznych;
2. Wykonanie robót geologicznych określonych w zatwierdzonym projekcie robót geologicznych i zgodnym z opinią PIG-PIB Oddział Karpacki;
3. Kartowanie geologiczno-inżynierskie terenu osuwiska;
4. Wykonanie odwiertów techniką wierceń pełnordzeniowych o uzysku rdzenia minimum 90%. Otwory winny być zakończone w utworach nienaruszonych o głębokości od 3,0 do 5,0 m poniżej najniższej powierzchni poślizgu;
5. Sporządzenie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej;
6. Wykonanie dokumentacji końcowej.

Zgodnie z treścią rozdziału IV.3.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ”, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a także zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r. poz. 231) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - zamawiający żąda następujących dokumentów: „(...) wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług geologicznych, z których każda w swoim zakresie zawiera wykonanie wierceń pełnordzeniowych (podwójna rdzeniówka) dla opracowania dokumentacji geologiczno -inżynierskiej terenów osuwiskowych o wartości brutto każdej z usług min.

300.000 zł oraz co najmniej dwóch usług polegających na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych wraz z określeniem i analizą kosztów stabilizacji. Wykonane usługi winny posiadać potwierdzenie należytego wykonania usługi oraz pozytywne opinie wydane przez PIG -PIB Oddział Karpacki w Krakowie (wg zał. nr 4 SIWZ).” Podobnie w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.3.2 wskazano: „Dla potwierdzenia spełnienia tego warunku [warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia - przyp.] Zamawiający wymaga od Wykonawców: wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług geologicznych, z których każda w swoim zakresie zawiera wykonanie wierceń pełnordzeniowych (podwójna rdzeniówka) dla opracowania dokumentacji geologiczno - inżynierskiej terenów osuwiskowych o wartości brutto każdej z usług min. 300.000 zł oraz co najmniej dwóch usług polegających na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych wraz z określeniem i analizą kosztów stabilizacji. Wykonane usługi winny posiadać potwierdzenie należytego wykonania usługi oraz pozytywne opinie wydane przez PIG-PIB Oddział Karpacki w Krakowie (wg zał. nr 4 SIWZ).” Jednocześnie, zgodnie z treścią zestawienia wykonanych usług, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zobowiązani zostali do złożenia na potwierdzenie, że przedmiotowe usługi zostały zrealizowane z należyłą starannością, terminowo i zgodnie z umową wyłącznie „dokumentów potwierdzających, że prace zostały wykonane prawidłowo i z należyłą starannością.”

Do upływu terminu na składanie ofert, tj. do dnia 18 lutego 2016 r., do zamawiającego wpłynęła jedna oferta - złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Geologiczne S.A. z siedzibą w Krakowie, z ceną ofertową 297 967,50 zł brutto. Zaś w dniu 18 lutego 2016 r. zamawiający przekazał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej - złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Geologiczne S.A., wynikiem czego było w dniu 22 lutego 2016 r. zawarcie umowy, nr GK.272.1.3.2016, w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego, z wybranym w postępowaniu wykonawcą.

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego Kontrolujący wskazał, że podstawowymi zasadami ukonstytuowanymi w ustawie Pzp są, wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te wymuszają konieczność zapewnienia możliwie jak najszerszego dostępu wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że zamawiający w procesie przygotowywania i przeprowadzania postępowania powinien dążyć do realizacji ww. zasad, a tym samym do unikania wszelkich działań mogących skutkować

ograniczeniem dostępu do postępowania wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia. Kontrolujący podkreślił, że formułowany przez zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest jednym z tych elementów postępowania, które stanowią płaszczyznę realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jednak wadliwie sformułowany może w sposób nieuprawniony ograniczać dostęp do udziału w postępowaniu tym wykonawcom, którzy obiektywnie są zdolni do jego realizacji.

Następnie Kontrolujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp - obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania - opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto w tejże normie, zdaniem Kontrolującego, określono dyrektywy postępowania podczas dokonywania opisu, które w pierwszym rzędzie mają zapewnić realizację podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kontrolujący zauważył, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis warunków proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat jego celu, jakim jest zapewnienie wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można zatem dokonywać opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób wykraczający poza realizację tego celu.

Powyższe w ocenie Kontrolującego oznacza, że podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą mieć swoje uzasadnienie w specyfice, zakresie, stopniu złożoności lub sposobie realizacji danego zamówienia. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określony przez zamawiającego powinien mieć na celu jedynie ustalenie zdolności danego podmiotu do wykonania zamówienia, nie może natomiast powodować nieuzasadnionego preferowania jednych i co za tym idzie dyskryminowania innych podmiotów.

Mając na uwadze powyższe Kontrolujący stwierdził, że wymóg dotyczący wykazania należytego wykonania usługi, poprzez posiadanie pozytywnych opinii wydanych przez PIG - PIB Oddział Karpacki w Krakowie, należy uznać za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję, zaś zamawiający nie wykazał skutecznie, że tylko wykonawcy posiadający pozytywną rekomendację Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego Oddział Karpacki z siedzibą w Krakowie, są w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia oraz jednocześnie, że wykonawcy nieposiadający ww. opinii w kwestionowanym zakresie nie dają rękojmi właściwej realizacji przedmiotu zamówienia.

Następnie Kontrolujący wskazał, że przedmiotowym stanie faktycznym kluczowa dla zamawiającego, jak wynika z treści wyjaśnień udzielonych pismem z dnia 3 października 2016 r. oraz pismem z dnia 30 października 2017 r., jest wiedza i doświadczenie nabyte przy wykonywaniu projektu robót geologicznych oraz stosownej dokumentacji dla osuwisk o określonej głębokości, określonej miąższości oraz określonej powierzchni. W dalszej kolejności Kontrolujący podniósł, że formułując kwestionowany opis sposobu dokonywania oceny spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, w sposób nieuprawniony uzależnił uznanie wykazania przez wykonawcę zrealizowania żądanej usługi poprzez uzyskanie przez niego opinii wydanej przez skonkretyzowany podmiot. Zamawiający chcąc zweryfikować, czy wiedza i doświadczenie wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia są na poziomie umożliwiającym prawidłową realizację przedmiotowego zamówienia powinien sformułować wymagania w zakresie przedmiotowym - odnosząc je do żądanej usługi - np. co do właściwości terenów osuwiskowych, takich jak powierzchnia, głębokość czy miąższość. Opisanie sposobu dokonania oceny spełniania kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu poprzez odwołanie się do posiadania pozytywnej opinii określonej instytucji jest żądaniem nieuprawnionym - nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, a także ograniczającym w sposób nieuprawniony uczciwą konkurencję i godzącym w zasadę równego traktowania wykonawców. Zaś obawy zamawiającego związane z nieprawidłowościami zaistniałymi podczas realizowanych uprzednio inwestycji oraz ryzykiem wystąpienia potencjalnych problemów w trakcie realizacji przedmiotowej umowy nie mogą uzasadniać formułowania wygórowanych i nieuzasadnionych rodzajem przedmiotu zamówienia warunków udziału w postępowaniu, które ograniczają uczciwą konkurencję i eliminują z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto, w ocenie Kontrolującego, uznanie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu za wygórowany i ograniczający konkurencję potwierdza fakt, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia ubiegał się wyłącznie jeden wykonawca - Przedsiębiorstwo Geologiczne S.A. z siedzibą w Krakowie.

Dodatkowo z wyjaśnień Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego Oddział Karpacki z siedzibą w Krakowie z dnia 5 grudnia 2017 r. wynika, że „merytoryczną opinię dotyczącą ww. opracowań można uzyskać po przesłaniu zlecenia wykonania opinii oraz pełnego opracowania do PIG-PIB. Może się o nią zwrócić zarówno wykonawca opracowania jak i inwestor. Czas wydania opinii po otrzymaniu tych dokumentów wynosi od kilku dni do miesiąca, przy czym często konieczne jest również udostępnienie do wglądu materiału rdzeniowego”.

Kontrolujący zaznaczył, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 10 lutego 2017 r., zamawiający upływ terminu składania ofert

wyzaczył na dzień 18 lutego 2016 r. Jak zatem wynika z powyższego, czas, jaki zamawiający przeznaczył na przygotowanie i złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty nie był wystarczający do tego, by wykonawcy zainteresowani ubieganiem się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia mogli skutecznie ubiegać się o wydanie stosownych opinii Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego Oddział Karpacki dla czterech wykonanych przez nich usług.

