

Szczecin, dnia 6 listopada 2017 r.

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

pn. „Dostawa, montaż i posadowienie małej infrastruktury turystycznej”

Dz. U. S: 2017/S 142-291732, nr referencyjny 01/2017

NA PODSTAWIE ART. 93 UST.1 PKT 7

Zamawiający: Zespół Parków Krajobrazowych Województwa Zachodniopomorskiego
ul. Teofila Starzyńskiego 3-4, 70-506 Szczecin

Działając na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) (dalej jako Pzp), zawiadamia o unieważnieniu postępowania nr 01/2017 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust.6 Pzp, gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającą z dokonania przez Zamawiającego czynności z naruszeniem art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

Zgodnie z brzmieniem rozdziału I dział 4 pkt. 4.3. ppkt 3 SIWZ (zdolność techniczna lub zawodowa) Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał się należyтым wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej **dwóch dostaw asortymentu wraz z jego montażem w terenie, odpowiadającym swoim charakterem przedmiotowi zamówienia o wartości brutto nie mniejszej niż 500 000,00 zł każda, w tym wykonawca wykaże realizację przynajmniej 1 zlecenia, które polegało na opracowaniu, dostawie i montażu trójjęzycznych tablic informacyjno-edukacyjnych (tj. przedstawiających informacje w j. polskim, j. niemieckim i j. angielskim), w odniesieniu do nauk przyrodniczych i nauk pokrewnych, tj. ornitologii, dendrologii, entomologii, geologii, botaniki itd., a także historii i kultury.**

Zespół Parków Krajobrazowych Województwa Zachodniopomorskiego

ul. Teofila Starzyńskiego 3-4
70-506 Szczecin

tel. (91) 48 17 120
fax.: (91) 48 17 121

sekretariat@zpkwz.pl
www.zpkwz.pl



Na wstępie zaznaczenia wymaga fakt, iż określenie warunków udziału w postępowaniu ma fundamentalne znaczenie dla prowadzonego postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie potwierdzała istotność, a co za tym idzie konieczność jasnego i precyzyjnego określania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający przy ich określaniu winien ograniczyć się do niezbędnych ale minimalnych wymagań gwarantujących osiągnięcie celu tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia¹. Przykładowo w wyroku z dnia 19 maja 2011r. (sygn. akt KIO 978/11) czytamy, że „(...) *ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określonej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganie przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (...)*”. Zamawiający, mając powyższe na względzie, zobowiązany jest w sposób precyzyjny kształtować warunek, tak aby z jego treści wynikało jakie doświadczenie jest wystarczające, i co istotne aby każdy wykonawca odczytywał te wymogi w sposób identyczny. W orzecznictwie wskazuje się, że określenie warunku udziału w postępowaniu poprzez odniesienie się do doświadczenia o zbliżonym charakterze do przedmiotu zamówienia, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przykładowo w wyroku z dnia 19.04.2011r. (sygn. akt KIO 746/11), Izba wskazała, iż „*Formułując opis warunku udziału w postępowaniu zamawiający jest zobowiązany precyzyjnie w jego treści wskazać zakres czy cechy wymaganego doświadczenia, tak aby w oparciu o samą treść warunku możliwe było*

