

Sygn. akt: KIO/KD 2/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 22 stycznia 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 grudnia 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Młodzieszyn - zaprojektowanie i wykonanie sieci światłowodowej”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow
Daniel Konicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej

- 1) **zostają uwzględnione w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp,**
- 2) **w pozostałym zakresie nie zostają uwzględnione.**

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej: "kontrolującym", „Prezesem UZP” lub „Prezesem Urzędu”, wynikły na tle następującego stanu faktycznego.

Stanowisko kontrolującego:

Gmina Młodzieszyn, ul. Wyszogrodzka 25, 96 - 512 Młodzieszyn (dalej: „zamawiający”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Młodzieszyn - zaprojektowanie i wykonanie sieci światłowodowej”.

Prezes UZP przeprowadził kontrolę doraźną opisanego powyżej postępowania. W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 10 grudnia 2015 r. przekazanej pismem UZP/DKUE/W3/421/29(11)/15/SD Prezes Urzędu stwierdził, iż doszło do następujących naruszeń ustawy.

1. W toku kontroli ustalono, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie sieci szerokopasmowej na terenie gminy Młodzieszyn, w oparciu o którą zrealizowany zostanie dostęp do sieci Internet i szkolenia informatyczne dla określonej przez zamawiającego grupy 366 indywidualnych gospodarstw domowych z terenu Gminy Młodzieszyn i 8 jednostek podległych – beneficjentów, projektu współfinansowanego w 100% ze środków wspólnotowych w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 -2013, 8 Oś Priorytetowa Społeczeństwo informacyjne – zwiększenie innowacyjności gospodarki, Działanie 8.3 Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu – einclusion pod nazwą Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Młodzieszyn.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w SIWZ wskazał, że „(...) zastrzega możliwość wezwania wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, do dostarczenia na własny koszt do siedziby zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania:

- 1 szt. urządzenia OLT,
- 1 szt. urządzenia ONU,
- 1 szt. urządzenia Stacja Bazowa 5 GHz,
- 1 szt. urządzenia CPE 5 GHz,
- 1 szt. urządzenia system centralnego logowania i raportowania systemu cyfrowych linii radiowych punktów dostępowych 2,4/5 GHz (...)."

W trakcie postępowania jeden z wykonawców zwrócił się do zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie ww. zapisów zgodnie z poniższym:

„(...) Zamawiający zastrzega możliwość wezwania wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, do dostarczenia na własny koszt do siedziby zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania (...). Czy zamawiający zamierza zrezygnować z powyższego wymagania dostarczenia w terminie 3 dni od otrzymania wezwania próbek oferowanych urządzeń z powodu rażącego naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.”

W odpowiedzi na powyższe zamawiający wskazał, że „nie zamierza zrezygnować z prawa i możliwości wezwania wykonawcy do przeprowadzenia testów próbek dostarczonych przez wykonawcę na zasadach określonych w SIWZ, w przypadku wątpliwości co do tego, czy zaoferowane urządzenia spełniają warunki SIWZ.” Zasady przeprowadzenia testów zamawiający załączył do odpowiedzi na pytanie. Jednocześnie zaznaczył, iż „żądanie próbek jest zgodne z ustawą Pzp.”

Pismami z dnia 11.04.2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Asseco Poland S.A. z ceną 5 945 000,82 zł., oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Łączpol Sp. z o.o. w związku z tym, iż wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, jak również oferta nie spełniała wymogów SIWZ w zakresie zgodności oferowanych urządzeń z parametrami minimalnymi określonymi w PFU.

Pismem z dnia 26.05.2014 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o ustosunkowanie się do zarzutów podniesionych we wniosku o kontrolę odnośnie ww. zapisu SIWZ.

W przekazanych wyjaśnieniach zamawiający wskazał, iż „(...) Wnioskodawca zakwestionował także postanowienie ze strony 8 siwz, wskazujące na możliwość wezwania Wykonawcy do dostarczenia do siedziby Zamawiającego określonych urządzeń oraz próbki wykonanego przez wykonawcę raportu z określonych pomiarów. (...) W odniesieniu do powyższego należałoby wskazać, iż argumenty podnoszone przez Wnioskodawcę nie

zasługują na uznanie. Jak wskazano w siwz, wymogi kwestionowane przez Łączpol miały na celu wykazanie spełnienia wymagań określonych w PFU oraz wskazanych w załączniku nr 9. Zastrzeżenie możliwości wezwania wykonawców w zakresie określonym powyżej wpisuje się w ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Weryfikacja ofert składa się niejako z dwóch etapów: badania i oceny. Badanie dotyczy właściwości podmiotowych wykonawców, natomiast ocena ofert odnosi się do ich warstwy merytorycznej i ma na celu ustalenie, czy oferta jest zgodna z treścią siwz. (...) Wezwanie do przedstawienia urządzeń/próbki miały być bowiem kierowane tylko do tych wykonawców, których oferta została uprzednio uznana za merytorycznie i formalnie poprawną, a tym samym do tych, którzy - po weryfikacji ofert - mieli szansę na uzyskanie zamówienia. Zatem wykonawcy, którzy nie przeszli pozytywnie badania i oceny ofert i nie mieli już możliwości uzyskania zamówienia, nie byli narażani na poniesienie kosztów z tytułu przygotowania wymaganych próbek i urządzeń. (...)"

Także pismem z dnia 06.11.2015 r. Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień. Pismem z dnia 17.11.2015 r. zamawiający udzielił wyjaśnień, iż „(...) Zamawiający zamierzał wezwać wykonawców do dostarczenia sprzętu w celu sprawdzenia zgodności parametrów proponowanego sprzętu z parametrami określonymi w SIWZ w przypadku wątpliwości co do spełnienia tych warunków. Zamawiający mając na uwadze, że wartość sprzętu, którego mógł żądać w celu dokonania testów była znacząca nie wymagał, aby wszyscy wykonawcy dostarczyli taki sprzęt. zamiarem zamawiającego było wezwanie na testy tylko tych wykonawców, których proponowany sprzęt nie był standardowy, a z kart katalogowych produktów nie wynikało w pełni i jasno, że spełnia on wymagania zawarte w SIWZ. Konsekwencją niedostarczenia bądź dostarczenia przez wykonawców sprzętu nieodpowiadającego SIWZ byłoby odrzucenie oferty. Zamawiający nie wezwał konsorcjum Asseco Poland S.A., Teleoptics Sp. z o.o., gdyż sprzęt przedstawiony w ofercie konsorcjum nie budził wątpliwości co do zgodności jego parametrów z zapisami SIWZ. Wykonawca przedstawił w ofercie w wymaganej w SIWZ formie Załącznik nr 9 Szczegółowe zestawienie wybranych elementów realizacji projektu. Na podstawie załączonych kart katalogowych zamawiający stwierdził, że proponowane urządzenia spełniają wskazane w SIWZ parametry.”

W celu dokonania oceny ww. zapisu SIWZ, Prezes Urzędu zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w przedmiotowej sprawie.