W konsekwencji powyższego Kontrolujący stwierdził, że sformułowany przez zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie, w jakim zamawiający żądał, by wykonane usługi zawarte w załączonym do oferty „Wykazie usług” posiadały pozytywne opinie wydane przez PIG - PIB Oddział Karpacki w Krakowie, nie był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto kwestionowane działanie zamawiającego, w ocenie Kontrolującego, stanowiło równocześnie naruszenie zasad udzielania zamówień określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności uzasadnienia wskazano, że zgodnie z brzmieniem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w treści obowiązującej w dacie 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.

Natomiast zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia 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, zwanego dalej „rozporządzeniem”, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać m.in. wykazu 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. Z kolei na kanwie § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia, dowodami, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w stosunku do usług są: poświadczenie,

z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej - oświadczenie wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Kontrolujący stwierdził, że brak jest podstaw, aby kwestionowane opinie, wydane dla usług geologicznych oraz opracowania dokumentacji geologiczno - inżynierskiej terenów osuwiskowych już wykonanych i wskazanych w wykazie usług, zakwalifikować do dokumentów, o których mowa w § 6 ust. 1 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). Zatem Kontrolujący wskazał, że żądanie załączenia do oferty opinii wydanych przez Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpacki w Krakowie wydanych dla usług wskazanych w wykazie usług stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ było żądaniem nadmiernym i stanowiło naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia.

Ad. 2

Zgodnie z treścią sekcji III ogłoszenia o zamówieniu z dnia 10 lutego 2016 r. (numer ogłoszenia: 14125-2016) o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazali spełnianie warunków w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku zamawiający, w sekcji III.3.1 ogłoszenia o zamówieniu, wymagał od wykonawców oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (wg zał. nr 2 do SIWZ) oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Jednocześnie, na podstawie rozdziału IV ust. 2.1 SIWZ, zamawiający wskazał, że o uzyskanie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zamawiający nie wskazał konkretnie jakie miałyby to być uprawnienia. Zaś zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ Wykonawca ubiegający się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia oświadcza, że spełnia warunki dotyczące m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa



nakładają obowiązek ich posiadania.

Następnie Kontrolujący wskazał, że art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania - takich, które potwierdzają spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Niedopuszczalna jest zatem, w ocenie Kontrolującego sytuacja, w której zamawiający w treści SIWZ nie określił konkretnego warunku udziału w postępowaniu, którego spełnianie ma potwierdzać złożenie wymaganych dokumentów, tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Ponadto Kontrolujący podkreślił, że przedmiot zamówienia nie jest usługą, dla wykonania której wykonawcy muszą uzyskać koncesję, licencję, zezwolenie lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest zdolny do wykonywania określonej działalności lub czynności.

W dalszej kolejności Kontrolujący zaznaczył, że zgodnie z treścią § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 Pzp ustawy - zamawiający może żądać, m.in. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji - w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Zatem, w ocenie Kontrolującego, aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, którego zamawiający żądał na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, stanowi dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu uregulowanych w treści art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Kontrolujący uznał, że żądanie przez zamawiającego aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania

ofert, w sytuacji niewskazania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ konkretnego warunku udziału w postępowaniu, który miał być oceniany na podstawie tego dokumentu, stanowiło naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Żądanie potwierdzenia spełniania kwestionowanego warunku przez złożenie aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert stanowiło również naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia poprzez żądanie dokumentu nieprzewidzianego w rozporządzeniu na potwierdzenie zakresu posiadanych uprawnień do prowadzenia działalności.

Pismem z dnia 4 stycznia 2018 r. zamawiający, na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), wniósł zastrzeżenia do ww. wyników kontroli doraźnej w zakresie obu zarzutów. Zamawiający wskazał jak niżej.

Ad. 1 - Zastrzeżenia zamawiającego w zakresie naruszenia wskazanego w punkcie nr 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp - obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania - opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia było zbadanie/rozpoznanie osuwiska zlokalizowanego na znacznym obszarze. Według Karty Dokumentacyjnej Osuwiska (KDO 12 15 064 89) opracowanej przez Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpacki w Krakowie, na zlecenie właściciela terenu tj. Zarządu Szpitala im. Ludwika Rydygiera w Krakowie, jest to powierzchnia ok. 8,2 ha i głębokości płaszczyzn poślizgu powyżej 20 m. Na przedmiotowym terenie usytuowany jest obiekt Zakładu Długoterminowej Opieki Medycznej, będący własnością ww. szpitala, który obejmuje swoją opieką około 160 pensjonariuszy i tyleż samo personelu.

Celem badania osuwiska, a tym samym przedmiotem przeprowadzonego postępowania w formie przetargu nieograniczonego było przeprowadzenie badań geologicznych z wykonaniem wierceń pełnordzeniowych, a następnie opracowanie i zatwierdzenie dokumentacji geologiczno - inżynierskiej, dla uszczegółowienia KDO z określeniem faktycznych głębokości występowania płaszczyzn poślizgu, mając przede

wszystkim na uwadze charakter znajdującej się na nim infrastruktury oraz ustalenie możliwości stabilizacji terenu lub jeżeli to okaże się nieopłacalne przynajmniej jego zabezpieczenie.

Odnosząc się do tezy zawartej w informacji o kontroli doraźnej - „Opis warunków proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat jego celu, jakim jest zapewnienie wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielonego zamówienia ”, zamawiający wskazał, że działania Gminy Maków Podhalański jako zamawiającego zmierzały do jej realizacji. Mając właśnie na uwadze cel i specyfikę zamówienia, a także zakres oraz stopień złożoności przedmiotu zamówienia (osuwisko o znacznej wielkości, głębokości oraz usytuowanie infrastruktury ochrony życia i zdrowia - zespół budynków szpitala) określenie wymogu dotyczącego wykazania należytego wykonania usługi, poprzez posiadanie pozytywnych opinii wydanych przez PIG - PIB Oddział Karpacki w Krakowie, który jest jednostką wiodącą w tej branży, należy uznać za w pełni uzasadnione i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

W ocenie zamawiającego przedmiotowy warunek został podyktowany i uzasadniony skalą trudności i skomplikowania zadań związanych z rozpoznaniem i zabezpieczeniem osuwisk, pod względem technicznym, oraz koniecznością wymagania podwyższonej staranności, wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Zamawiający podkreślił co następuje:

- 1) procesy osuwiskowe obejmują różnorodne działania geologiczne i inżynierskie, które są przedmiotem badań wielu specjalistów i należy z ich wiedzy i doświadczenia korzystać.
- 2) Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpacki w Krakowie stanowi państwową jednostkę badawczo-rozwojową, która ma za zadanie prowadzenie wszechstronnych badawczych prac geologicznych w Polsce m.in. w zakresie identyfikowania procesów osuwiskowych, oceniania stopnia ich aktywności oraz wyznaczania zasięgu powierzchniowego i wgłębnego procesów osuwiskowych. Przedstawiciele PIG-PIB identyfikują procesy osuwiskowe, a następnie oceniają stopień ich aktywności oraz zasięg powierzchniowy, a także prognozują występujące zagrożenie osuwiskowe. Dodatkowo prowadzą rejestr terenów zagrożonych ruchami masowymi, monitoring i obserwacje.
- 3) przedmiotem zamówienia było osuwisko usytuowane na terenie Karpat, tzw. fliszu karpackiego, gdzie znajduje się ok. 95 % osuwisk występujących na terenie całej Polski. W tej sytuacji mając na względzie lokalizację osuwiska zamawiający uznał, że wymóg potwierdzenia należytego wykonania usług oraz pozytywne opinie PIG-PIB Oddział Karpacki w Krakowie jest adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Rezygnacja z przedmiotowego wymogu implikowałaby możliwość

ubiegania się o niniejsze zamówienie wykonawcom nieposiadającym wymaganej w kontekście przedmiotu tego zamówienia wiedzy i doświadczenia, na co zamawiający nie mógł sobie pozwolić.

- 4) przedmiot zamówienia był współfinansowany ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie, a we wniosku o przyznanie dotacji zamawiający zobowiązał się (zgodnie z wymaganiami stawianymi przez NFOŚiGW), że jedną z Instytucji potwierdzających zrealizowanie przedsięwzięcia w zakresie efektu rzeczowego i ekologicznego będzie Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpacki w Krakowie. W tej sytuacji zamawiający był zobligowany do zamieszczenia takiego wymogu w SIWZ dla tego postępowania.