¹ Por. wyrok KIO z 12.11.2013 r., sygn. akt KIO 2516/13





zakwalifikowanie doświadczenia wykonawcy jako odpowiadającego lub nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego. Niedopuszczalne jest opisywanie powyższego przy pomocy nieprecyzyjnych określeń czy odesłań do przedmiotu zamówienia, typu: "odpowiadające", "porównywalne z", "podobne do". Tego typu postanowienia SIWZ właściwie nie nadają się do egzekwowania w trakcie oceny ofert. W takich sytuacjach zawsze będzie rodzić się pytanie, co do znaczenia wyrażenia "zakresowa porównywalność z przedmiotem zamówienia". Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania wskazać należało, iż Zamawiający w nieprawidłowy sposób określił warunek udziału w postępowaniu, albowiem wymagał doświadczenia „**odpowiadającego swoim charakterem przedmiotowi zamówienia**”. Tak skonkretyzowany warunek mógł rodzić problemy interpretacyjne co do rodzaju asortymentu, o który chodziło Zamawiającemu. Oczywiście Wykonawcy, biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia, wiedzieli jakie elementy składają się na infrastrukturę turystyczną do realizacji na podstawie przedmiotowego postępowania, nie mniej jednak brak precyzyjnego określenia wymagań na potrzeby warunku udziału w postępowaniu, uniemożliwia uznanie ww. warunku jako prawidłowego tj. określonego zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp i w konsekwencji nie naruszającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przy tak skonkretyzowanym warunku, trudno ocenić czy wykonawca chcąc potwierdzić warunek udziału w postępowaniu mógł w ramach doświadczenia wykazać się realizacją zamówienia obejmującą każdy element wskazany w OPZ czy tylko niektóre z nich. Zamawiający w tym przypadku powinien doprecyzować jakie doświadczenie musi posiadać wykonawca. Jak wynika z orzecznictwa KIO „*Spełnić bowiem można tylko taki warunek, który został opisany i skonkretyzowany.*”² Odnosząc się w kolejności do dalszej części warunku wskazać należało, iż posłużenie się przez Zamawiającego sformułowaniem „w terenie”, bez bliższego określenia o jaki teren Zamawiającemu chodziło, także mogło mieć wpływ na jego zrozumienie i w konsekwencji ograniczenie kręgu podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Zamawiający określając tak warunek zdolności zawodowej powinien bliżej określić, co rozumie pod pojęciem „w terenie”.

Na marginesie wątpliwości może budzić dodatkowo kwestia określonego warunku w kontekście opisu przedmiotu zamówienia. W ramach warunku Zamawiający weryfikował jedynie dostawy wraz z montażem bliżej nieokreślonego asortymentu, kiedy to przedmiotem zamówienia dodatkowo jest posadowienie małej infrastruktury turystycznej. Wobec powyższego wątpliwym jest czy tak skonkretyzowany warunek jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz czy umożliwia Zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z definicją pochodzącą z internetowego słownika języka polskiego PWN przez „montaż” należy rozumieć „1. «składanie maszyn, aparatów, urządzeń itp. z gotowych części»” zaś przez „posadowienie” „1. «wykonać

² zob. wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r. sygn. akt: 901/17 oraz wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2017 r., sygn. akt 2444/16





fundamenty pod budowlę; też: osadzić coś na mocnym podłożu lub fundamencie". W konsekwencji należy uznać, iż są to dwie odmienne czynności, których zakres się nie pokrywa. Co więcej można wyobrazić sobie sytuację, iż wykonawca może zajmować się dostawą, montażem, a może nie wykonywać i nie mieć doświadczenia w posadowieniu rzeczy. Takie sformułowanie warunku udziału w postępowaniu może stanowić naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp polegające na określeniu warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiając Zamawiającemu *de facto* ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odnosząc się do drugiej części warunku, *a dotyczącego doświadczenia w realizacji przynajmniej 1 zlecenia, które polegało na opracowaniu, dostawie i montażu trójjęzycznych tablic informacyjno-edukacyjnych (tj. przedstawiających informacje w j. polskim, j. niemieckim i j. angielskim), w odniesieniu do nauk przyrodniczych i nauk pokrewnych, tj. ornitologii, dendrologii, entomologii, geologii, botaniki itd., a także historii i kultury*, wskazać należało, że Zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. W tym zakresie warunek wydaje się być zbyt szczegółowy, gdyż ogranicza doświadczenie wykonawcy do tablic informacyjno-edukacyjnych (tj. przedstawiających informacje w j. polskim, j. niemiecki i j. angielskim) w odniesieniu do nauk przyrodniczych i nauk pokrewnych, tj. ornitologii, dendrologii, entomologii, geologii, botaniki itd., a także historii i kultury. Mając na uwadze art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, wystarczającym dla osiągnięcia celu jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, wydaje się być jedynie wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie dostawy, montażu, posadowienia tablic informacyjno-edukacyjnych, bez szczegółowego określania treści tych tablic.

Podsumowując warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj. minimalny poziom zdolności został określony przez Zamawiającego:

- w pierwszej części w sposób zbyt ogólny, niekonkretyzowany, określający przedmiot dostaw nie wskazując jednocześnie jakiego rodzaju „asortymentu” mają dotyczyć dostawy oraz w jakim terenie miały być one wykonane,
- w drugiej części w sposób zbyt szczegółowy, zawężając w sposób nieuzasadniony krąg potencjalnych wykonawców.

Powyższe potwierdza zatem, iż w zakresie warunku zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogłyby stanowić podstawę do unieważnienia umowy, niezależnie od możliwości nałożenia przez Instytucję Zarządzającą korekty za ww. nieprawidłowości.