Biegły w sporządzonej opinii oraz w uzupełnieniu do opinii, przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania, w zakresie wymagania przez zamawiającego, dostarczenia w terminie 3 dni od otrzymania wezwania, nw. urządzeń:

- 1 szt. urządzenia OLT,
- 1 szt. urządzenia ONU,
- 1 szt. urządzenia Stacja Bazowa 5 GHz,
- 1 szt. urządzenia CPE 5 GHz,
- 1 szt. urządzenia system centralnego logowania i raportowania systemu cyfrowych linii radiowych punktów dostępowych 2,4/5 GHz i wykazania spełnienia wymagań określonych w PFU oraz wykazanych w załączniku nr 9 do SIWZ;

przedstawił stanowisko: „(...) Zamawiający powinien zażądać przedstawienia nazwy modelu i specyfikacji technicznej urządzenia, które wykonawca zamierza dostarczyć w ramach projektu. Taka dokumentacja jest wystarczająca do zorientowania się czy dane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego. (...) Zamawiający ma prawo żądać demonstracji testowej zamawianego systemu. Jednak powinno to być połączone z dostawą sprzętu, a nie przed podpisaniem umowy kiedy to firma musi zainwestować duże fundusze w sprzęt, co do którego nie ma pewności, że go sprzeda.” W zakresie możliwości żądania przez zamawiającego nw. sprzętu, tj. 1 szt. urządzenia system centralnego logowania i raportowania systemu cyfrowych linii radiowych punktów dostępowych 2,4/5 GHz, biegły w opinii wskazał, iż „W przypadku aplikacji, a taką bez wątpienia jest „system centralnego logowania i raportowania”, nie zachodzi żadna przeszkoda, aby wykonawca zaprezentował jej działanie w formie demonstracji.”

Ponadto biegły wskazał, iż „(...) Czas przeznaczony na dostawę urządzeń jest zbyt krótki i może powodować, że małe firmy, które nie mają rozbudowanych kontaktów z dystrybutorami urządzeń i sprzętu oraz nie dysponują funduszami na ewentualne kaucje, nie będą w stanie sprostać wymaganiu. (...) Z doświadczenia własnego, wykonawcy ekspertyzy, w branży telekomunikacyjnej wynika, że:

- wykonawcy nie posiadają tzw. magazynu urządzeń, do którego mogą sięgać w dowolnym momencie, jest to m.in. związane z bardzo różnymi wymaganiami klientów oraz dużym wachlarzem dostępnych urządzeń i możliwości ich modyfikacji (modułowość),
- urządzenia, o których mowa w SIWZ oraz PFU są kosztowne i przechowywanie ich na wypadek montażu u klienta jest nieuzasadnione,
- każdy wykonawca działający w branży telekomunikacyjnej ma wypracowane ścieżki dostaw sprzętu pozwalające na realizację podjętych zobowiązań.

Wobec powyższego żądanie dostarczenia sprzętu celem wyłącznie udowodnienia, że potencjalny wykonawca ma taką możliwość jest nieuzasadnione i może być zastąpione referencjami i doświadczeniem we wdrażaniu tego typu inwestycji.

W celu umożliwienia udziału w postępowaniu firm o różnej wielkości czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni. Termin ten pozwoli na zgromadzenie

i skonfigurowanie urządzeń oraz oprogramowania lub w opcji symulacji komputerowej przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego.

Termin trzydniowy jest nierealny do przygotowania wersji pokazowej systemu. (...)”.

Kontrolujący zwracał uwagę, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. W ustawie Pzp ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowane potrzeby, jednakże każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

Podkreślał, że zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest przestrzegać zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdza to treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przy czym naruszeniem tego przepisu jest już możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, nie zaś wyłącznie jej realne utrudnienie.

Zdaniem kontrolującego żądanie od wykonawców dostarczenia określonego sprzętu i dookreślenie terminu jego dostawy do siedziby zamawiającego wchodzi w zakres opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji, opisując przedmiot zamówienia, w tym również możliwość żądania dostarczenia w określonym terminie „pokazowych urządzeń”, zamawiający nie może w sposób nieuzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz swoimi obiektywnymi potrzebami ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie przez zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania terminu dostarczenia sprzętu, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją danego typu zamówień, może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i tym samym do naruszenia powyższych norm prawnych.

Kontrolujący, mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny, a w szczególności treść opinii biegłego stwierdził, że w kontrolowanym postępowaniu zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia poprzez

przewidzenie możliwości wezwania wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, do dostarczenia na własny koszt do siedziby zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania. Jak wynika bowiem z opinii biegłego, w celu umożliwienia udziału w postępowaniu firmom o różnej wielkości, czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni. Termin 14 dni jest realny, ponieważ umożliwia wykonawcom zgromadzić i skonfigurować urządzenia oraz oprogramowanie lub w opcji symulacji komputerowej pozwala na przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego. Zatem termin 3 dni na dostarczenie określonego sprzętu był terminem nierealnym, mogącym utrudnić wykonawcom udział w niniejszym postępowaniu. Powyższe potwierdza fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu do zamawiającego wpłynęło pytanie jednego z wykonawców dotyczące ww. wymogu. Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę zapisu, a wykonawca kwestionujący powyższe zapisy SIWZ nie złożył oferty w niniejszym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzono, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą nakazującą zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Kontrolujący wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający żądał od wykonawców składających ofertę w niniejszym postępowaniu zabezpieczenia poprzez wniesienie wadium w wysokości 150 000,00 PLN. Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi 4 964 386,59 złote netto. Zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3 % wartości zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzono, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zażądał wniesienia wadium w wysokości przekraczającej ustawowo określony próg 3%, ponieważ kwota żadanego wadium została określona na poziomie 3,02 % szacunkowej wartości zamówienia. Powyższe działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

3. W toku kontroli ustalono również, że z postanowień wzoru umowy, będącego załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wynika, aby zamawiający zawarł w nim postanowienia wskazane w art. 143d. ust. 1 pkt. 1 - 7 ustawy Pzp (w zakresie art. 143d. ust. 1 pkt 1 i 2 zamawiający zawarł postanowienia przepisu z wyłączeniem dotyczącym zmian projektu umów).

Ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi:

„Art. 36. 1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:

(...)

16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”;

„Art. 143d. 1. Umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące:

1) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;

2) wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;

3) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;

4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;

5) terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;

6) zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;

7) wysokości kar umownych, z tytułu:

a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,

b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,

c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,

d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.”

Zdaniem kontrolującego postanowienia wzoru umowy nie zawierają zapisów, które doprecyzowują postanowienia w zakresie podwykonawstwa.

Mając na uwadze powyższe, kontrolujący stwierdził stwierdzić, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezawarcie w projekcie umowy o roboty budowlane postanowień dotyczących zasad zawierania umów o podwykonawstwo.

4. Następnie kontrolujący wskazywał, że z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie mieli wykazać, że nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca będzie polegać na zasobach innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1 pkt 1-7 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).

Wykonawca Konsorcjum firm Asseco Poland S.A., w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołał się na zasoby podmiotów trzecich, tj. Sotronic Sp. z o.o. oraz Algo Sp. z o.o.

Z dokumentacji postępowania nie wynika, aby do oferty zostały dołączone dokumenty, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 - 7 dla tych podmiotów, jak również nie wynika, aby zamawiający w toku postępowania wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia ww. dokumentów.

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

W opinii kontrolującego zaniechanie powyższego obowiązku, tj. niewzwanie przez zamawiającego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wskazanych w § 3 ust. 1 pkt 3-7 rozporządzenia, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

5. Następnie kontrolujący wskazywał, że z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie musieli wykazać się dysponowaniem m.in. osobami:

Specjalista ds. systemów radiowych - min. 2 osoby, posiadające:

- minimum trzyletnie doświadczenie w projektowaniu systemów radiowych i ich implementowaniu, tj. instalacji, konfiguracji oraz usuwania problemów dla sprzętu radiowego typu jednostki nadawczo odbiorcze, IDU, ODU, uzyskane w zadaniu / zadaniach polegających na budowie radiowych systemów szerokopasmowych.