Następnie zamawiający podkreślił, że nie zgadza się z twierdzeniem Kontrolującego, że to postawione w postępowaniu warunki spowodowały, że tylko jedna firma/wykonawca złożył ofertę. Zamawiający podkreślił, że rok wcześniej, w przeprowadzonej procedurze na to samo zadanie, do zamawiającego wpłynęły dwie oferty - jednak z powodu braku doświadczenia wybrany wykonawca nie wykonał zadania, a zamawiający stanął przed koniecznością rozwiązania z nim umowy. Stąd też zaistniała konieczność powtórzenia całej procedury przetargowej. Wykonawca, który został wyłoniony w pierwszym przetargu nie sprostął wymaganiom przed nim postawionym, głównie z powodu braku doświadczenia w pracach geologicznych na fliszu karpackim, co potwierdza, że stawianie takiego wymogu przed potencjalnymi uczestnikami powtórzonego postępowania było zasadne i celowe. Zamawiający zaznaczył również, że nie mógł sobie pozwolić na ryzyko dopuszczenia do postępowania kolejnego podmiotu, który przy realizacji prac tak doniosłych społecznie (dobro pacjentów Szpitala!), będzie uczył się specyfiki przedmiotu tego zamówienia. Dodano też, że o powyższym informowano Urząd Zamówień Publicznych pismem z dnia 03.10.2016 r., znak GK.271.1.3.2016 r. (kopia w załączeniu), zaś brak odpowiedzi zamawiający uznał za przyjęcie jego wyjaśnień.

Ponadto zamawiający podkreślił, że w innego rodzaju przeprowadzonych procedurach, czy to na roboty budowlane czy też na usługi, pomimo prostych z punktu widzenia zamawiającego postawionych warunków na postępowanie wpływa tylko jedna oferta, lub też z powodu nie wpłynięcia żadnej oferty zamawiający, pomimo dochowania należytej staranności w przygotowanej dokumentacji, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, musi unieważnić postępowanie. To rynek wykonawców, w ocenie zamawiającego, decyduje o tym czy dane postępowanie (nawet przy wygórowanie postawionych warunkach) ma szansę zakończyć się podpisaniem umowy z wykonawcą. Zamawiający zaznaczył również, że w stosunku co do treści dokumentacji postępowania, nie wpłynęło żadne pytanie.

W dalszej kolejności zastrzeżeń zamawiający wskazał, że z jego wiedzy wynika, że największymi liderami w prowadzonych procedurach przetargowych na tego rodzaju dokumentację (oprócz gmin i starostw z województw małopolski i podkarpackiego) są zarządcy dróg wojewódzkich - województwa małopolskiego i podkarpackiego. Zaś w postępowaniach prowadzonych przez te podmioty, w o wiele większych powierzchniowo osuwiskach, biorą udział wykonawcy, mogący wykazać się pozytywną opinią, wykonaną do dokumentacji geologiczno-inżynierskiej przez PIB-PIG Oddział Karpacki w Krakowie.

Są to np. firmy:

1. Przedsiębiorstwo Usług Geologiczno-Laboratoryjnych
2. Usługi Geologiczne „PRO-GEO”
3. Zakład Usług Geologicznych i Projektowych Budownictwa i Ochrony Środowiska „GEOTECH” Sp. z o.o
4. GEOKRAK Sp. z o.o.;
5. GEOTESTER - Usługi Inżynierska w Zakresie Geologii i Ochrony Środowiska;
6. Przedsiębiorstwo Geologiczne we Wrocławiu PROXIMA S.A

Zamawiający podkreślił również, że prawidłowe wykonanie na osuwisku odwiertów o wysokim uzysku rdzenia osuwiska, a później na ich podstawie wykonanie dokumentacji i jej zatwierdzenie, wymaga dużego zaangażowania przez wykonawcę. Na podstawie tych wierceń PIB-PIB Oddział Karpacki w Krakowie dokonuje zaopiniowania dokumentacji geologiczno - inżynierskiej osuwiska, co skutkuje w późniejszym czasie możliwością ubiegania się o przyznanie dotacji czy to z budżetu państwa czy też ze środków unijnych. Może to właśnie dlatego ww. wykonawcy zaangażowani byli w prowadzonych przez siebie dla innych zamawiających procesach wykonawczych dokumentacji geologiczno-inżynierskiej osuwisk i m.in. dlatego nie złożyli ofert.

W ocenie zamawiającego, na podstawie dotychczasowych prac w projekcie System Osłony Przeciwsuwiskowej SOPO - nawet 50 000-60 000 osuwisk na terenie fliszu karpackiego (na 1 km<sup>2</sup> powierzchni Karpat przypada średnio 2-3 osuwiska) - jednoznacznie można stwierdzić, że nie może zaistnieć monopol wykonawców co do wykonywania dokumentacji, oraz każda właściwie i rzetelnie prowadzona firma posiada w swoich zasobach wiedzy i doświadczenia pozytywne opinie PIB - PIB.

Ponadto, zdaniem zamawiającego, skutkiem prowadzonej procedury miało być uzyskanie przez wykonawcę, między innymi, pozytywnej opinii dokumentacji zaopiniowanej przez podlegający bezpośrednio Ministrowi Środowiska Państwowy Instytut, w tym wypadku PIB - PIB Oddział Karpacki w Krakowie. Zatem, w ocenie zamawiającego, postawiony warunek udziału w postępowaniu, nie ograniczał równego traktowania wykonawców, jak również nie ograniczał konkurencji wykonawców mogących spełnić postawione warunki.

Zamawiający zaznaczył również, iż efektem finalnym opracowania dokumentacji geologiczno – inżynierskiej, oprócz pozytywnej opinii PIG - PIB Oddział Karpacki w Krakowie, miało być jej zatwierdzenie przez właściwy organ w celu jej dalszego wykorzystania, czy to np. pozwolenie na budowę, czy brak wniesienia zastrzeżeń do zgłoszenia budowy, co w następstwie pozwala zamawiającym przystąpić do realizacji przedsięwzięć. W przypadku tego postępowania pozytywna opinia opracowanej dokumentacji geologiczno - inżynierskiej osuwiska pozwoliła zamawiającemu, w pierwszej kolejności posiadać wiedzę, czy na terenie czynnego szpitala występuje zagrożenie mogące przynieść straty w mieniu i ludziach, czy też nie występuje żadne niebezpieczeństwo, po drugie pozytywna opinia dokumentacji pozwoliła Gminie Maków Podhalański podjąć dalsze zgodne z prawem działania mające na celu pozyskanie dotacji na zabezpieczenie osuwiska.

W dalszej części zastrzeżeń zamawiający podniósł, że twierdzenie Kontrolującego - „obawy zamawiającego związane z nieprawidłowościami zaistniałymi podczas realizowanych uprzednio inwestycji oraz ryzykiem wystąpienia potencjalnych problemów w trakcie realizacji przedmiotowej umowy nie mogą uzasadniać formułowania wygórowanych i nieuzasadnionych rodzajem przedmiotu zamówienia warunków” nie jest zasadne. Zamawiający podkreślił, iż na rynku istnieje kilka firm, zdolnych sprostać postawionym przez zamawiającego warunkom. Zamawiający stwierdził, że realizacja zamówienia wybranego w procedurze przetargowej wykonawcy nie może toczyć się latami, przeciągać w nieskończoność tylko dlatego, że poprzez źle sprecyzowane i postawione warunki przez zamawiającego, wykonawca nie posiadający wiedzy i doświadczenia nie umie i nie potrafi osiągnąć postawionego w przetargu celu. Może to spowodować wzrost kosztów realizacji zadania, konieczność rozwiązania umowy z nierzetelnym wykonawcą, a tym samym kolejnego powtórzenia przetargu oraz przynieść niewymierne straty finansowe czy też brakiem realizacji w dalszej perspektywie wynikających a powiązanych z przeciągającym się zadaniem innych zadań inwestycyjnych czy jak w tym wypadku środków zapobiegawczych.

