

Warszawa, dnia 24.05.2018 r.

KU/48/18/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Wodociągi Białostockie Sp. z o.o. ul. Młynowa 52/1 15 – 404 Białystok
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	„Budowa trzeciego pulsatora na terenie Wydziału Produkcji Wody w Pietraszach.”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	21.11.2017 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2017/S 223 - 464725
Wartość zamówienia:	10 825 663,88 zł (tj. 2 593 035,49 euro)
Środki UE:	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 – 2020
Rodzaj procedury:	zamówienia sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.U. L 296 z 12.11.2015), poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu na formularzu nieobowiązującym w dniu wszczęcia postępowania;
- 2) naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

UZASADNIENIE

1. Naruszenie art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, w dniu 17.11.2017 r. zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na druku stanowiącym załącznik nr II („Ogłoszenie o zamówieniu”) do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 842/2011 z dnia 19.08.2011 r. *ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1564/2005* (Dz.U. L 222 z 27.08.2011). Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 21.11.2017 r. pod numerem 2017/S 223 - 464725.

Zgodnie z art. 11 ust. 7 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w akcie wykonawczym Komisji Europejskiej ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień wydanym na podstawie art. 51 ust. 1, art. 75 ust. 3 i art. 79 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, art. 71 ust. 1, art. 92 ust. 3 i art. 96 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 3a dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, str. 31), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

Aktem wykonawczym ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, w dacie wszczęcia niniejszego postępowania (tj. 21.11.2017 r. – dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego), było Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.U. L 296 z 12.11.2015), zwane dalej „rozporządzeniem wykonawczym nr 2015/1986”, które weszło w życie w dniu 18.04.2016 r. Zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym nr 2015/1986, rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 traci moc ze skutkiem od dnia 18.04.2016 r.

Zamawiający Wodociągi Białostockie Sp. z o.o. jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia jest zobowiązany stosować przepisy Rozdziału 5 (Zamówienia Sektorowe) Działu III (Przepisy szczególne) ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp. Zatem zamawiający zobowiązany był w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania przygotować ogłoszenie zgodnie ze wzorem załącznika nr V („Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienia sektorowe”) do rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986.

Zamawiający publikując ogłoszenie o zamówieniu na formularzu nieobowiązującym w dniu wszczęcia postępowania naruszył art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdziale VIII pkt 8 ppkt 3) lit. b) SIWZ wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem kadrowym i do realizacji zamówienia skierują m.in. Kierownika budowy posiadającego co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego oraz Kierownika robót konstrukcyjno–budowlanych, Kierownika robót sanitarnych, Kierownika robót elektrycznych, posiadających co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego. Ponadto zamawiający w przypisie na str. 8 - 9 SIWZ wskazał, że „Przez doświadczenie zawodowe (w przypadku osób od których wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych, doświadczenie liczone jest w okresie od daty uzyskania stosownych uprawnień do daty składania ofert), zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1065 z późn. zm.), należy rozumieć doświadczenie zawodowe uzyskane w trakcie:

- zatrudnienia,
- wykonywania innej pracy zarobkowej,

lub prowadzenia działalności gospodarczej przez okres co najmniej 6 miesięcy.

Oznacza to, że doświadczenie zawodowe uzyskuje się m.in. poprzez lata pracy zarobkowej w trakcie zatrudnienia, wykonywania innej pracy zarobkowej lub prowadzenia działalności gospodarczej prowadzonej co najmniej 6 miesięcy. Warunek doświadczenia zawodowego zawiera także doświadczenie praktyczne tj. wymóg nabycia, w trakcie tego doświadczenia zawodowego, określonych umiejętności praktycznych do wykonywania pracy przez wykonywanie zadań o określonym stopniu złożoności.”

Pismem z dnia 11.05.2018 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienia, w kontekście dyspozycji art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, dlaczego w ocenie zamawiającego za niewystarczające dla wykazania doświadczenia zawodowego Kierownika budowy, Kierownika robót konstrukcyjno–budowlanych, Kierownika robót sanitarnych, Kierownika robót elektrycznych było doświadczenie zdobyte w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej przez okres krótszy niż 6 miesięcy.