W wykazie osób wykonawcy konsorcjum Asseco Poland S.A. do pełnienia ww. funkcji wskazano p. W. T. oraz p. W. R. do pełnienia funkcji Specjalisty ds. systemów radiowych, którzy posiadają doświadczenie przy realizacji zadań:

- Budowa sieci radiowej dla Spółki Media 4 i Hyperion na terenie Kotliny Kłodzkiej i województwa lubuskiego (01.2010 r. – 12.2010 r.),
- Budowa sieci radiowej obejmującej teren Powiatów: Parczewskiego, Radzyńskiego, Bialskiego i Lubartowskiego (09.2011 r. – 04.2013 r.),
- Zaprojektowanie i budowa infrastruktury sieci bezprzewodowej w ramach projektu „eInclusion – zapobieganie wykluczeniu cyfrowemu w Powiecie Przysuskim (10.2012 r. – 06.2013 r.).

Pismem z dnia 27.11.2015 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie uznał, że osoby wskazane do pełnienia ww. funkcji spełniają wymogi zamawiającego, tj.:

- p. W. R. oraz p. W. T. posiadają trzyletnie doświadczenie w projektowaniu systemów radiowych i ich implementowaniu, tj. instalacji, konfiguracji oraz usuwania problemów dla sprzętu radiowego typu jednostki nadawczo odbiorcze, IDU, ODU, uzyskane w zadaniu / zadaniach polegających na budowie radiowych systemów szerokopasmowych.

Pismem z dnia 30.11.2015 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „Zgodnie z zawartymi w załączniku nr 5 do SIWZ oświadczeniem wykonawcy wynika że Pan W. T. oraz Pan W. R. posiadają trzyletnie doświadczenie w projektowaniu systemów radiowych i ich implementowaniu, tj. instalacji, konfiguracji oraz usuwania problemów dla sprzętu radiowego typu jednostki nadawczo-odbiorcze IDU, ODU uzyskane w zadaniu/zadaniach polegających na budowie radiowych systemów szerokopasmowych. Ponadto zgodnie z informacjami zawartymi w kolumnie nr 5, pkt. 7 i 8 tabeli łączny okres wykonywania w/w prac wyniósł 42 miesiące.”

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

W ocenie kontrolującego z dokumentacji postępowania, jak również z treści wyjaśnień zamawiającego złożonych w toku kontroli nie wynika, aby p. W. R. oraz p. W. T. posiadali trzyletnie doświadczenie w projektowaniu systemów radiowych i ich implementowaniu, tj. instalacji, konfiguracji oraz usuwania problemów dla sprzętu radiowego typu jednostki nadawczo odbiorcze, IDU, ODU, uzyskane w zadaniu / zadaniach polegających na budowie radiowych systemów szerokopasmowych. Dublowanie się okresów uczestnictwa osoby w danym projekcie nie oznacza, iż osoba nabywa podwójne doświadczenie zawodowe, a taki sposób sumowania doświadczenia należy uznać za niedopuszczalny.

Zaniechanie powyższego obowiązku, tj. nie wezwanie przez zamawiającego wykonawcy – Konsorcjum Asseco Poland S.A. do uzupełnienia wykazu kadry w zakresie wymaganych specjalistów ds. systemów radiowych, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

6. Następnie kontrolujący twierdził, że z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, że wykonali:

- Minimum 1 realizację infrastruktury światłowodowej, polegającą na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej (projekt techniczny i projekt budowlany) dotyczącą wykonania pasywnej infrastruktury światłowodowej i wartości każdego zamówienia, co najmniej 300.000,00 złotych brutto w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,
- Minimum 2 realizacje polegające na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej (projekt techniczny i projekt budowlany) dotyczące wykonania radiowej infrastruktury składającej się z minimum 7 masztów/wież i wartości co najmniej 300.000,00 złotych brutto

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,

- Minimum 1 zamówienie obejmujące wykonanie i uruchomienie szerokopasmowego abonenckiego dostępu do Internetu w technologii hybrydowej łączącej przesył światłowodowy z bezprzewodowym (o długości min. 23 km, obejmującym minimum 7 stacji bazowych sieci radiowej wraz z wieżami/masztami i konstrukcjami wsporczymi o wartości co najmniej 3.000.000 zł brutto) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,

- Minimum 2 zamówienia polegające na budowie sieci światłowodowej szkieletowej, której jakość została zweryfikowana na podstawie pomiarów dyspersji chromatycznej i polaryzacyjnej za kwotę, co najmniej 1.000.000,00 PLN brutto w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,

- Minimum 1 zamówienie polegające na budowie sieci szerokopasmowej radiowej składającej się z minimum 7 nadajników radiowych (3 sektorowych), kontrolera sieci radiowej wraz z przyłączeniem do niej minimum 250 beneficjentów (urządzeń CPE) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Na potwierdzenie powyższych warunków konsorcjum firm Asseco Poland S.A. w celu wykazania spełnienia odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia w wykazie robót zamieścił roboty budowlane pn.:

1) „Zaprojektowanie i uruchomienie światłowodowej sieci szerokopasmowej abonenckiego dostępu do Internetu w technologii GEPON/FTTx/WiFi w gminie Zawady”, realizowaną przez Teleoptics Sp. z o.o. W celu potwierdzenia należytego wykonania tego zamówienia wykonawca załączył referencję wystawioną w dniu 15.08.2013 r. Z treści wystawionej referencji wynika m.in., że „(...) W ramach realizowanego zadania firma wykonała:

- Koncepcje budowy sieci,
- Projekt budowy i wykonawczy budowy rurociągu, linii światłowodowej i sieci radiowej,
- Raport oddziaływania na środowisko,
- Budowę serwerowni (...),
- Budowę rurociągu kablowego i sieci optotelekomunikacyjnej o łącznej długości ok. 60 km,
- Budowę i uruchomienie sieci światłowodowej w technologii PON,
- Budowę 17 masztów kratownicowych z autonomicznymi systemami zasilania,
- Budowę sieci radiowej w tym radiowego dostępu do Internetu.

Ryczałtowa wartość umowy brutto: 3 603 880,00 zł.”

2) „Internet w Twoim zasięgu – przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Powiecie Tomaszowskim”, realizowaną przez Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne ALGO G. J.

W celu potwierdzenia należytego wykonania tego zamówienia wykonawca załączył referencję wystawioną w dniu 21.03.2012 r. Z treści wystawionej referencji wynika m.in., że „(...) Do dnia 20.03.2012 r. wykonawca dostarczył, wykonał i uruchomił:

1. 195 laptopów wraz z oprogramowaniem,
2. 50 nadajników w standardzie WiFi z planowanych 80,
3. 400 połączeń do sieci internet (wraz z dostawą sprzętu) beneficjentów ostatecznych z planowanych 100.”

Z powyższego nie wynika zdaniem kontrolującego, czy zrealizowano ww. zadania inwestycyjne w sposób należyty. Z dokumentacji postępowania przesłanej do kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu nie wynika również, aby zamawiający w toku postępowania wezwał wykonawcę do uzupełnienia ww. informacji.

Pismem z dnia 13.11.2015 r. Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do Urzędu Gminy w Zawadach z pytaniem, czy wykonawca Teleoptics Sp. z o.o. zrealizował ww. zadanie inwestycyjne w sposób należyty. Pismem z dnia 16.11.2015 r. Urząd Gminy w Zawadach udzielił wyjaśnień, iż „(...) zamówienie pod nazwą *„Zaprojektowanie i uruchomienie światłowodowej sieci szerokopasmowej abonenckiego dostępu do Internetu w technologii GEAPON/FTTx/WiFi w gminie Zawady”*, zostało wykonane przez Teleoptics Sp. z o.o. w sposób należyty.”