Następnie zamawiający stwierdził: „Postawiony przez Państwa kolejny zarzut na podstawie wyjaśnień z dnia 05.12.2017 r. PIG - PIB Oddział Karpacki z siedzibą w Krakowie *„że merytoryczną opinię dotyczącą ww. opracowań można uzyskać po przesłaniu zlecenia wykonania opinii czas wydania opinii po otrzymaniu tych dokumentów wynosi od kilku dni do miesiąca, przy czym często konieczne jest również udostępnienie do wglądu materiału rdzeniowego. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 10 lutego 2017 r. (zapewne omyłka pisarska, powinno być 10 lutego 2016 r.) Zamawiający upływ terminu składania ofert wyznaczył na dzień 18 lutego 2016 r. Jak zatem wynika z powyższego, czas jaki Zamawiający przeznaczył na przygotowanie i złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty nie był wystarczający do tego, by wykonawcy zainteresowani ubieganiem się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia mogli skutecznie*

*ubiegać się o wydanie stosownej opinii Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego Oddział Karpacki dla czterech wykonanych przez nich usług” również nie zasługuje na uwzględnienie.*

Wskazać pragniemy Państwu, iż postawiony przez Was Zamawiającemu zarzut, że wyznaczony czas w ogłoszeniu o zamówieniu umieszczonym w BIP dla potencjalnych Wykonawców był zbyt krótki na uzyskanie pozytywnej opinii dokumentacji geologicznej od PIG - PIB Oddział Karpacki w Krakowie jest niesłuszny i zapewne wynika z błędnej interpretacji zapisów ogłoszenia. Zamawiający nie wymagał aby w okresie od zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu umieszczonym w BIP do upływu terminu składania ofert, potencjalny Wykonawca uzyskał pozytywną opinię Instytucji, lecz aby opracowana przez niego dokumentacja geologiczna (w piśmie błędnie podano cztery a powinno być dwie dokumentacje) wykonana w okresie ostatnich trzech lat od momentu wszczęcia postępowania posiadała taką pozytywną opinię.

Uważamy że Wykonawca o odpowiednim potencjale, doświadczeniu i wiedzy technicznej prowadzący swoją działalność zgodnie z zezwoleniem m.in. na terenie fliszu karpackiego, w ciągu roku kalendarzowego wykonuje dla różnych podmiotów kilka dokumentacji geologicznych opiniowanych przez PIG-PIB Oddział Karpacki w Krakowie. Stąd też potencjalny Wykonawca prowadzący w sposób długoplanową działalność gospodarczą posiada w swoich zasobach kopie bądź też oryginały zatwierdzonych dokumentacji geologiczno-inżynierskich jak również stosowne do nich opinie, z w związku z czym czas na ich dołączenie do składanej oferty Zamawiającemu wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu był wystarczający.”

Ponadto zamawiający zacytował fragmenty wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z 12 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 843/17, z 13 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 966/13 i z 29 stycznia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1862/09.

W ocenie zamawiającego sformułowany opis oceny spełniania warunków jest podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, a także stopniem złożoności (wysoki stopień złożoności przedmiotu zamówienia jak opisano wyżej, nie może budzić wątpliwości w kontekście zagrożenia szpitala i tym samym zdrowia i życia ludzkiego), ponadto zamawiający stwierdził, że nie musi zapewniać możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu - nie stanowi zatem naruszenia uczciwej konkurencji fakt, że warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli spełnić wszyscy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Powołując się na ww. orzeczenie Izby zamawiający stwierdził, że Gmina Maków Podhalański słusznie, w celu ograniczenia ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodziło prawdopodobieństwo nienależytego

wykonania zamówienia, sprecyzowała w ogłoszeniu o zamówieniu zarówno warunki podmiotowe określone w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 jak i warunki przedmiotowe odnoszące się do przedmiotu zamówienia, tj.: „1. wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 2 (dwóch) usług geologicznych, z których każda w swoim zakresie zawiera wykonanie wierceń pełnordzeniowych (podwójna rdzeniówka) dla opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej terenów osuwiskowych o wartości brutto każdej usługi min. 300 000 złotych, oraz co najmniej 2 (dwie) usługi polegające na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych wraz z określeniem i analizą kosztów stabilizacji. Wykonane usługi winny posiadać potwierdzenie należytego wykonania usługi oraz pozytywne opinie wydane przez PIG-PIB Oddział Karpacki w Krakowie (wg. zał. nr 4 SIWZ).”

Zamawiający stwierdził również, że jednoznaczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, stanowi, że zamawiający nie może stworzyć jednego uniwersalnego wykazu dokumentów, żądanych od wykonawców w prowadzonych postępowaniach o zamówienie publiczne. Zamawiający zobowiązany jest każdorazowo dostosować listę wymaganych dokumentów do konkretnego zamówienia i przyjętego sposobu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału, zaś wymogi dotyczące dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców - w stosunku do dokumentów przedmiotowych zamieszczony w rozporządzeniu – mają charakter katalogu otwartego, czyli przykładowego, a decyzja o ich żądaniu od wykonawcy leży po stronie zamawiającego i jest niezależna od wartości zamówienia.

W ocenie zamawiającego dokument wskazany przez niego w pkt 1 powyżej, wymagany w celu potwierdzenia spełnienia wymogu, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określony przez zamawiającego, jest to tzw. dokument przedmiotowy. W stosunku do dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego przepisy rozporządzenia formułują otwarty katalog takich dokumentów. Jak bowiem wynika, w ocenie zamawiającego, z postanowień § 13 ust. 1 rozporządzenia, katalog takich dokumentów ma charakter przykładowy, co wyrażone zostało poprzez użycie zwrotu „w szczególności”. Tym samym zamawiający jest uprawniony żądać nie tylko dokumentów wyraźnie wliczonych w treści § 13 ust. 1 rozporządzenia, ale także innych, które miałyby potwierdzać, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Na poparcie swojego stanowiska zamawiający zacytował fragment orzeczenia Izby sygn. akt KIO 561/17.

Ad. 2 - Zastrzeżenia zamawiającego w zakresie naruszenia wskazanego w punkcie nr 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r.



Zamawiający podkreślił, że oczywistym dla niego jest, że nie musi wymagać przedstawionego w zarzutach dokumentu, jednak nie wykazanie w SIWZ posiadania rzeczonoego dokumentu skutkuje brakiem kilku istotnych informacji - po pierwsze, zamawiający nie posiada informacji, kto jest uprawniony do podpisania oferty, po drugie, nie wiadomo, czy posiada uprawnienia do wykonywania działalności, której oczekuje zamawiający, zaś brak ten powoduje naruszenie zasady określonej w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. , poz. 1579).

Następnie stwierdzono, że zadaniem zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w związku z art. 104 kc, jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działania bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.

Zamawiający wskazał również, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ustawa Pzp klasyfikuje zaświadczenie o wpisie w CEIDG jako dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający, w zależności od wartości zamówienia, żąda bądź może żądać (art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie przez nich warunków udziału w postępowaniu, w tym zaświadczeń o wpisie do CEIDG. Dokument ten bowiem został literalnie wskazany w § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jako dokumentu składanego w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem ustawa Prawo zamówień publicznych, ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, którym można udzielić zamówienia publicznego do tych, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 oraz co do których nie zachodzi podstawa wykluczenia z powodu nie spełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono. Regulacja ma na celu zapobieganie udzielaniu zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie będą w stanie wykonać zamówienia. Celem przepisów art. 22 i 24 ustawy Pzp jest zatem ochrona interesu publicznego. Na podstawie § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy - zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy - zamawiający może żądać, aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu

o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że zamówienie zostało w całości zrealizowane i rozliczone w roku 2016, w załączeniu przekazując kopię pisma z dnia 18.01.2017 r., potwierdzającego osiągnięcie efektu rzeczowego i ekologicznego, znak NFOSiGW - DZG.4313.81.2015.38, NFOSiGW - 17 - 05205.

Pismem z dnia 19 stycznia 2018 r., Prezes UZP poinformował zamawiającego, że nie uwzględni jego zastrzeżeń złożonych od wyniku przedmiotowej kontroli i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r.

W uzasadnieniu stanowiska Kontrolujący przytoczył ponownie stan faktyczny sprawy i wskazał jak niżej.

Ad. 1 - dotyczy naruszenia wskazanego w punkcie nr 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r.

Kontrolujący zaznaczył, że nie sposób zgodzić się z zaprezentowanym w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej stanowiskiem wyrażającym się w poglądzie, że ustanowiony przez zamawiającego, a kwestionowany w toku kontroli doraźnej warunek udziału w postępowaniu był podyktowany i uzasadniony skalą trudności i skomplikowania zadań związanych z rozpoznaniem i zabezpieczeniem osuwisk pod względem technicznym oraz koniecznością wymagania podwyższonej staranności, wiedzy i doświadczenia oraz służyć zapewnieniu wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji.