W dalszej części wskazać należy, iż Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy, gdyż zażądał od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. I tak w zakresie:

- 1) potwierdzenia spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej wymagano złożenia **dokumentacji fotograficznej i graficznej oraz zakresu merytoryczny elementów potwierdzających wykonanie i posadowienie w terenie przez niego niniejszego zlecenia (tj. 2 - 3 fotografii)**. Wykonawca wykaże, poprzez przedstawienie umowy lub dokumentu równoważnego, bez przedstawiania jego wartości oraz projektów gotowych produktów, iż zapewnia fachową opiekę merytoryczną w zakresie tworzenia i opracowywania tekstów w obrębie wiedzy przyrodniczej poprzez współpracę naukową, popartą osiągnięciami zawodowymi w szczególności przy opracowywaniu merytorycznym tablic informacyjno-edukacyjnych. Produkty potwierdzające ten wymóg będą pozbawione błędów, napisane w sposób zrozumiały, zbilansowany i interesujący dla różnych grup wiekowych (rozdział I dział 4 pkt. 4.3 ppkt. 3 SIWZ).

Zakres dokumentów jakich Zamawiający może żądać określa *Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126)*. Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. nie można w celu weryfikacji zdolności podmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane tym rozporządzeniem, w szczególności żądać dokumentacji fotograficznej dotyczącej realizacji zamówień podobnych, czy też umów lub innych dokumentów równoważnych mających potwierdzić fachową opiekę merytoryczną.

- 2) wykazania braku podstaw do wykluczenia **wymagano złożenia przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokumentów wystawionych w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzających odpowiednio, że nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłaty tych należności**.

Zamawiający w Rozdziale I dział 4 pkt 4.1. SIWZ wskazał, iż o udzielenie zamówienia ubiegać się może wykonawca, który nie podlega wykluczeniu z postępowania, w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz w art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp. Skoro więc Zamawiający nie wskazał fakultatywnej przesłanki wykluczenia, tj. art.





24 ust. 5 pkt 8 Pzp nie mógł żądać od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokumentów wystawionych w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzających odpowiednio, że nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłaty tych należności. Należy wskazać, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający formułując wykaz wymaganych dokumentów i oświadczeń w ten sposób, że żąda innych dokumentów od podmiotów zagranicznych, a innych od podmiotów krajowych (np. poprzez żądanie dokumentów na określone okoliczności tylko od podmiotów zagranicznych) narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem swoim postępowaniem różnicuje wymagania w zależności od cech posiadanych przez poszczególnych wykonawców (cechą tą będzie np. miejsce zamieszkania lub siedziby Wykonawcy).

Uregulowanie zawarte w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp ma na celu ograniczenie żądań zamawiającego w zakresie oświadczeń i dokumentów do tych niezbędnych do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Żądanie takie Zamawiający musi wyrazić w określonych granicach. Powyższa teza znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, w tym w szczególności w wyroku z 26.03.2015 r. (KIO 511/15, LEX nr 1678118), w świetle którego „zgodnie z art. 25 ust. 1 PZP każdy żądany dokument Zamawiający jest zobowiązany odnieść do określonego w specyfikacji wymagania, w przeciwnym wypadku naraża się na zarzut żądania dokumentów z przekroczeniem upoważnienia wyznaczonego powołanym przepisem”. Każde żądanie, które wykraczałoby ponad „niezbędność” przeprowadzenia postępowania, należy zatem uznać za nadmierne, co prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności (tak: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

Powyższe stanowisko potwierdza nie tylko orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. uchwała KIO z dnia 18 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 101/14) i uchwała KIO z dnia 26 marca 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 22/14), ale również orzecznictwo sądów administracyjnych np. wyrok WSA w Opolu z dnia 11 marca 2014 r. (sygn. akt II SA/OP 514/13), wyrok WSA w Łodzi z dnia 26 stycznia 2016 r. (sygn. akt II SA/Łd 938/15), wyrok WSA w Łodzi z dnia 3 lutego 2016 r. (III SA/Łd 943/15), wyrok NSA z dnia 25 października 2016 r. sygn. akt II GSK 3069/16, wyrok NSA z dnia 7 czerwca 2016 r. sygn. akt: II GSK 191/15.