Ponadto Prezes Urzędu zwrócił się do Starostwa Powiatowego w Tomaszowie Lubelskim z prośbą o udzielenie wyjaśnień, czy wykonawca Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne ALGO G. J. zrealizował ww. zakres zamówienia w sposób należyty. Pismem z dnia 20.11.2015 r. Starosta Tomaszewski udzielił wyjaśnień, iż „(...) powyższy list referencyjny potwierdzał stan faktyczny istniejący na dzień 20.03.2012 r., a zakres zamówienia opisanego wyżej został wykonany w sposób należyty. (...)”

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

upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W ocenie kontrolującego zaniechanie powyższego obowiązku, tj. niewezwanie przez zamawiającego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże, jak wynika z wyjaśnień uzyskanych przez Prezesa Urzędu w trakcie kontroli, ww. wykonawca spełniał warunek wskazany powyżej, tym samym naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Stanowisko zamawiającego:

Pismem z dnia 18 grudnia 2013 r. (prezentata „Wpłynęło 21 grudnia 2015 r.”) zamawiający złożył zastrzeżenia dotyczące wyników przeprowadzonej kontroli doraźnej.

Ad. 1) Zamawiający wskazał, iż „(...) Na wstępie należy zauważyć, że zarzut podniesiony w treści protokołu o naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ustawy Pzp są w rzeczy samej niezasadne. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia dochowując należytej staranności, co jest wymogiem art. 29 ust. 2. Należy zauważyć, że koncepcja weryfikacji zgodności oferowanych urządzeń z opisem przedmiotu zamówienia, który został przygotowany przez Zamawiającego w sposób profesjonalny i zgodny z wymogiem ustawy jest elementem nie opisu przedmiotu zamówienia lecz stanowi opisany przez zamawiającego model oceny spełniania warunków stawianym przedmiotowi zamówienia. Dostarczenie wymaganych powyższym zapisem urządzeń ma charakter weryfikacyjny i samo przez się nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje na cechy towaru, usługi lub roboty budowlanej, termin realizacji, sposób realizacji. Zapis SIWZ nie wskazywał terminu dostawy, tj. realizacji zamówienia w terminie 3 dni lecz termin przedstawienia zamawiającemu konkretnych urządzeń celem stwierdzenia ich zgodności z wymaganiami SIWZ pod względem funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Zamawiający zgodnie z treścią 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 (Poz. 231) skorzystał z możliwości opisanej w § 6 ust.1 Rozporządzenia, gdzie w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: 1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego. Metodologia weryfikacji przez Zamawiającego oferowanych urządzeń oparta została o wymagania Rozporządzenia, gdzie kwestią zasadniczą jest potwierdzenie spełniania

warunków o charakterze technicznym stanowiącym dowód zgodności przedmiotu zamówienia z opisem przedmiotu zamówienia. Potwierdzenie spełniania tychże warunków odbywa się poprzez złożenie odpowiednich dokumentów lub, gdy Zamawiający ma taką koncepcję, konkretnych urządzeń w tym przypadku stanowiących de facto o prawidłowości złożonej oferty w kontekście art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Żądanie dostarczenia na własny koszt do siedziby Zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania wskazanych urządzeń nie stanowi w najmniejszym stopniu naruszenia metodologii opisu przedmiotu zamówienia o której mowa w art. 29 ust.2 Pzp. Tym samym powołanie się w tym przypadku na klasyczne naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wynikającej z treści art. 7 Pzp jest niezasadne, ponieważ sam opis przedmiotu zamówienia nie zawiera wad utrudniających konkurencję, co dowodzi pośrednio fakt złożenia dwóch ofert w prowadzonym postępowaniu. Podniesiony zarzut zbyt krótkiego terminu na dostarczenie urządzeń do wglądu Zamawiającego wynikający z treści ekspertyzy, na którą powołuje się Urząd oparty jest o analizę, której teza została przyjęta w taki sposób, że wykonawcy składający ofertę w postępowaniu zostają ewentualnie powiadomieni przez zamawiającego do przedstawienia rzeczonych urządzeń w terminie 3 dni od otrzymania wezwania. Analiza oparta została na tezie, która ma udowodnić, iż niewystarczający jest termin 3 dni na dostarczenie do wglądu i zapoznania się urządzeń od momentu otrzymania wezwania i dowodzi, że urządzenia te nie są powszechnie dostępne, nie stanowią stanów magazynowych potencjalnych wykonawców, wymagają konfiguracji, itd. Założenie to jest na tyle błędne, że wskazuje na fakt, że wykonawcy uprzednio nie zostali poinformowani możliwości wezwania do przedstawienia urządzeń zamawiającemu. Analiza przygotowana została z uwzględnieniem wyłącznie sytuacji, gdy wykonawcy nie znają zapisów SIWZ a termin dostarczenia sprzętu określono na 3 dni od dnia otrzymania wezwania przez Zamawiającego. Przyjmując ten kontekst analiza Rzecznawcy jest słuszna ale kontekst ten nie ma miejsca w stanie faktycznym prowadzonego postępowania, ponieważ Zamawiający w treści SIWZ zamieścił informację, o której mowa na początku wyjaśnień w dniu wszczęcia postępowania (...). Tak więc potencjalny wykonawca, który wstępnie jest zainteresowany udziałem w postępowaniu po zapoznaniu się z treścią SIWZ podejmuje decyzje o przygotowaniu i złożeniu oferty lub też o odstąpieniu od jej złożenia. Ujmując te fakty czasowo wykonawca od momentu zapoznania się z treścią SIWZ ma do dyspozycji min. 14 dni na przygotowanie się do uczestnictwa w postępowaniu i złożenia skutecznie oferty przetargowej. Przyjmując terminy ustawowe, minimalne jest to 14 dni i jest to okres, w którym profesjonalny podmiot powinien ocenić ryzyka biznesowe podejmując decyzje o udziale w postępowaniu. Tak więc potencjalny wykonawca ma 14 dni na przygotowanie oferty oraz zaplecza technicznego mając wgląd do SIWZ i znając tym samym wymagania Zamawiającego co do możliwości wezwania go do przedstawienia sprzętu. Naruszenie art. 7 Pzp poprzez narzucenie terminu 3 dni mogłoby

być rozpatrywane wyłącznie w sytuacji wcześniej nieznaney wykonawcom. Fakt taki jednak nie miał miejsca ponieważ zamawiający dochował wymaganego ustawą terminu składania ofert, postępowanie prowadzone było w sposób jawny i transparentny z zachowaniem zasady przewidywalności działań zamawiającego co wyraziło się choćby publikacją SIWZ na stronie internetowej zamawiającego. Jak wynika z analizy Rzecznawcy, wskazuje on 14 dniowy termin dostarczenia do wglądu urzędzeń i tutaj pogląd ten można uznać warunkowo za słuszny, choć jest jedynie koncepcją Rzecznawcy, ale licząc nie od dnia otrzymania zawiadomienia ale od dnia wszczęcia postępowania. Wszyscy uczestnicy postępowania od dnia jego wszczęcia podlegają takim samym regułom, opisanym przez Zamawiającego w SIWZ.” W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO/80/07, KIO/1024/08, KIO/236/08.

Ad. 2) „(...) Zamawiający zgodnie z dokumentacją źródłową, w tym przypadku Protokołem ZP-PN (oznaczenie sprawy: UG-ZP-271.2.2014) z postępowania w Sekcji 2 pkt.2 wskazał szacunkową wartość zamówienia jako wartość 4 964 386,50 zł netto, przeliczając odpowiednio na euro z uwzględnieniem wartości euro = 4.2249.