Wniesione przez zamawiającego zastrzeżenia, w ocenie Kontrolującego, w przeważającej mierze sprowadzają się do twierdzenia, że wyłącznie żądanie od potencjalnego wykonawcy posiadania doświadczenia w świadczeniu wyspecyfikowanych przez zamawiającego usług posiadających pozytywne opinie Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego Oddział Karpacki - jako jednostki wiodącej w branży - zapewnia wybór wykonawcy zdolnego do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, co stanowi cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem należy podkreślić, że cel ten jest możliwy do zrealizowania poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu poprzez odniesienie się do cech przedmiotu zamówienia, które w ocenie zamawiającego czynią ten przedmiot specyficznym i złożonym, tj. - jak wskazał sam zamawiający w treści zastrzeżeń wniesionych od wyniku

kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r. - definiując cel i specyfikę zamówienia przez jego wielkość, głębokość oraz usytuowanie.

Kontrolujący zacytował fragment informacji o wyniku kontroli doraźnej: „(...) podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą mieć swoje uzasadnienie w specyfice, zakresie, stopniu złożoności lub sposobie realizacji danego zamówienia. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określony przez zamawiającego powinien mieć na celu jedynie ustalenie zdolności danego podmiotu do wykonania zamówienia, nie może natomiast powodować nieuzasadnionego preferowania jednych i co za tym idzie dyskryminowania innych podmiotów.”

Z powyższego, w ocenie Kontrolującego wynika, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Podkreślenia wymaga, że w toku prowadzonej kontroli doraźnej nie kwestionowano uprawnień zamawiającego do ustanowienia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który w jak najwyższym stopniu umożliwi zweryfikowanie Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia pod kątem ich zdolności do realizacji zamówienia. Istotą stwierdzonego naruszenia była natomiast i nadal pozostaje aktualna okoliczność, iż ustanowiony przez zamawiającego wymóg polegający na żądaniu, by wskazane przez wykonawców w wykazie usług stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ usługi posiadały pozytywne opinie Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego Oddział Karpacki - co z jednej strony nie jest niezbędne do dokonania podmiotowej weryfikacji Wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, z drugiej zaś stanowi ograniczenie uczciwej konkurencji. Należy bowiem zauważyć, że uprawnienie zamawiającego do przeprowadzenia podmiotowej weryfikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w celu wyłonienia wykonawcy zdolnego do jego należytego wykonania nie może być realizowane kosztem naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe twierdzenie, zdaniem Kontrolującego, zyskuje na słuszności zwłaszcza w przypadku, gdy brak jest przeszkód do takiego sformułowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, które z jednej strony zabezpieczy interes zamawiającego, z drugiej natomiast zapewni wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia dostęp do niego na równych zasadach. Kontrolujący zaznaczył, iż jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r. w przedmiotowym stanie faktycznym kluczowa dla zamawiającego, jak wynika z treści wyjaśnień udzielonych pismem z dnia 3 października 2016 r. oraz pismem z dnia 30 października 2017 r., była wiedza i doświadczenie nabyte przy wykonywaniu projektu robót geologicznych oraz stosownej dokumentacji dla osuwisk o określonej głębokości, określonej miąższości oraz określonej

powierzchni. Zatem, zdaniem Kontrolującego, zamawiający formułując kwestionowany opis sposobu dokonywania oceny spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, w sposób nieuprawniony powiązał uznanie wykazania przez wykonawcę zrealizowania żądanej usługi z uzyskaniem przez niego opinii wydanej przez skonkretyzowany podmiot. Zamawiający w celu dokonania weryfikacji mającej na celu sprawdzenie, czy wiedza i doświadczenie wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia są na poziomie umożliwiającym prawidłową realizację przedmiotowego zamówienia powinien sformułować wymagania w zakresie przedmiotowym - odnosząc je do żądanej usługi - np. co do właściwości terenów osuwiskowych, takich jak powierzchnia, głębokość czy miąższość. Opisanie sposobu dokonania oceny spełniania kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu poprzez odwołanie się do posiadania pozytywnej opinii określonej instytucji ogranicza możliwość wykazania się przez wykonawców spełnianiem warunku udziału w postępowaniu w sposób podmiotowy poprzez prawo wykazania powyższego wyłącznie przez dokument wystawiony przez jeden konkretny podmiot, co nie znajduje uzasadnienia w powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Powyższe jest żądaniem nieuprawnionym - nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, a także ograniczającym w sposób nieuprawniony uczciwą konkurencję i godzącym w zasadę równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego opartej na twierdzeniu, że nałożony przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej wymóg uzyskania potwierdzenia zrealizowania przedsięwzięcia objętego przedmiotem zamówienia przez Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpacki w Krakowie obligował zamawiającego do zamieszczenia takiego wymogu w SIWZ, Kontrolujący wskazał, że brak jest podstaw do uzależnienia uzyskania wymaganej na etapie poprzedzającym złożenie projektu pozytywnej opinii PIG-PIB Oddział Karpacki od posiadania tożsamej opinii, wydanej dla usług przedstawionych w wykazie usług składanym wraz z ofertą na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej konieczność uzyskania pozytywnej opinii PIG-PIB Oddział Karpacki, potwierdzającej zrealizowanie przedsięwzięcia w zakresie rzeczowym i ekologicznym na etapie poprzedzającym złożenie projektu, w żadnym stopniu nie uzasadnia wymagania posiadania tożsamej opinii wydanej dla usług przedstawionych w wykazie usług składanym wraz z ofertą na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do stanowiska zamawiającego wyrażającego się w twierdzeniu, że był uprawniony do ustanowienia kwestionowanego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na „(...) ryzyko dopuszczenia do postępowania kolejnego podmiotu, który przy realizacji prac tak doniosłych społecznie

(...) będzie uczył się specyfiki przedmiotu tego zamówienia (...)” oraz w twierdzeniu, że „brak odpowiedzi urzędu na tożsamą argumentację zamawiającego przedstawioną w piśmie zamawiającego z dnia 3 października 2016 r. należy uznać za przyjęcie wyjaśnień w ww. zakresie”, Kontrolujący stwierdził, że zgodnie z treścią art. 163 ust. 3 ustawy Pzp stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r. została wydana w wyniku kompleksowej analizy całokształtu zebranego materiału - nie wyłączając wyjaśnień zamawiającego udzielonych w piśmie z dnia 3 października 2016 r. Jednakże - z uwagi na powyższe ustalenia prowadzące do wniosku, iż przedstawione przez zamawiającego argumenty nie dają uzasadnienia do ustanowienia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w brzmieniu sformułowanym przez zamawiającego - wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 3 października 2016 r. pozostają bez wpływu na treść stwierdzonego naruszenia.

Następnie Kontrolujący zaznaczył, iż w jego ocenie nie sposób także przyjąć postulowanego przez zamawiającego poglądu, zgodnie z którym o uzyskanie przedmiotowego zamówienia ubiegał się wyłącznie jeden wykonawca z przyczyn niezależnych od zamawiającego, a wykreowanych jedynie przez rynek. Należy bowiem odróżnić sytuację, w której zainteresowany uzyskaniem zamówienia jest wyłącznie jeden wykonawca w warunkach zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców od sytuacji, w której zaniechanie ubiegania się o udzielenie zamówienia nie jest wynikiem dobrowolnego wyboru Wykonawcy, podjętego w warunkach wolnorynkowych, lecz zostaje mu narzucone przez zamawiającego, wskutek zastosowania takiego opisu warunków udziału w postępowaniu, który narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w efekcie ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego zrealizowania w sposób nieuprawniony.

W odniesieniu do wskazywanych przez zamawiającego podmiotów, które w jego opinii posiadają pozytywną opinię dotyczącą dokumentacji geologiczno-inżynierskiej wydaną przez PIG-PIB Oddział Karpacki, Kontrolujący podkreślił, że zgodnie z treścią rozdziału IV. 3.3 SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą” i zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r. poz. 231) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - zamawiający żąda następujących dokumentów: „(...) wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług geologicznych, z których każda w swoim zakresie zawiera wykonanie wierceń pełnordzeniowych (podwójna rdzeniówka) dla opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej terenów osuwiskowych o wartości brutto każdej z usług min. 300.000 zł oraz co najmniej dwóch usług polegających na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych wraz z określeniem i analizą kosztów stabilizacji. Wykonane usługi winny posiadać potwierdzenie należytego wykonania usługi oraz pozytywne opinie wydane przez PIG-PIB Oddział Karpacki w Krakowie (wg zał. Nr 4 SIWZ).”