Uzupełniając tę argumentację należy również odwołać się do treści rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zgodnie z § 5 pkt od 1 do 10 tegoż rozporządzenia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania zamawiający może żądać wymienionych w nim dokumentów – jest to żądanie skierowane do podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Sytuację podmiotów zagranicznych określa zaś § 7 ust. 1 ww. rozporządzenia. Zgodnie z jego treścią, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, **zamiast dokumentów**, o których mowa w § 5 pkt 1-4 przekłada wyszczególnione w jego treści dokumenty. W rezultacie oczekiwanie przez zamawiającego złożenia odpowiednich dokumentów od podmiotów zagranicznych jest niezbędne w postępowaniu jedynie wtedy, gdy na podstawie § 5 rozporządzenia Zamawiający zażądałby na tożsame okoliczności dokumentów od podmiotów krajowych – w niniejszym stanie faktycznym - byłyby to dokumenty takie jak:

- (1) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- (2) zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- (3) oświadczenie wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716).

Innymi słowy ww. dokumenty pochodzące od podmiotów zagranicznych (jako odpowiedniki dokumentów pochodzących od podmiotów krajowych) stają się niezbędne w postępowaniu w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy PZP dopiero wtedy, gdy pierwotnie zamawiający zażądał ich od wykonawców krajowych. W sytuacji zaś gdy Zamawiający od wykonawców krajowych nie żądał złożenia ww. dokumentów (jak ma to miejsce



w niniejszym postępowaniu) zbędne jest oczekiwanie złożenia ich odpowiedników przez wykonawców zagranicznych. Mając powyższe na względzie Zamawiający naruszył art. 7 ustawy Pzp, oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zażądanie od podmiotów zagranicznych dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Powyższe potwierdza zatem, iż w ww. zakresie Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogłyby stanowić podstawę do unieważnienia umowy, niezależnie od możliwości nałożenia przez Instytucję Zarządzającą korekty za ww. nieprawidłowości.

Kolejno w rozdziale I dział 4 pkt. 4.8. ppkt 2 lit. f) Zamawiający wskazał, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp do przedstawienia zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...). Powyższe także należy uznać jako nieprawidłowość albowiem Wykonawca zobowiązanie podmiotu trzeciego powinien złożyć wraz z ofertą. Stanowisko to potwierdza Urząd Zamówień Publicznych, który w jednej z opinii stwierdził: *„Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, (...), dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego. Czym innym jest natomiast złożenie dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie konkretnego warunku udziału w postępowaniu (np. wykaz usług zrealizowanych przez podmiot trzeci) oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania (np. niekaralność członka zarządu podmiotu trzeciego) co do oceny udostępnionego wykonawcy potencjału podmiotu trzeciego. Dokumenty te będą żądane przez zamawiającego od wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ewentualnie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.”*³. Stąd też Zamawiający winien wymagać złożenia tego dokumentu wraz z ofertą w Rozdziale I dziale 4 pkt. 4.7 SIWZ.

³ link: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow/czy-zobowiazanie-podmiotu-trzeciego-powinno-zostac-zalaczone-do-oferty-lub-wniosku-o-dopuszczenie-do-udzialu-w-postepowaniu,-czy-tez-powinno-zostac-zlozone-w-trybie-procedury-wynikajacej-z-art.-26-ust.-1-i-2-ustawy-pzp>.





Na koniec należy również wskazać, że Zamawiający formułując kryteria oceny ofert nie sprostął wymogowi wskazanemu w art. 91 ust. 2d Pzp, który stanowi, że zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Zamawiający w celu obliczenia punktów w kryterium „termin realizacji zamówienia” sporządził wzór, który nie koresponduje z opisem przyznawania punktów w tym kryterium. We wzorze – kryterium oceny ofert - Zamawiający wskazał, że termin realizacji musi być określony w miesiącach, natomiast w opisie do kryterium Zamawiający posłużył się jedynie sformułowaniem o maksymalnym terminie realizacji zamówienia: do 30 listopada 2018 r. Tak opisane kryterium oceny ofert nasuwa wątpliwości interpretacyjne dla wykonawców i jest dla nich nieczytelny.