Pismem z 14.05.2018 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień „(...) Zamawiający z jednej strony podał ogólną definicję z artykułu art. 2 ust. 1 pkt 9a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1065 z późn. zm.) oraz uszczegółowił w jaki sposób doświadczenie będzie liczone w przypadku osób od których wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych. Przytoczona definicja ustawowa ma charakter ogólny, stosuje się ją odpowiednio w niniejszym postępowaniu. Natomiast sposób weryfikacji doświadczenia poszczególnych kierowników został sprecyzowany we wspomnianym odnośniku (*2): „Przez doświadczenie zawodowe (w przypadku osób od których wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych, doświadczenie liczone jest w okresie od daty uzyskania stosownych uprawnień do daty składania ofert), (...)”. Niniejsze potwierdza również Załącznik nr 5 do części I SIWZ. Wykonawcy w tabeli w celu potwierdzenia doświadczenia zawodowego poszczególnych osób wpisują między innymi: „zakres wykonywanych czynności” (kolumna 3), „doświadczenie i wykształcenie (doświadczenie wpisać w miesiącach i latach zgodnie z VIII. 8.3) lit. B) SIWZ)” (kolumna 4). Odnośnik jeden z kolumny czwartej, ponownie podaje ogólną definicję doświadczenia zawodowego z ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz jednoznacznie wskazuje w jaki sposób będzie weryfikował doświadczenie poszczególnych kierowników. Rozumienie doświadczenie zawodowe osób posiadających stosowne uprawnienia budowlane i w niniejszym przypadku zostało jednoznacznie określone: „Przez doświadczenie zawodowe (w przypadku osób od których wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych, doświadczenie liczone jest w okresie od daty uzyskania stosownych uprawnień do daty składania ofert) (...)”. Zamawiający w celu jednoznacznego określenia sposobu liczenia doświadczenia

zawodowego osób posiadających uprawnienia budowlane podał wprost i określił od jakich dat doświadczenie jest liczone oraz podkreślił tą część tekstu. Tym samym, zgodnie z zapisami SIWZ (Cz. I IDW) oraz Załącznikiem nr 5 do części I SIWZ, wystarczające dla wykazania nabytego doświadczenia zawodowego osób które posiadają uprawnienia budowlane, jest doświadczenie nabyte od dnia daty uzyskania uprawnień budowlanych do daty składania ofert. Zamawiający określił warunki udziału w sposób precyzyjny, jednoznaczny, proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uwzględniając minimalny poziom zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. (...)".

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego należy wskazać, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zauważyć należy, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest opisywanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób bowiem zamawiający wyznacza pewien zakres decydując o tym, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których droga ta będzie zamknięta.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Określenie warunków w postępowaniu powinno być sformułowane w sposób obiektywny, nienadmierny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. Określenie warunków powinno być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający konstruując warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego kadry kierowniczej uzyskanego m.in. w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej przez okres co najmniej 6 miesięcy, naruszył przepisy ustawy Pzp. Zamawiający żądał, aby osoby proponowane

na stanowiska Kierownika budowy posiadały co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego, natomiast na stanowiska Kierownika robót konstrukcyjno–budowlanych, Kierownika robót sanitarnych, Kierownika robót elektrycznych posiadały co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego. W zakres tego 5 i 3 letniego doświadczenia mogło wchodzić doświadczenie zdobyte w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej, ale tylko w okresie nie krótszym niż 6 miesięcy. Zgodnie z zapisami SIWZ dotyczącymi ww. warunku stwierdzić należy, iż wykonawca posiadający 5 lub 3 letnie doświadczenie, na które składało się doświadczenie nabyte w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej przez okres krótszy niż 6 miesięcy, nie mógł spełniać postawionego przez zamawiającego warunku, mimo że jego doświadczenie całkowite wynosiło 5 lat lub 3 lata i dawało rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, iż o doświadczeniu wykonawcy świadczy okres, rodzaj, wielkość i złożoność zadań składających się na doświadczenie, nie zaś to czy zostało ono nabyte w trakcie zatrudnienia, wykonywania innej pracy zarobkowej lub prowadzenia działalności gospodarczej.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że żądanie od wykonawców wykazania się dysponowaniem osobami proponowanymi na stanowiska Kierownika budowy posiadającego co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego oraz Kierownika robót konstrukcyjno–budowlanych, Kierownika robót sanitarnych, Kierownika robót elektrycznych, posiadających co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, uzyskane w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej przez okres co najmniej 6 miesięcy, jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, gdyż ogranicza dostępność zamówienia dla wykonawców, którzy mogliby wykazać się osobami posiadającym 5 lub 3 letnie doświadczenie, na które składało się doświadczenie nabyte w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej przez okres krótszy niż 6 miesięcy, pomimo iż byłiby oni zdolni do wykonania zamówienia.

Wobec powyższego należy uznać, że dokonując ww. opisu warunku udziału w postępowaniu zamawiający naruszył dyspozycję art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Przedstawione powyżej stanowisko potwierdza uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO/KU 15/18).

Ze względu na fakt, iż w postępowaniu złożono 6 ofert, nie można stwierdzić, że powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.