Z powyższego, w ocenie Kontrolującego, wynika, że zamawiający żądał złożenia czterech opinii wydanych przez PIG-PIB Oddział Karpacki - dla każdej z czterech usług zawartych w wykazie usług stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Zaprezentowaną wykładnię ww. postanowienia SIWZ potwierdza również działanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Geologiczne S.A., który do złożonej przez siebie oferty załączył wykaz usług, w którym zawarł pięć usług (dwie polegające na wykonaniu wierceń pełnordzeniowych - podwójna rdzeniówka - dla opracowania dokumentacji geologiczno - inżynierskiej terenów osuwiskowych o wartości brutto każdej z usług min. 300 000,00 zł oraz trzy polegające na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych wraz z określeniem i analizą kosztów stabilizacji) i jednocześnie dla każdej z wykazanych usług załączył pozytywną opinię wydaną przez PIG -PIB Oddział Karpacki.

Dodatkowo Kontrolujący wskazał, że w toku kontroli doraźnej pismem z dnia 15 listopada 2017 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych wystąpił do Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału Karpackiego z prośbą o udzielenie wyjaśnień poprzez wskazanie jakie podmioty w dacie składania ofert (tj. 18 lutego 2016 r.) dysponowały wydaną przez Oddział Karpacki Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego im. Mariana Książkiewicza pozytywną opinią dotyczącą: „wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia (tj. w okresie ostatnich trzech lat przed dniem 10 lutego 2016 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - dwóch usług geologicznych, z których każda w swoim zakresie zawierała wykonanie wierceń pełnordzeniowych (podwójna rdzeniówka) dla opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej terenów osuwiskowych o wartości brutto każdej z usług min. 300 000,00 zł oraz co najmniej dwóch usług polegających na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych wraz z określeniem i analizą kosztów stabilizacji” - wraz ze wskazaniem nazw podmiotów dysponujących ww. opinią oraz okresu realizacji wykonanych usług. W rzeczonym piśmie poproszono także o wskazanie przebiegu procesu umożliwiającego uzyskanie tego rodzaju opinii - ze szczególnym uwzględnieniem czasu niezbędnego do jej uzyskania.

Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpackiego pismem z dnia 5 grudnia 2017 r. udzielił wyjaśnień, w których wskazano, co następuje: „(...) PIG - PIB wydaje merytoryczne opinie dla projektów robót geologicznych, dokumentacji geologiczno-inżynierskich i projektów budowlanych dotyczących stabilizacji osuwisk w przypadku, gdy inwestor stara się o środki publiczne na realizację zabezpieczenia osuwiska lub w przypadku, gdy taka opinia jest wymagana przez prawo miejscowe dla uzyskania pozwolenia na budowę. Nie jest nam znany przypadek, by jakiś podmiot starał się o opinię dla swoich opracowań w celu dołączenia jej do dokumentów przetargowych. W okresie od lutego 2013 r. do lutego 2016 r. w Oddziale Karpackim PIG - PIB wydano kilkadziesiąt opinii związanych z ww. problematyką. PIG-PIB nie posiada jednak w żadnym z tych przypadków informacji jakiej wielkości środki zostały poniesione przez inwestora i czy przekraczały one 300.000,00 zł. Merytoryczną opinię dotyczącą ww. opracowań można uzyskać po przesłaniu zlecenia wykonania opinii oraz pełnego opracowania do PIG-PIB. Może się o nią zwrócić zarówno wykonawca opracowania jak i inwestor. Czas wydania opinii po otrzymaniu tych dokumentów wynosi od kilku dni do miesiąca, przy czym często konieczne jest również udostępnienie do wglądu materiału rdzeniowego.”

Ponadto PIG - PIB Oddział Karpacki w ww. piśmie wskazał 12 podmiotów, które w okresie luty 2013 r. - luty 2016 r. miały pozytywnie zaopiniowane w PIG - PIB Oddział Karpacki minimum dwie dokumentacje geologiczno-inżynierskie związane z osuwiskami oraz 13 podmiotów, które w okresie luty 2013 r. - luty 2016 r. miały pozytywnie zaopiniowane w PIG - PIB Oddział Karpacki minimum dwa projekty budowlane związane z osuwiskami.

Dodatkowo Kontrolujący zauważył, że zamawiający w treści zastrzeżeń wskazał 6 podmiotów, które - w jego ocenie - dysponują pozytywną opinią dotyczącą dokumentacji geologiczno-inżynierskiej wydaną przez PIG-PIB Oddział Karpacki – Kontrolujący podkreślił, że zamawiający nie wskazał jednak, czy którykolwiek z ww. podmiotów dysponuje również wymaganymi przez niego opiniami dotyczącymi dwóch usług geologicznych, z których każda w swoim zakresie zawiera wykonanie wierceń pełnordzeniowych (podwójna rdzeniówka) dla opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej terenów osuwiskowych o wartości brutto każdej z usług min. 300 000,00 zł. Także Państwowy Instytut Geologiczny- Państwowy Instytut Badawczy nie wskazał żadnego podmiotu, który jest w stanie wykazać spełnienie kwestionowanego warunku w pełnym zakresie - zarówno w zakresie dysponowania dwiema pozytywnymi opiniami PIG - PIB Oddział Karpacki wydanymi dla dwóch wykonanych usług polegających na wykonaniu wierceń pełnordzeniowych - podwójna rdzeniówka - dla opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej terenów osuwiskowych o wartości brutto każdej z usług min. 300 000,00 zł, jak również w zakresie dysponowania dwiema pozytywnymi opiniami PIG - PIB Oddział Karpacki wydanymi dla dwóch wykonanych usług polegających na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych wraz

z określeniem i analizą kosztów stabilizacji. Jednocześnie, w ocenie Kontrolującego, okoliczność polegająca na tym, że o uzyskanie przedmiotowego zamówienia ubiegał się wyłącznie jeden wykonawca na tle powyższych ustaleń pozwala uznać ustanowiony przez zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu w pierwszym rzędzie za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a następnie za preferujący konkretnego Wykonawcę - Przedsiębiorstwo Geologiczne S.A.

W dalszej kolejności Kontrolujący wskazał, że wbrew twierdzeniom zamawiającego kwestionowane zapisy SIWZ zostały w toku kontroli zinterpretowane w sposób właściwy, a ustalenia zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r. w zakresie uznania, że czas jaki zamawiający przeznaczył na przygotowanie i złożenie ofert nie był wystarczający do tego, by wykonawcy zainteresowani uzyskaniem przedmiotowego zamówienia mogli skutecznie ubiegać się o wydanie stosownej opinii PIG - PIB Oddział Karpacki dla czterech wykonanych przez siebie usług - są słuszne i nadal zachowują swoją aktualność. W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r. zakwestionowano bowiem nie tylko brak zapewniającej uczciwą konkurencję liczbę podmiotów dysponujących żądanymi przez zamawiającego opiniami wydanymi przez PIG - PIB Oddział Karpacki, ale również brak realnej możliwości ubiegania się o wymagane opinie następczo - dla już wykonanych usług odpowiadających swoim zakresem wymaganiami wskazanym w kwestionowanym warunku, jednak nieposiadających stosownych opinii wydanych przez PIG - PIB Oddział Karpacki.

W odniesieniu do przytoczonego przez zamawiającego w treści zastrzeżeń wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 561/17, Kontrolujący wskazał, że wyrok - jako odnoszący się do dokumentów służących potwierdzeniu, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego - nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym. Jak bowiem wskazano w Informacji o wyniku kontroli z dnia 20 grudnia 2017 r., zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia 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, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać m.in. wykazu 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.



Z kolei zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia, dowodami, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w stosunku do usług są: poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej - oświadczenie wykonawcy.

Brak jest zatem podstaw, zdaniem Kontrolującego, by kwestionowane opinie wydane dla usług geologicznych oraz opracowania dokumentacji geologiczno - inżynierskiej terenów osuwiskowych już wykonanych i wskazanych w Wykazie wykonanych usług, służących potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zakwalifikować do dokumentów, o których mowa w § 6 ust. 1 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.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w żadnej mierze nie wynika, aby wskazany wymóg uzyskania pozytywnej opinii wydanej przez PIG - PIB Oddział Karpacki w Krakowie miał charakter przedmiotowy, tj. odnosił się do przedmiotu oferowanego świadczenia (oświadczenia woli wykonawcy). Owa pozytywna opinia przywołanego podmiotu z pewnością nie stanowiła dokumentu przedmiotowego, żadanego, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na potwierdzenie tego, że oferowana przez wykonawcę usługa spełnia wymagania zamawiającego. Zamawiający, formułując wskazany wymóg pozytywnej opinii konkretnego podmiotu, określił go jako wymóg podmiotowy, weryfikujący zdolności podmiotowe wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia, a nie wymóg przedmiotowy odnoszący się do oceny treści oświadczenia woli wykonawcy co do sposobu realizacji opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia

Ad. 2 – dotyczy naruszenia wskazanego w punkcie nr 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r.

