

Uchwała Nr 222/2011
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie
z dnia 29 grudnia 2011 r.

w sprawie zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych.

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt. 5a w związku z art. 25b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 z późn. zm.) po rozpatrzeniu zastrzeżenia Starosty Opolskiego do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie z dnia 12 października 2011 r. – Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie

u c h w a ł a :

§ 1

Oddala się zastrzeżenie.

§ 2

Wykonanie uchwały zleca się prezesowi Izby.

§ 3

Uchwała wchodzi w życie z dniem jej podjęcia.

U z a s a d n i e n i e

Starosta Opolski pismem z dnia 31 października 2011 r. wniósł zastrzeżenie do wniosków pokontrolnych zawartych w wystąpieniu pokontrolnym prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie z dnia 12 października 2011 r. (pismo znak RIO – II – 601/24/2011) będących następstwem przeprowadzonej w dniach od 24 maja do 13 lipca 2011 r. kompleksowej kontroli gospodarki finansowej powiatu opolskiego.

W wystąpieniu pokontrolnym wskazano na nieprawidłowość polegającą na bezpodstawnym uznaniu, że najkorzystniejsza oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa boisk sportowych w ramach budowy kompleksu „Moje Boisko – Orlik 2012” na działce nr 1107/7 i nr 1107/10 Karczmiska Pierwsze”

podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sytuacji kiedy stwierdzone przez zamawiającego braki miały charakter wyłącznie formalny (niewskazanie adresata oferty i nazwy przedmiotu postępowania, podczas gdy informacje te zawierał formularz oferty, na którym ją złożono, brak ilości stron oferty oraz ich nieponumerowanie, niewskazanie – ustalonego już w specyfikacji i zaakceptowanego przez wykonawcę – terminu wykonania zamówienia, czy też niepodanie formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy). W konsekwencji takiego założenia, zamawiający – mając na uwadze zastrzeżenie zawarte w przepisach art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – nie wezwał wykonawcy do złożenia brakującego oświadczenia potwierdzającego posiadanie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi przez osoby uczestniczące w wykonaniu zamówienia. Zamawiający uznał też, że wykonawca który złożył tę ofertę, nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, mimo że wykonawca dopełnił tego obowiązku wykazując, że polega na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu oraz że będzie dysponował tymi zasobami, przedstawiając pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (zamawiający – jako uzasadnienie wykluczenia wykonawcy – podnosił wymóg rzeczywistego dysponowania udostępnionymi zasobami w czasie realizacji zamówienia i uczestnictwa podmiotu udostępniającego w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca, którego – zdaniem zamawiającego – wykonawca nie spełnił, mimo tego, że podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby został wskazany w swoim zobowiązaniu jako podwykonawca – w rubryce „nazwa podwykonawcy”).

W efekcie – dokonano wyboru oferty droższej o kwotę 74.986,40 zł.

Zalecono m.in., aby z postępowania wykluczać jedynie wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z przepisami art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego dokumenty zawierające błędy – wzywać do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, stosownie do przepisów art. 26 ust. 3 tej ustawy.

Oferty odrzucać wyłącznie w przypadkach wskazanych w przepisach art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy ofertę odrzucać wyłącznie, jeżeli jej treść – a nie forma – nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do przepisów art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów i zobowiązany jest w takiej sytuacji udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Starosta Opolski zarzucił wystąpieniu pokontrolnemu błędną wykładnię:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) polegającą na przyjęciu, iż niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia miała charakter wyłącznie formalny, w związku z czym nie mogła stanowić podstawy do odrzucenia oferty,
- art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) polegającą na przyjęciu, iż podmiot, na którego zasoby powołał się wykonawca spełnił wymóg uczestnictwa podmiotu udostępniającego swoje zasoby jako podwykonawca przy realizacji zamówienia,

a w konsekwencji błędne zastosowanie ww. przepisów.

Starosta Opolski w swoich zastrzeżeniach napisał, że odrzucenie oferty poprzedzone jest badaniem i oceną ofert. „Do zakresu oceny wchodzi badanie zgodności treści oferty z treścią siwz (art. 82 ust. 3), które odnosi się zarówno do formalnej strony oferty, jak i do jej merytorycznej zawartości. Oferta nie odpowiadająca treści siwz to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia siwz”.

Starosta podnosi, że z powodu braku definicji pojęcia oferty w ustawie Prawo zamówień publicznych należy posłużyć się jej definicją podaną w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Zgodnie z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Do istotnych postanowień umowy należy natomiast określenie podmiotu składającego ofertę, przedmiotu zobowiązania oraz ceny.

Starosta Opolski przywołuje wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, które w jego ocenie są podstawą twierdzenia, że „treść oferty musi być tożsama, czyli zgodna z treścią zawartą w siwz”, m.in. wyrok KIO z 6 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP1144/08), w którym wskazano, że: „Zamawiający badając ofertę ma obowiązek stosować się do przepisów Prawa zamówień publicznych i nie może nie reagować na jakiegokolwiek odstępstwa poczynione przez wykonawcę od swoich postanowień postawionych w specyfikacji. Zasadniczą „treść” oferty stanowi oświadczenie woli wykonawcy, że wykona zamówienie”.