Obowiązek żądania wadium (art. 45 Pzp) pojawia się wyłącznie w postępowaniach o wartości przekraczającej tzw. progi unijne, w przypadku omawianego postępowania będzie to próg 5 186 tys. euro (roboty budowlane). Tym samym żądanie wniesienia wadium stało się wyłączna decyzja Zamawiającego, który uznał, biorąc pod uwagę charakter zamówienia, iż żądanie wzniesienia wadium będzie elementem dyscyplinującym wykonawców, szczególnie w rozumieniu art. 46 ust. 4a Pzp. Zamawiający odnosząc się do wzorca ustalenia wysokości wadium zgodnie z art. 45 ust.4 Pzp dokonał wyliczenia wartości wadium na 150 000 zł. Tym samym Zamawiający wykonał powyższą czynność błędnie, ponieważ wysokość wadium powinna wynosić w tym przypadku maksymalnie: 148 931,59 zł. Tym samym różnica w wysokości wyznaczonego wadium dotyczy wartości na poziomie 1 068,41 zł. O wartość taką Zamawiający przekroczył dopuszczalny próg wysokości wadium (maksymalnie 3%) w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia wymaganego ustawą. Należy zauważyć, że działanie Zamawiającego oparte jest wyłącznie o wykonanie błędnego wyliczenia samej wartości wadium, co w tym przypadku można uznać za omyłkę rachunkową o tyle nieistotną, że nie można stwierdzić, iż wyższa o 0,02% wartość wadium mogłaby stanowić naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji jako wymóg zawyżony o charakterze uniemożliwiający bądź utrudniający dostęp do samego postępowania lub uczestnictwa w nim. Wykazana różnica wartości wskazanego wadium w SIWZ oraz ogłoszeniu w odniesieniu do bazowej wartości szacunkowej wartości zamówienia ujętej w druku Protokołu ZP-PN na poziomie 0,02 % nie wpływa na przebieg postępowania i świadczyć może jedynie o błędzie rachunkowym Zamawiającego. Dokonują analizy

wskazowego naruszenia w kontekście art. 146 ust.6 Pzp nie można stwierdzić, iż miało ono wpływ na prowadzone postępowanie, ponieważ zasada dotycząca wniesienia wadium objęła wszystkich potencjalnych wykonawców, zaś skala niedokładności jego obliczenia nie mogłaby stanowić elementu ograniczającego podjęcie decyzji wykonawcy o uczestnictwie w prowadzonym postępowaniu.(...)”

Ad.3) „(...) Analiza dokumentacji przetargu, w tym SIWZ wraz z załącznikami dowodzi, iż Zamawiający w treści dokumentu nie zawarł wyżej wskazanych klauzul umowy dotyczących podwykonawstwa w robotach budowlanych. Należy zauważyć, że zamawiający przygotowywał znacznie wcześniej postępowanie wraz z dokumentacją stanowiącą opis przedmiotu zamówienia. Przygotowanie dokumentacji w postępowaniach na roboty budowlane jest procesem wymagającym dużego nakładu czasu, szczególnie w przyjętym modelu robót budowlanych typu: zaprojektuj i wybuduj, gdzie najistotniejsze jest przygotowanie podstawowego dokumentu, jakim jest Program Funkcjonalno Użytkowy. Należy zauważyć, że nowelizacja ustawy Pzp w zakresie podwykonawstwa weszła w życie już w momencie, gdy zamawiający de facto posiadał przygotowaną dokumentację przetargową. Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 21 lutego 2014r. , tj. dwa miesiące po wejściu w życie nowelizacji w zakresie podwykonawstwa. Wykazanie zbieżności zdarzeń i dat nie ma na celu wykazania okoliczności łagodzących w tym aspekcie względem zaprawiającego, jedynie ma to na celu przybliżenie okoliczności, w jakich tworzona była dokumentacja przetargowa. Zamawiający w rzeczy samej nie zawarł wymaganych prawem klauzul podwykonawczych w treści wzorom umowy na dzień wszczęcia postępowania. Tym samym, co wymaga podkreślenia klauzule w zakresie art. 143 b Pzp zostały wprowadzone do treści umowy zawartej z wykonawcą w prowadzonym postępowaniu co zasadniczo potwierdza wymóg samego przepisu art. 143b Pzp. Ustawodawca wymaga, aby umowa o roboty budowlane zawierała wymagana przepisem treść co zostało spełnione przez zamawiającego nie na poziomie wzoru umowy lecz na poziomie umowy zawartej z wykonawcą poprzez wprowadzenie do jej treści wymaganego zakresu regulacji podwykonawczych odpowiednim aneksem w formie pisemnej. (...) wprowadzenie klauzul podwykonawczych stanowiących przepis prawa, znanych powszechnie z treścią ustawy Pzp nie stanowi istotnej zmiany umowy o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający nie naruszając zasad art, 144 Pzp dochował obowiązku zamieszczenia klauzul art. 143d Pzp w treści umowy. (...)”

Ad. 4) Zamawiający wnosząc zastrzeżenia do przedmiotowego naruszenia wskazał, iż w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.4.2) w zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy, należy przedłożyć oświadczenie o braku podstaw do

wykluczenia oraz dokumenty wymienione w § 3 ust. 1 pkt 1-7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231).

Ponadto zamawiający wskazał, iż „(...) wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt. III.4.2.

Wykonawca Konsorcjum firm Asseco Poland S.A. oraz Teleoptics Sp. z o.o. złożył ofertę przetargową powołując się na potencjał podmiotów trzecich, tj. Sotronic Sp. z o.o. oraz Algo Sp. z o.o. na zasadach ujętych w treści art. 26 ust. 2b Pzp.

(...) Z treści oświadczenia złożonego w ramach art 26 ust. 2b Pzp podmiot trzeci Sotronic Sp. z o.o. wskazał udostępnienie potencjału wykonawcy tym samym wskazując na fakt, iż będzie on uczestniczył w realizacji części zamówienia. W związku z tym w ramach realizacji wymagań ujętych w ogłoszeniu podmiot trzeci wykazujący wykonywanie części zamówienia przedłożył oświadczenie w trybie art. 24 ust 1 Pzp wykazując tym samym brak przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Oświadczenie to znajduje się w treści oferty na stronach 263-264 oferty wykonawcy, dołączony został także KRS podmiotu trzeciego o którym mowa co stanowi zawartość oferty wykonawcy – str. 255- 262. Jak wynika z powyższego podmiot trzeci na podstawie złożonego oświadczenia oraz dokumentu, o którym mowa w ogłoszeniu udowodnił Zamawiającemu brak ziszczenia przesłanek wykluczenia zgodnie z art. 24 ust.1 Pzp (...)

Analogicznie kolejny podmiot trzeci, tj. Algo Sp. z o.o. na którego zasoby powoływał się powoływał się wykonawca na stronach 265 - 266 oferty złożył oświadczenie o udostępnieniu potencjału na zasadach ujętych w art 26 ust. 2b Pzp wykazując jednocześnie w treści udostępnienia sposób udostępnienia potencjału oparty o wykonywanie części zamówienia. Tym samym zgodnie z żądaniem zamawiającego zawartym w ogłoszeniu o zamówienie zostało złożone w ofercie wykonawcy oświadczenie dotyczące art. 24 ust.1 Pzp (strony 267-268) oraz odpis z CIDG (strona 269). Analogicznie jak w stosunku do podmiotu trzeciego opisanego powyżej dokumenty te potwierdzają brak okoliczności wykluczenia z postępowania. Co wymaga wyraźnego podkreślenia oświadczenie w zakresie art. 24 ust.1 Pzp jest deklaratywne i przesądza o stwierdzeniu braku okoliczności wykluczenia z postępowania.(...)”