W odniesieniu do zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do naruszenia wskazanego w punkcie 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 grudnia 2017 r. Kontrolujący wskazał, że aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, którego zamawiający żądał na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania

określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, istotnie stanowi dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania - jednak podkreślenia wymaga, co uszło uwadze zamawiającego, że jest to dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu uregulowanych w treści art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wyraźnego zaznaczenia wymaga, że wskazane dokumenty (odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej) w żadnej mierze nie mogą świadczyć o jakimkolwiek uprawnieniu do prowadzenia działalności gospodarczej. Zasada swobody działalności gospodarczej pozwala przedsiębiorcom na podejmowanie i prowadzenie wszelkiej działalności gospodarczej, chyba że przepisy szczególne w określony sposób reglamentują prowadzenie tej działalności (poprzez określone licencje, koncesje, czy zezwolenia na prowadzenie konkretnej działalności gospodarczej).

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne i prawne sprawy w toku kontroli, w ocenie Kontrolującego słusznie uznano, że żądanie przez zamawiającego aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, w sytuacji niewskazania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ konkretnego warunku udziału w postępowaniu, który miał być oceniany na podstawie tego dokumentu, stanowiło naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Żądanie potwierdzenia spełniania kwestionowanego warunku przez złożenie aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert stanowiło również naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia poprzez żądanie dokumentu nieprzewidzianego w rozporządzeniu na potwierdzenie zakresu posiadanych uprawnień do prowadzenia działalności.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zważyła, co następuje.**

Izba, stosownie do art. 220 ust. 1 p.z.p., oceniła zastrzeżenia zamawiającego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej jako „p.z.p.”) 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 (dalej zwanego jako „rozporządzenie”), obowiązujących w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia.

Izby stwierdziła, że zastrzeżenia złożone przez zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, Izba w pełni podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia, wskazane tam argumenty są bowiem wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego.

Zaznaczyć należy również, iż poczynione przez Kontrolującego ustalenia stanu faktycznego nie były kwestionowane przez zamawiającego, zatem nie stanowiły one elementu sporu.

I. Naruszenie przez zamawiającego art. 22 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wyrażające się w wymaganiu, by wykonane usługi służące potwierdzeniu spełniania ww. warunku posiadały pozytywne opinie wydane przez Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpacki w Krakowie oraz art. 25 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 41 pkt 7 p.z.p. oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez żądanie przez zamawiającego złożenia wraz z ofertą pozytywnych opinii wydanych przez Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpacki w Krakowie wydanych dla usług wskazanych w wykazie usług stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, jak również § 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia.

Przyczyną naruszenia przez zamawiającego zarówno art. 22 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. jak i art. 25 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 41 pkt 7 p.z.p. oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p., jak również § 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia, było żądanie, określone w warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, posiadania przez wykonawców doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch usług geologicznych, zawierających wykonanie wierceń pełnordzeniowych (podwójna rdzeniówka) dla opracowania dokumentacji geologiczno – inżynierskiej terenów osuwiskowych oraz co najmniej dwóch usług polegających na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych, przy wymogu, że wykonane usługi winny posiadać potwierdzenie należytego wykonania oraz, co istotne, pozytywne opinie wydane przez Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Karpacki w Krakowie (dalej zwany także jako „Oddział PIG - PIB”).

Na wstępie należy zaznaczyć, iż jednostki posiadające status podmiotowy zamawiającego, stanowią szczególną grupę podmiotów, z których każdy wykonuje swoje zadania w ramach aparatu państwa *sensu largo*, niejednokrotnie mając na celu zaspokajanie potrzeb o charakterze szczególnym i powszechnym, w tym również dotyczącym „infrastruktury ochrony życia i zdrowia – zespół budynków szpitala”. Sam przedmiot zamówienia, niewątpliwie znaczący i złożony, nawet przy uwzględnieniu wskazywanego przez zamawiającego celu, specyfiki i wieloaspektowości zamówienia, co w jego ocenie uzasadnia przyjęte wadliwe postanowienia treści dokumentacji, winien być rozpatrywany przez pryzmat norm p.z.p., przy uwzględnieniu naczelnych zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podobnie jak w innych gałęziach prawa, dyrektywy ogólne, wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p., stanowią generalne zasady sformułowane przez Ustawodawcę na potrzeby określenia celów, funkcji oraz systemowego osadzenia dalszych norm szczególnych, które stanowią ich konkretną realizację. Zatem dokonując wykładni prawa zamówień publicznych, należy uwzględnić systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p.

Opisując sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający, działając w granicach art. 22 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p., definiuje cechy podmiotu – właściwości wykonawcy, jakie są obiektywnie adekwatne dla uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia i daje gwarancję wiarygodności. Warunki udziału w postępowaniu związane są z przymiotami wykonawcy, poprzez które zamawiający określa, zgodnie z potrzebami danego postępowania, które powinny być rzeczowo uzasadnione, jakie doświadczenie i wiedza pozwolą na uznanie wykonawcy za wiarygodnego partnera. Jednakże granicą wymagań zamawiającego, co do opisu sposobu oceny spełniania warunku, jest przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych – równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, ponadto na kanwie brzmienia art. 22 ust. 4 p.z.p., opis ten ma być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, czyli nienadmierny i podczas obiektywnej weryfikacji oceniony, jako konieczny do osiągnięcia wybranego celu.

Izba podziela stanowisko Kontrolującego, że zamawiający nie wykazał podstaw do nieuprawnionego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców, poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, opierające się na wymogu posiadania czterech usług, które uzyskały pozytywne opinie Karpackiego Oddziału PIG-PIB.

Po pierwsze nie ma oparcia w przepisach prawa, a także w samej specyfice przedmiotu zamówienia żądanie, dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przedłożenia opinii konkretnego podmiotu - Państwowego Instytutu Geologicznego-

Państwowego Instytutu Badawczego, zaś tym bardziej nie jest uzasadnionym zawężanie rzeczoności dokumentu do wydanego przez wskazany przez zamawiającego oddział jednostki - jeden z kilku oddziałów instytucji - oddział karpacki z siedzibą w Krakowie. Zamawiający nie tylko dowolnie wybrał jednostkę opiniującą, nie zapewniając wykonawcom możliwości wykazywania się usługami równoważnymi, które spełniłyby cel postawionego warunku, ale także w sposób nieuprawniony zawęził wymagane dokumenty do usług opiniowanych przez Oddział Karpacki i wykonywanych w określonym miejscu – w obszarze działalności oddziału jednostki.

Ponadto opis sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu nie może być określony w oderwaniu od rynku podmiotów, zdolnych wykonać przedmiot zamówienia. Skutkiem ukształtowania zapisów SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu było złożenie oferty przez jednego wykonawcę, bowiem zamawiający nie wykazał, że istnieją na rynku wykonawcy, oprócz wybranego - Przedsiębiorstwa Geologicznego S.A. z siedzibą w Krakowie, którzy byliby w stanie potencjalnie spełnić postawiony warunek. Podmioty wskazane przez zamawiającego, które w jego ocenie dysponują pozytywną opinią dokumentacji geologiczno – inżynierskiej, wydaną przez Oddział PIG - PIB, nie posiadają dwóch opinii dotyczących usług geologicznych, w których zawiera się wykonanie wierceń pełnordzeniowych, zatem sześć wskazanych podmiotów nie spełnia warunku określonego przez zamawiającego. Karpacki Oddział PIG-PIB również nie wskazał żadnego podmiotu, który mógłby spełnić przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie fakt, że o wykonanie zamówienia ubiegał się wyłącznie jeden wykonawca, pozwala na stwierdzenie, że postawiony warunek był nieproporcjonalny, a także doprowadził *de facto* do obejścia konkurencyjnego trybu wyboru oferty, poprzez zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć ofertę, do jednego ww. podmiotu. Zatem działanie zamawiającego skutkowało naruszeniem art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez ograniczenie, w sposób nieuprawniony, dostępu do udziału w postępowaniu, co ma również bezpośredni wpływ na brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i godzi w zasadę równego traktowania wykonawców.

Istotnym jest również, że potencjalny wykonawca, który mógł powziąć informację o zamówieniu, w dniu jego wszczęcia, nie byłby w stanie skutecznie złożyć oferty, z racji braku możliwości spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia do wyznaczonego terminu na składanie ofert, gdyż czas potrzebny na uzyskanie wymaganej opinii, na podstawie informacji otrzymanej od Oddział PIG - PIB, wymaga często udostępnienia materiału rdzeniowego i wynosi minimum kilka dni do miesiąca.