Starosta podnosi, że treść oferty, to jej istota „z reguły dotycząca przedmiotu zamówienia, a w przedmiotowym postępowaniu wykonawca nie określił nazwy przedmiotu postępowania i zamówienia. Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, a w szczególności fakt, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca złożył wymagany wykaz wykonanych robót budowlanych według wzoru z innego postępowania, nie można uznać, że brak ten miał tylko i wyłącznie charakter formalny”. Starosta przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 lipca 2011 r. (KIO 1462/11): „skoro zamawiający stwierdził, iż niezgodność treści oferty odwołującego z siwz występują, mają ewidentny charakter i nie budzą jego wątpliwości oraz ich charakter wyklucza możliwość ich poprawienia, to nie musi stosować art. 87 ust. 1 p.z. p. do wyjaśnienia treści oferty przed jej odrzuceniem.”

Powołując się na pismo Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące „warunków dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy Prawo

zamówień publicznych) publikowane przez Lex dla Samorządu Terytorialnego podnosi, że odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, „że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia”. W ocenie Starosty powoływanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten trzeci podmiot będzie brał udział w wykonaniu zamówienia. Nie jest bowiem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Natomiast „ w przedmiotowej sprawie (...), podmiot na którego zasoby powołał się wykonawca zobowiązał się do oddania niezbędnego potencjału do realizacji zamówienia w postaci doświadczenia – referencje, a nie zobowiązał się do udziału w wykonaniu zamówienia”.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie uznało, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Przed dokonaniem oceny oferty, należy zbadać zgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zgodnie z art. 82 ust 3 p.z.p.) w każdym wymiarze, przy czym o ile merytoryczna rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji powinna stanowić przesłankę do jej odrzucenia, o tyle niezgodności dotyczące formalnej strony oferty nie mogą stanowić przesłanek jej odrzucenia. Brak określenia przedmiotu postępowania i zamówienia oraz wykaz wykonanych robót budowlanych według wzoru z innego postępowania były wystarczającym powodem, na który powołuje się starosta w swoich zastrzeżeniach, do odrzucenia oferty (brak ilości stron oferty, ich nieponumerowanie, niewskazanie terminu wykonania zamówienia, który był już ustalony w specyfikacji czy też niepodanie formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy – nie są przedmiotem zastrzeżeń, chociaż były wymienione jako uchybienia w ofercie powodujące jej odrzucenie).

Informacje dotyczące nazwy przedmiotu postępowania i wskazanie zamawiającego zawierał już jednak w nagłówku formularz oferty, na którym ją złożono. Zamawiającemu w żaden sposób nie sprawiło też problemu zakwalifikowanie tej oferty, jako złożonej w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia.

Ustalenia kontroli potwierdzają, że faktycznie - wykonawca złożył wykaz wykonanych robót na druku, który nie odpowiadał ściśle formularzowi będącemu załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków tego zamówienia, przy czym należy podkreślić, że niedochowanie takiego obowiązku (o ile można tu mówić o obowiązku, załączone do specyfikacji wzory formularzy stanowią raczej wskazówkę i ułatwienie dla wykonawców) i złożenie przez wykonawcę wykazu wykonanych robót według innego układu – nie może skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p.

Przepisy § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – dopuszczające możliwość żądania od wykonawców wykazu robót budowlanych w zakresie

niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia – nie określają formularza tego wykazu, w związku z czym, jeżeli chodzi o formę, czy układ zawartych w nim informacji, wykonawcy mają zupełną dowolność w jego sporządzeniu. Jedyne wynikające z tych przepisów wymagania tego wykazu jest to, by wymieniał on roboty wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości oraz określał daty i miejsca ich wykonania. Złożony przez wykonawcę w omawianym postępowaniu wykaz spełniał wszystkie te wymagania.

Treść oferty musi odpowiadać treści siwz, co oznacza, że oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Nie musi natomiast wypełniać wymagań zamawiającego co do formy prezentacji danych, o które chodzi zamawiającemu. Z przepisu wynika więc brak obowiązku stosowania określonych przez zamawiającego formularzy, szczególnego sposobu formatowania oferty czy innych wymagań niezwiązanych z treścią propozycji oczekiwanej przez zamawiającego. Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w siwz co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p. stanowi, że wykonawca może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków i w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Przepis ten nie uprawnia do twierdzenia, że podmiot trzeci, dysponujący wiedzą i doświadczeniem będzie miał obowiązek faktycznie wykonywać całość lub część zamówienia jako podwykonawca. Oddanie wiedzy i doświadczenia może odbywać się zarówno jako faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia poprzez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje czy doradztwo. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku z 9 lipca 2010 r. (KIO/1265/10).

Z tych względów zastrzeżenia Starosty Opolskiego należało oddalić.

Na tę uchwałę nie przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie.

Otrzymuje:

Starosta Opolski