Ad. 5) W zakresie zaniechanie obowiązku wezwania wykonawcy – Konsorcjum Asseco Poland S.A. do uzupełnienia wykazu kadry w zakresie wymaganych specjalistów ds. systemów radiowych Zamawiający wskazał, iż „(...) Według opinii Urzędu jako

kontrolującego wskazane powyżej doświadczenie nie zaspokaja żądania zamawiającego określonego w warunku doświadczenia zawodowego w okresie 3 lat ponieważ w opinii Kontrolującego nie można przyjąć jako fakt zdobycia równocześnie doświadczenia uczestnicząc w dwóch różnych projektach w tym samym czasie. Teza ta jest tezą na tyle wątpliwą, że wydaje się niedorzeczne stwierdzenie o dublowaniu się okresów uczestnictwa osoby w danym projekcie i stwierdzeniu, że nie potwierdza to faktu zdobycia doświadczenia w tym samym okresie w ramach jednego projektu jak i w ramach drugiego. Zakładając, że dana osoba wykonuje czynności w zakresie powierzonym przez zleceniodawcę na podstawie umowy nie jest wykluczone, że osoba ta w tym samym czasie będzie wykonywała zadania o podobnym charakterze dla innego zleceniodawcy na podstawie odpowiedniej umowy. Przyjmując tezę Kontrolującego należy stwierdzić, że osoba ta de facto wykonywała wyłącznie jeden zakres świadczenia, co niezgodne jest ze stanem faktycznym. Sytuacja o której mowa dotyczy szczególnie branży budowlanej, osób wykonujących czynności inspektora nadzoru, gdzie wykonują czynność inspektora w wielu miejscach równocześnie w ramach kilku różnych podstaw zobowiązaniowych, tj. umów. Sytuacja taka dotyczy także kierowników budowy, projektantów, którzy jako specyficzna grupa zawodowa realizują liczne projekty zleceń w tym samym okresie czasu. Przyjęcie koncepcji braku możliwości wykonywania świadczenia w dwóch projektach w tym samym czasie oraz brak możliwości powołania się na te okoliczności przy wykazywaniu doświadczenia wydaje się niezasadne wobec istnienia takiego stanu faktycznego. Abstrahując od powyższego wyводу zauważyć należy, że Zamawiający pismem z dnia 28.03 oraz 31.03.2014r. wezwał wykonawcę między innymi do złożenia wyjaśnień także w zakresie potencjału osobowego wskazanego w treści oferty. Wykonawca pismem z dnia 1.04.2014r. potwierdza iż osoby uprzednio wskazane w wykazie posiadają min. 3 letnie doświadczenie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Tym samym zamawiający przyjmując treść złożonego oświadczenia w zakresie art. 22 Pzp, oraz zgodnie wypełnionym z formularzem nr 5 jako załącznikiem do siwz stwierdził fakt potwierdzenia spełniania warunku stawianego w zakresie Specjalista ds. systemów radiowych (2 osoby) przyjmują ofertę jako ważną. (...)"

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do naruszenia wskazanego w punkcie 6 Informacji o wyniku kontroli z dnia 10.12.2015 r.

Stanowisko kontrolującego wobec wniesionych zastrzeżeń:

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 7 stycznia 2016 r. Prezes UZP podtrzymał stanowisko, dotyczące naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 45

ust. 4 ustawy Pzp oraz 26 ust. 3 ustawy, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 10 grudnia 2013 r.

Uzasadniając powyższe rozstrzygnięcie Prezes Urzędu wskazywał:

Ad. 1) „ (...) Odnosząc się do zastrzeżeń do naruszenia nr 1, należy w pierwszej kolejności ponownie wskazać, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też, zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady nakładającej na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższa zasada została doprecyzowana w stosunku do zasad rządzących opisem przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę.

Mając na uwadze treść zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego sądowego z zakresu informatyki o odniesienie się do stanowiska Zamawiającego w zakresie zarzutu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

W opinii uzupełniającej odnoszącej się do zastrzeżeń Zamawiającego biegły stwierdził, co następuje: „W zakresie podniesionych zastrzeżeń biegły nie zmienia swojej opinii, przedstawionej we wnioskach końcowych oraz tabeli 17 (str. 68). Zamawiający nie żąda wyłącznie przedstawienia próbek, żądanie dotyczy systemu w małej skali działającego i skonfigurowanego według potrzeb Zamawiającego. Dowodem tego ma być zapis SIWZ „wykazania spełnienia wymagań określonych w PFU oraz wykazanych w załączniku nr 9 do SIWZ”. Zamawiający zamierza zakupić skomplikowany system składający się z kilku podsystemów, obejmujący duży obszar geograficzny. Urządzenia pracujące w szkieletcie takiego systemu są kosztowne a dostarczenie ich na potrzeby wyłącznie prezentacji wydaje się bezcelowe. Reasumując „próbka” nie pozwoli na stwierdzenie, czy Wykonawca jest w stanie wykonać inwestycję. Dlatego szczególną uwagę w opinii zwrócono na referencje Wykonawcy oraz prezentację produktów, które będą wykorzystane do wybudowania systemu; prezentacja taka może uwzględniać symulację pracy węzłów sieci wykonaną z użyciem odpowiedniego oprogramowania. Zamawiający żądając tzw. „próbki” systemu wymusza posiadanie (lub konieczność wypożyczenia) sprzętu o dużej wartości na czas

realizacji inwestycji, co może powodować ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców nie dysponujących środkami finansowymi na zabezpieczenie wymaganych urządzeń. Zamawiający żądając tzw. „próbki” systemu odnosi się do wąskiego zakresu dotyczącego wyłącznie obszar informatyki, nie stawiając takich oczekiwań w pozostałym zakresie zamówienia (elektryka, inżynieria budowlana, technika radiowa, etc.). Wymagane do ewentualnego zaprezentowania urządzenia nie mogą służyć do weryfikacji kompetencji wykonawcy we wszystkich aspektach techniki i inżynierii koniecznych do realizacji inwestycji.”

Mając na uwadze przytoczony wyżej stan faktyczny oraz prawny, a w szczególności treść uzupełniającej opinii biegłego z dnia 29.12.2015 r. należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do wykazanego naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. W odniesieniu do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przywołanego w zastrzeżeniach należy wskazać, że wyroki i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej wydawane są na tle konkretnego stanu faktycznego sprawy i mogą pełnić jedynie pomocniczą rolę przy interpretacji przepisów o zamówieniach publicznych. Poza tym fragmenty uzasadnień z przywołanych orzeczeń zawierają stwierdzenia tak ogólne, że przystają do wszystkich postępowań i, co do istoty, nie są kwestionowane przez Prezesa Urzędu (tak np. w wyroku KIO/UZP 80/07, w którym wskazano, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób spełniający jego wymagania).

Należy zauważyć, że istotą stwierdzonego przez Prezesa Urzędu naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest termin, w którym wykonawca miał ewentualnie przedłożyć określony sprzęt jako „próbkę” i potwierdzić sprawność wykonanej aplikacji. Przy czym możliwość wezwania dotyczyła tylko wykonawców, których oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną. Na etapie składania ofert żaden z wykonawców nie miał zatem pewności, czy zostanie wezwany o skompletowanie niezbędnego sprzętu celem przeprowadzenia prezentacji, a także kiedy zostanie wezwany (od razu w dniu otwarcia ofert, 30 dni po otwarciu, czy może do 90 dni od dnia otwarcia ofert – zamawiający mógł bowiem skorzystać z treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i przesunąć termin związania ofertą). Dodatkowo biegły zwrócił uwagę na koszt i uciążliwość organizacyjną związaną choćby z przechowywaniem takiego sprzętu, co także potwierdza, że ww. termin był zbyt krótki do przeprowadzenia prezentacji (zwłaszcza gdy na podstawie zapisu SIWZ nie było wiadomo, czy w ogóle dany wykonawca będzie wezwany do prezentacji oraz w jakim terminie i co się stanie ze sprzętem po prezentacji, a więc nie było wiadomo, czy warto ponosić koszt i wysiłek przygotowania „próbki” oraz jakie będą tego konsekwencje). W tym kontekście stwierdzenie zamawiającego, że naruszenie art. 7 Pzp poprzez narzucenie terminu 3 dni

mogłoby być rozpatrywane wyłącznie w sytuacji wcześniej nieznaney wykonawcom, jest bezzasadne. Termin 3-dniowy jest zbyt krótki, a przy braku wiedzy wykonawcy o konkretnym terminie wezwania i przy fakultatywności wezwania, nie można go uznać za w pełni przewidywalny.