Ustalenie tej okoliczności faktycznej nie świadczy o błędnej interpretacji treści SIWZ i ogłoszenia przez Kontrolującego, co stwierdził zamawiający, uzasadniając swoje stanowisko literalnym brzmieniem warunku - że nie wymagał on w okresie od zamieszczenia

ogłoszenia o zamówieniu do upływu terminu na składanie ofert uzyskania pozytywnej opinii Oddziału PIG - PIB, ale wymagał aby opracowana dokumentacja geologiczna wykonawcy w okresie ostatnich 3 lat od wszczęcia postępowania posiadała taką pozytywną opinię. Przy tym należy zwrócić uwagę, że zamawiający, wbrew brzmieniu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, który stanowi, że usługi winny być wykonane lub wykonywane w okresie trzech lat lub krócej, przed terminem składania ofert, wymagał zgodnie z treścią warunku, żeby usługi były wykonane przed dniem wszczęcia postępowania, co jest sprzeczne z ww. normą. Zatem Kontrolujący prawidłowo ustalił zaistniały w sprawie stan faktyczny poddając wyjaśnieniu okoliczność, czy możliwym byłoby, żeby wykonawca - w okresie od wszczęcia postępowania do terminu na składanie ofert, zgodnie z rozporządzeniem, nie zaś wadliwą treścią SIWZ w tym zakresie – mógł uzyskać przedmiotową opinię, skutkiem czego było stwierdzenie, że jest to niemożliwe, w szczególności wobec faktu, że zamawiający wymagał przedłożenia aż czterech opinii.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający nie tylko nie wykazał, że są jakiegokolwiek inne podmioty, oprócz wybranego wykonawcy, zdolne spełnić postawiony w postępowaniu warunek, co potwierdził również Karpacki Oddział PIG-PIB, ale ustalono, że nawet po powzięciu informacji o postępowaniu nie byłoby możliwym uzyskanie czterech wymaganych opinii i w ten sposób skuteczne złożenie oferty, co w konsekwencji świadczy, że możliwość wystąpienia faktycznej konkurencji w tym zakresie jest iluzoryczna – realnie bowiem, nie istniała możliwość ubiegania się o wskazane zamówienie przez żadnego wykonawcę poza tym, który został wybrany.

Kontrolujący słusznie również ustalił, że uchybie to zostało skonsumowane przez naruszenie istotniejsze – wymaganie dokumentu – opinii Oddziału PIG - PIB, która nie znajduje się w katalogu dokumentów i oświadczeń wskazanych przez Ustawodawcę, jako możliwych do wymagania przez zamawiającego od wykonawców, na potwierdzenie oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 p.z.p., zgodnie z brzmieniem art. 25 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia. Wymóg przedłożenia opinii Karpackiego Oddziału PIG - PIB jest konsekwencją wadliwie postawionego warunku, a także stanowi osobne naruszenie ustawy p.z.p. i rozporządzenia.

Na potwierdzenie spełnienia warunku w przedmiotowym postępowaniu zamawiający mógł żądać wyłącznie poświadczenia lub oświadczenia wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać ww. poświadczenia. Uszło uwadze zamawiającego, że wskazane na str. 7 i 8 zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej rozważania, że wymagane opinie Oddziału PIG - PIB są dokumentami przedmiotowymi, nie znajdują poparcia w literalnym brzmieniu SIWZ i ogłoszenia, z których treści wynika, że zamawiający określił wymaganie posiadania

pozytywnych opinii w warunkach udziału w postępowaniu, zatem dokumenty te mają charakter *stricte* podmiotowy i dotyczą bezpośrednio właściwości wykonawcy. Ponadto twierdzenia zamawiającego nie znajdują odzwierciedlenia w brzmieniu ww. przepisów, a tym samym nie mogą stanowić podstawy do uchylecia się zamawiającego od skutków dokonanego naruszenia, w postaci złamania ustawowego zakazu wymagania dokumentów i oświadczeń, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. również art. 25 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 41 pkt 7 p.z.p. oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p.

Izba wskazuje również, że podziela argumentację Kontrolującego, że żadna ze wskazanych przez zamawiającego okoliczności nie uprawniała go do odejścia od naczelných zasad zamówień publicznych i nie może doprowadzić do konwalidacji zaistniałego naruszenia, tym bardziej, że jak wskazał sam zamawiający możliwym było sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, jako nabytego przy wykonywaniu projektu robót geologicznych oraz stosownej dokumentacji dla osuwisk, poprzez określanie ich parametrów np. głębokości, miąższości czy powierzchni.

Precyzując warunki udziału w postępowaniu zamawiający zobligowany jest do opierania się na obiektywnych przesłankach i stawiania warunków nienadmiernych, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca obiektywnie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż celem Ustawodawcy jest rozszerzenie, a nie zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, rozumiane jako ochrona interesów publicznych, zaś wymaganie dodatkowych dokumentów, nie znajdujących oparcia w zamkniętym katalogu poświadczenia i oświadczenia, w stosunku do warunku wiedzy i doświadczenia, w postaci pozytywnych opinii sporządzonych przez Karpacki Oddział PIG-PIB, wydanych dla usług wskazanych w wykazie usług stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 41 pkt 7 p.z.p. oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., jak również § 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia.

Na marginesie jedynie można dodać, iż Izba nie uwzględniła twierdzenia zamawiającego, że nastąpiło błędne podanie, w warunkach udziału w postępowaniu, wymogu wykazania czterech, a nie dwóch usług posiadających pozytywną opinię Oddziału PIG - PIB, gdyż takiemu stwierdzeniu stoi na przeszkodzie literalne brzmienie warunku, a także powtórzenie wymogu w trzech dokumentach – SIWZ, załączniku do SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto treść dokumentacji jest wiążąca od momentu jej udostępnienia wykonawcom, tutaj od momentu opublikowania ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych i zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego, zatem nawet jeżeli istotnie okoliczność ta była traktowana przez zamawiającego w kategoriach błędu (na co nic w ustalonym stanie nie wskazuje), nie miałby to żadnego wpływu na zaistniałe naruszenie - treść postawionego warunku podlega bowiem ocenie w brzmieniu

udostępnionym wykonawcom. Dodatkowo stwierdzić należy, że o naruszeniu stanowi sam wymóg żądania pozytywnej opinii oddziału PIG - PIB, nie zaś ilość tychże opinii.

II. Naruszenie przez zamawiającego art. 25 ust. 1 p.z.p. art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez żądanie przez zamawiającego aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert służącego potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania, w sytuacji nieopisania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ sposobu dokonywania oceny spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, który miał być oceniany na podstawie tego dokumentu oraz naruszenie art. 25 ust. 1 p.z.p. w zw. z § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, poprzez żądanie dokumentu nieprzewidzianego w rozporządzeniu na potwierdzenie zakresu posiadanych uprawnień do prowadzenia działalności.

Niewątpliwym jest, że zamawiający na mocy § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia miał prawo wymagać złożenia wraz z ofertą aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 p.z.p., wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, zatem w ocenie Izby samo wymaganie przedłożenia dokumentu jest zgodne z art. 25 ust. 1 i 2 p.z.p., bowiem jest to dokument, określony w akcie wykonawczym niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże wyłącznie w zakresie wymagań określonych przez Ustawodawcę – co do badania przesłanek wykluczenia, określonych w art. 24 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

W ustalonych okolicznościach faktycznych zamawiający żądał odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej na potwierdzenie wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p. – spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Należy zaznaczyć również, że dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, na spełnienie przedmiotowego warunku, zostały wskazane przez Ustawodawcę w § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia.

Zamawiający, w treści dokumentacji postępowania, zgodnie z rozdziałem IV pkt 3 SIWZ wskazał: „Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,



o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) Zamawiający żąda - 3.6. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”, co zostało przez zamawiającego wskazane również w sekcji III.3.1 ogłoszenia o zamówieniu: posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania – zamawiający wymagał aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zatem wobec powyższych ustaleń - a także mając na uwadze, że zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania jakich to uprawnień do wykonywania działalności lub czynności wymaga od wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, bowiem nie sprecyzowano wymagań postawionego warunku - wymóg przedłożenia rzeczonoego odpisu jest ocenie Izby nieuprawniony.

W konsekwencji powyższego, wymóg przedłożenia rzeczonoego dokumentu, na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p., bez jego określenia, jest sprzeczny z art. 25 ust 1 p.z.p. w zw. z § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 p.z.p., wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....