Zamawiający dokonując analizy prawidłowości przeprowadzonego postępowania, nie może pominąć kwestii, że zamówienie to jest współfinansowane ze środków UE w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego, pod nazwą „Budowa infrastruktury turystycznej w parkach krajobrazowych województwa zachodniopomorskiego w celu zmniejszenia antropopresji – etap II. Wobec powyższego bez wątpienia ww. postępowanie będzie podlegało ocenie pod kątem prawidłowości udzielonego zamówienia, w tym przez Instytucję Zarządzającą, której zadaniem jest weryfikacja wydatków ponoszonych przez beneficjentów, w tym nakładanie korekt finansowych za wydawanie środków z budżetu UE niezgodnie z zawartą umową o udzielenie pomocy. Procedura nakładania korekt finansowych została określona w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówienia (Dz. U. poz. 200) wraz z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 lutego 2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień. Skala naruszeń opisanych w niniejszym piśmie jest istotna gdyż, Instytucja Zarządzająca mogłaby nałożyć na Zamawiającego zgodnie z taryfikatorem 25% korekty finansowej. Powyższe zatem dodatkowo potwierdza rangę i istotność naruszeń (wad) stwierdzonych w niniejszym postępowaniu, które to na tym etapie postępowania nie mogą zostać poprawione. Dalej, bez wątpienia nieprawidłowości wskazane w niniejszym piśmie, mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w szczególności na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców. Wpływ postanowień SIWZ wydaje się być realny i mający miejsce w niniejszym postępowaniu, gdyż do terminu składania ofert wpłynęła do Zamawiającego tylko jedna oferta.

Nie ma więc najmniejszej wątpliwości, że wskazane nieprawidłowości uzasadniają unieważnienie postępowania na dostawę, montaż i posadowienie małej infrastruktury





turystycznej, ponieważ obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp), zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy), jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze - musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie - wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie - wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. (np. wyrok KIO z dnia 22 lutego 2017 r. sygn. akt 262/17). Bezsprzecznie wyżej opisana sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu.


Jak wskazuje się w doktrynie, unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (...) wywiera skutek ex tunc i znosi wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez zamawiającego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (...). Jeżeli zaistnieje jedna z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1-1b, zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie. Artykuł 93 ust. 1-1b zawiera zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania. Należy je interpretować ściśle. (...). **Co do zasady unieważnienie postępowania musi być konsekwencją wystąpienia okoliczności niezależnych od zamawiającego. Wyjątek stanowi art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz ust. 1a** (Nowicki Józef Edmund, Komentarz do art. 93 ustawy - Prawo zamówień publicznych [w:] Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., opublikowano: LEX, 2015, stan prawny: 2015.09.01, LEX nr 479996).

Przesłanki skutkujące unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały określone w art. 146 Pzp. Stosownie do jego brzmienia, w ust. 1 przewidziano katalog okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie na podstawie ust. 6, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie

umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ust. 4 ustawodawca przewidział, że z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz 6, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego.

W literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie wyraźnie się wskazuje, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 nie odwołuje się jednak wyłącznie do art. 146. Tym samym przesłanki określone w art. 146 ust. 1 nie stanowią wyłącznej podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 (zob. wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2011 r., KIO 34/11, www.uzp.gov.pl). Odniesienie *"niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego"* wyłącznie do przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 prowadziłyby do nieracjonalnego i jednocześnie niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady, która w sposób oczywisty ma wpływ na wynik postępowania, ale niewymienionej w art. 146 ust. 1 Pzp, uniemożliwi zamawiającemu unieważnienie postępowania, nakładając tym samym na niego obowiązek zawarcia umowy. Zamawiający unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp są uprawnieni brać pod uwagę zarówno okoliczności skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, wynikające z art. 146 ust. 1 Pzp, jak i okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającą poza dyspozycje art. 146 ust. 1 pkt 1-6 Pzp.

Powyższe wskazuje zatem jednoznacznie na obowiązek uwzględniania przez Zamawiającego, podczas oceny zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie tylko katalogu okoliczności wskazanych w art. 146 ust. 1 Pzp, ale również, w szczególności, potencjalnego ziszczenia się przesłanek warunkujących czynności Prezesa UZP, o których mowa w art. 146 ust. 6 Pzp a tym samym zapobieżenia zawarciu umów, które podlegałyby unieważnieniu na drodze sądowej (por. również m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013r., sygn. akt KIO 2730/13, LEX nr 1408709). Wada, o której mowa w powołanym przepisie, winna mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku postępowania będzie wskutek wady podlegała unieważnieniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013r., sygn. akt KIO 2730/13, LEX nr 1408709).





Z uwagi na powyższe nie ma najmniejszej wątpliwości, że unieważnienie niniejszego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp jest konieczne i uzasadnione.

DYREKTOR
Zespołu Parków Krajobrazowych
Województwa Zachodniopomorskiego

Dorota Janicka