W tym miejscu nie można również podzielić argumentacji Zamawiającego, jakoby termin na dostarczenie wymaganego sprzętu nie wchodził w zakres opisu przedmiotu zamówienia. Powyższemu twierdzeniu Zamawiającego przeczy chociażby fakt, iż sam Zamawiający ww. zapis zamieścił w SIWZ w punkcie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia. Na marginesie należy zauważyć, że Zamawiający jest w zastrzeżeniach niekonsekwentny, skoro przytacza na potwierdzenie swojej argumentacji wyroki KIO dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności stanowisko biegłego, należy powtórzyć, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję. W związku z powyższym podtrzymuję stanowisko o naruszeniu przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania.

Ad. 2) Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego naruszenia nr 2 przede wszystkim stwierdzić należy, iż Prezes Urzędu nie wykazał w Informacji o wyniku kontroli, iż naruszenie art. 45 ust. 4 ustawy Pzp miało wpływ na wynik kontrolowanego postępowania. Nie dopatrywał się też w powyższym zakresie naruszenia zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. nakazującej Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie należy podkreślić, iż obowiązkiem Prezesa Urzędu jest zwrócenie uwagi Zamawiającego na powstałe naruszenie choćby ze względu na to, by w przyszłych postępowaniach Zamawiający tego typu uchybień mógł uniknąć.

Zatem odnosząc się do zastrzeżeń, należy stwierdzić, iż nie wpływają one na stwierdzenie ww. naruszenia ustawy Pzp, bowiem faktem jest, że ustanowione przez Zamawiającego wadium przekracza ustawowy próg 3 % wartości szacunkowej zamówienia, co w zastrzeżeniach przyznaje także sam Zamawiający. Nie jest przy tym istotne, o jaki rząd wielkości próg ten został przekroczony. Tym samym, należy stwierdzić, iż naruszenie art. 45 ust. 4 ustawy Pzp jest zasadne.

Ad. 3) Prezes Urzędu pismem z dnia 06.11.2015 r. oraz z dnia 30.11.2015 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przesłanie całości dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Zamawiający powyższe wezwanie pozostawił bez odpowiedzi. Dopiero wnosząc zastrzeżenia do przedmiotowego naruszenia, Zamawiający wskazał, że umieścił zapisy dotyczące podwykonawstwa w umowie o zamówienie, którą z kolei przekazał Prezesowi Urzędu dopiero 30.12.2015 r. Z treści przekazanej kopii umowy wynika, że Zamawiający wprowadził jednak do jej treści zapisy wymagane w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp i nie wskazane w projekcie umowy załączonym do siwz. Tym samym, wobec nowych okoliczności faktycznych, poznanych przez Prezesa Urzędu już po wniesieniu zastrzeżeń do wyniku kontroli, w tym zakresie Prezes Urzędu uwzględnia zastrzeżenia zamawiającego i odstępuje od stwierdzenia naruszenia.

Ad. 4) Odnosząc się do punktu 4 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, Zamawiający wskazał, iż podmioty trzecie Sotronic Sp. z o.o. oraz Algo Sp. z o.o. zgodnie z zapisami treści ogłoszenia o zamówieniu przedłożyły oświadczenie w trybie art. 24 ust. 1 Pzp, wykazując tym samym brak przesłanek do wykluczenia z postępowania. Do oferty zostały także dołączone dokumenty wymienione w § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), dalej „rozporządzenie”, tj. KRS i odpis z CIDG. Tym samym dla podmiotów trzecich wykonawca przedłożył dokumenty, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia.

Jednakże stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenie dotyczyło braku wezwania o dokumenty wymienione w § 3 ust. 1 pkt 3 – 7 ww. rozporządzenia. Oznacza to, że zastrzeżenia Zamawiającego są bezprzedmiotowe, gdyż nie odnoszą się do stwierdzonego naruszenia.

W związku z powyższym wskazać należy, iż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do żądania uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu ustawa przewiduje w art. 26 ust. 2b możliwość polegania przez wykonawcę na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W rozpatrywanej sprawie wykonawca przedstawił taki dowód w postaci pisemnych zobowiązań i ta okoliczność nie jest kwestionowana przez Prezesa Urzędu.

Należy jednak zauważyć, że zgodnie z § 3 ust. 4 rozporządzenia jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na

zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1–3 rozporządzenia. Zamawiający skorzystał z powyższej możliwości i wskazał, że jeżeli wykonawca będzie polegać na zasobach innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, należy przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w § 3 ust. 1 pkt 1-7 rozporządzenia.

Z dokumentacji postępowania nie wynika, aby do oferty zostały dołączone dokumenty, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 - 7 dla ww. podmiotów. W świetle zapisów ogłoszenia o zamówieniu nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż wystarczające dla wykazania braku podstaw do wykluczenia było złożenie oświadczenia zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz dokumentu z § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, skoro Zamawiający enumeratywnie wskazał szerszy wykaz żądanych od podmiotów trzecich dokumentów. Tym samym, Zamawiający obowiązany był do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wszystkich żądanych przez siebie dokumentów, w tym także dokumentów wskazanych w § 3 ust. 1 pkt 3-7 rozporządzenia.

Ad. 5) W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, mając na celu wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności należy ponownie przytoczyć stan faktyczny zaistniały w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie musieli wykazać się dysponowaniem m.in. osobami:

Specjalista ds. systemów radiowych - min. 2 osoby, posiadające:

- minimum trzyletnie doświadczenie w projektowaniu systemów radiowych i ich implementowaniu, tj. instalacji, konfiguracji oraz usuwania problemów dla sprzętu radiowego typu jednostki nadawczo odbiorcze, IDU, ODU, uzyskane w zadaniu / zadaniach polegających na budowie radiowych systemów szerokopasmowych.

W wykazie osób wykonawcy konsorcjum Asseco Poland S.A. do pełnienia ww. funkcji wskazano p. W. T. oraz p. W. R. do pełnienia funkcji Specjalisty ds. systemów radiowych, którzy posiadają doświadczenie przy realizacji zadań:

- Budowa sieci radiowej dla Spółki Media 4 i Hyperion na terenie Kotliny Kłodzkiej i województwa lubuskiego (01.2010 r. – 12.2010 r.),
- Budowa sieci radiowej obejmującej teren Powiatów: Parczewskiego, Radzyńskiego, Bialskiego i Lubartowskiego (09.2011 r. – 04.2013 r.),
- Zaprojektowanie i budowa infrastruktury sieci bezprzewodowej w ramach projektu „eInclusion – zapobieganie wykluczeniu cyfrowemu w Powiecie Przysuskim (10.2012 r. – 06.2013 r.).

Mając powyższe na uwadze należy jeszcze raz podkreślić, że z dokumentacji postępowania oraz z treści wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku kontroli, jak i zastrzeżeń Zamawiającego nie wynika, aby p. W. R. oraz p. W. T. posiadali trzyletnie doświadczenie w projektowaniu systemów radiowych i ich implementowaniu, tj. instalacji, konfiguracji oraz usuwania problemów dla sprzętu radiowego typu jednostki nadawczo odbiorcze, IDU, ODU, uzyskane w zadaniu / zadaniach polegających na budowie radiowych systemów szerokopasmowych. Dublowanie się okresów, tj. podwójne wliczanie do okresu wymaganego doświadczenia uczestnictwa osoby w danym projekcie nie oznacza, iż osoba nabywa podwójne doświadczenie zawodowe, a taki sposób sumowania doświadczenia należy uznać za niedopuszczalny. Bez znaczenia, z punktu widzenia okresu doświadczenia, jest fakt, że w niektórych miesiącach osoba ta pełniła funkcję przy realizacji dwóch inwestycji. Zatem pracy przy wykonywaniu dwóch zadań w tym samym czasie nie można podwójnie wliczać do okresu doświadczenia. Bez znaczenia jest tutaj branża, w której nabyte zostało doświadczenie, ponieważ jest oczywiste, że w ciągu jednego roku można zdobyć co najwyżej jeden rok doświadczenia w danej branży. Fakt wykonywania w ciągu roku np. czterech różnych zadań przez daną osobę nie oznacza, że taka osoba nabywa w toku realizacji tych zadań czteroletnie doświadczenie (por. wyrok KIO z 23 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/1675/10 i KIO/1676/10, wyrok KIO z 20 lipca 2012 r. sygn. akt KIO/1418/12, uchwała KIO z 12 lipca 2013 r., sygn. akt KIO/KU 61/13).

Zatem w świetle powyższego Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy – Konsorcjum Asseco Poland S.A. do uzupełnienia wykazu kadry w zakresie wymaganych specjalistów ds. systemów radiowych. Brak powyższego wezwania stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Reasumując, przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w pkt 1-2 oraz 4-5 Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na

uwzględnienie. Tym samym, podtrzymuję stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10.12.2015 r. w ww. zakresie i nie uwzględniam zastrzeżeń Zamawiającego (...)

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Pzp, w zw. Z art. 167 ust. 1 Pzp związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze zgromadzoną dokumentacją oceniając zastrzeżenie kontrolowanego w odniesieniu do wskazanych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej następczej Prezesa UZP ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania, m. in. Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli właściwie zrekonstruowano i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Na wstępie Izba odniosła się do naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania. Po dokonaniu analizy materiału dowodowego zgromadzonego w toku kontroli Izba w tym zakresie uznała zasadność zastrzeżenia zgłoszonego przez zamawiającego.

Nie jest sporne, że zamawiający w SIWZ zastrzegł możliwość wezwania wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, do dostarczenia na własny koszt do siedziby zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania:

- 1 szt. urządzenia OLT,
- 1 szt. urządzenia ONU,
- 1 szt. urządzenia Stacja Bazowa 5 GHz,
- 1 szt. urządzenia CPE 5 GHz,
- 1 szt. urządzenia system centralnego logowania i raportowania systemu cyfrowych linii radiowych punktów dostępowych 2,4/5 GHz i wykazania spełnienia wymagań określonych w PFU oraz wykazanych w załączniku nr 9 do SIWZ.

Rozstrzygnięcie zasadności zgłoszonego zastrzeżenia wymaga odpowiedzi na pytanie, czy przytoczona powyżej treść SIWZ może być zakwalifikowana jako opis

przedmiotu zamówienia, a jeżeli tak, to czy stanowi naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp ? Na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej, a zatem brak jest możliwości stwierdzenia jakiegokolwiek naruszenia przepisów ustawy Pzp w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu należy odwołać się do tego, czym jest opis przedmiotu zamówienia. W Komentarzu do Prawa zamówień publicznych wydanego staraniem Urzędu Zamówień Publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego wydanie trzecie, stwierdzono: *„Treść przepisu wskazuje na potrzebę rozróżnienia dwóch pojęć: „opis” i „określenie” przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia ma dwojakie znaczenie: po pierwsze pozwala na identyfikację przedmiotu zamówienia, po drugie, spełnia doniosłą funkcję normatywną jako składnik SIWZ. Przez określenie przedmiotu zamówienia należy rozumieć skrótowe zdefiniowanie przedmiotu (skrótowe wskazanie co jest przedmiotem zamówienia).”*

Wobec tego stwierdzić należy, że opis przedmiotu zamówienia to nic innego, jak czynność Zamawiającego, polegająca na ustaleniu tego, co stanowi obszar zainteresowania zamawiającego w ramach danego zamówienia, a następnie sprecyzowaniu podstawowych danych istotnych dla tego, ściśle określonego przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że przywołana powyżej treść specyfikacji nie może być zakwalifikowana jako składnik opisu przedmiotu zamówienia, gdyż nie odnosi się do jego podstawowych atrybutów m. in. tj. parametry i właściwości urządzeń czy też oprogramowania, termin i sposób realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, zacytowaną powyżej treść SIWZ należy zakwalifikować, nie jako opis przedmiotu zamówienia, a jedynie jako wymóg, mający na celu weryfikację zgodności oferowanych przez wykonawców urządzeń i oprogramowania z urządzeniami i oprogramowaniem zamawianym przez zamawiającego. W tym zakresie Izba podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w zgłoszonych zastrzeżeniach.

Izba wskazuje, że potwierdzeniem trafności ww. argumentacji jest również posłużenie się przez zamawiającego w treści postawionego wymogu stwierdzeniem „i wykazania spełnienia wymagań określonych w PFU oraz wykazanych w załączniku nr 9 do SIWZ”. W ocenie Izby, odwołanie się do wymagań określonych w PFU oraz w załączniku nr 9 do siwz wprost wskazuje na cel wezwania zamawiającego, którym było potwierdzenie, że oferowane urządzenia są w pełni zgodne z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz.

Bez znaczenia dla rozpoznawanych zastrzeżeń pozostaje argumentacja, że ww. wymóg został zawarty w siwz, w części odnoszącej się do opisu przedmiotu zamówienia,

ponieważ to nie miejsce zamieszczenia, a określona treści postanowień siwz, determinuje ich charakter i możliwość przyporządkowania do określonej części specyfikacji.

W związku z tym Izba uznała, że ww. postanowienia siwz nie mogą być kwalifikowane jako opis przedmiotu zamówienia, a zatem nie może być mowy o naruszeniu przepisu ustawy Pzp, wskazywanych przez kontrolującego, tj. art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, które odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że za nieprawidłową należy uznać, sytuację w której zamawiający w prowadzonym postępowaniu stawia wymóg dostarczenia „próbki” określonych urządzeń i oprogramowania, ale tylko w odniesieniu do ofert, które zostaną uznane za formalnie i merytorycznie poprawne. Podkreślić należy, że żądanie przedstawienia przez wykonawców „próbki” ma na celu potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w siwz. Tym samym żądanie przedstawienia „próbki” powinno określać termin złożenia jej wraz z ofertą i odnosić się do wszystkich wykonawców składających oferty. Formułowanie wymogu w kształcie przytoczonym powyżej należy uznać za nieprawidłowe.

Zwrócić należy również uwagę na kwestię 3-dniowego termin (od otrzymania wezwania) na dostarczenie ww. urządzeń i oprogramowania do siedziby zamawiającego. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone przez kontrolującego, które zostało oparte o opinię biegłego. Jednakże ponownie podkreślić należy, że powyższe nie może stanowić naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z powodów opisanych powyżej.

W zakresie pozostałych naruszeń opisanych powyżej w pkt 2, 4-5 Izba prezentuje stanowisko takie same jak stanowisko Prezesa Urzędu wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 grudnia 2015 r. oraz w piśmie z dnia 7 stycznia 2016 r. Przedstawioną argumentację Izba uznaje za trafną i zasadną. W związku z tym Izba odstępuje od prezentowania własnej argumentacji, uznając powtarzanie argumentacji uprzednio wskazanej przez Prezesa Urzędu za niecelowe.

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....

.....