

PAŃSTWA OPOLSKI  
303 Opole Lubelskie  
ul. Lubelska 4  
woj. lubelskie

Opole Lubelskie, 31 października 2011 r.

ORK.1710.3.2011

REGIONALNA IZBA OBRACHUNKOWA  
w Lublinie  
WPLYNEŁO 03-11-2011  
L. dz. 2313/2011  
Podpis: [signature] Zai

Kolegium Regionalnej Izby  
Obrachunkowej w Lublinie  
za pośrednictwem  
Prezesa Regionalnej Izby  
Obrachunkowej w Lublinie  
ul. Karłowicza 4  
20-027 Lublin

*członkowie Kolegium  
w tym: Smarszowska  
+ KK*

*[Signature]*

### Zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego

Na podstawie art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tj. Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 z późn. zm.) zgłaszam zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie z dnia 12 października 2011 r. znak: RIO – II – 601/24/2011 pkt 3.6 dotyczącego postępowania 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”, doręzonego w dniu 18 października 2011 r.

Podstawą zgłoszenia zastrzeżenia jest naruszenie przepisów prawa, tj.

- 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.) poprzez jego błędną wykładnię, 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.) poprzez błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, iż podmiot, na którego zasoby powołał się wykonawca spełnił wymóg uczestnictwa podmiotu udostępniającego swoje zasoby jako podwykonawca przy realizacji zamówienia.

Wskazując na powyższe wnoszę o:

uwzględnienie zastrzeżeń do wymienionego wniosku pokontrolnego i uchylenie go w wystąpieniu pokontrolnym.

## Uzasadnienie

Przepis art. 89 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) określa katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie chociażby jednej z wymienionych w przepisie przesłanek musi skutkować odrzuceniem oferty. Odrzucenie oferty jest elementem czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie 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 nieodpowiadająca treści siwz to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia siwz.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Adresatem normy prawnej wyrażonej w art. 82 ust. 3 ustawy jest wykonawca składający ofertę. To w interesie wykonawcy leży, aby złożona przez niego oferta była pod względem treści zgodna z warunkami określonymi w siwz. W przeciwnym wypadku wykonawca naraża się na negatywne konsekwencje skutkujące obowiązkiem odrzucenia oferty przez zamawiającego. Uznanie wykonawcy jako adresata normy prawnej wyrażonej w art. 82 ust. 3 ustawy potwierdziła – w oparciu o wykładnię systemową powyższego przepisu – Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 246/09). Dodatkowo analizując wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. KIO 788/11 należy zgodzić się ze stanowiskiem, iż „treść oferty jest zobowiązaniem wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego na warunkach określonych w siwz, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z treścią siwz powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c. czyli, jako niezgodność treści oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.”

Sama ustawa prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia oferty, wobec czego na podstawie art. 14 ww. ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Należy wskazać, iż pojęcie „oferta” zostało zdefiniowane w art. 66 § 1 Kodeksu

cywilnego. Zgodnie z jego brzmieniem, ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. **Do istotnych postanowień umowy należy niewątpliwie określenie podmiotu składającego ofertę, przedmiotu zobowiązania oraz ceny.**

Opierając się na wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2011 r. KIO 676/11, należy podkreślić, iż „Treść siwz i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści siwz – jest z nią zgodna”.

W przedmiotowym postępowaniu to na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego ciąży obowiązek należytej staranności w tym zakresie, którego niedochowanie obarczone jest sankcją wynikającą z art. 89 ust.1 ustawy. Oznacza to, że treść oferty musi być tożsama, czyli zgodna z treścią zawartą w siwz. Należy wskazać, iż treść oferty obejmuje w szczególności oświadczenie woli wykonawcy zawarcia umowy o ustalonej przez zamawiającego treści i tym samym wolę realizacji przedmiotu zamówienia (realizację świadczenia) w sposób wskazany przez zamawiającego.

Tak, więc obowiązek odrzucenia oferty materializuje się na etapie badania i oceny przez zamawiającego ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonanie powyższych czynności jest obowiązkiem zamawiającego i brak jest podstaw do ich zaniechania. Kwestia obowiązku zamawiającego oraz szczególnej staranności w jego realizacji była przedmiotem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2008 r. (syg. akt KIO/UZP 1144/08). W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, 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.”

Wyjątkiem od stosowania sankcji odrzucenia oferty za zawarte w jej treści niezgodności z treścią siwz jest obowiązek dopuszczenia do dalszej oceny, w których popełniono omyłki możliwe do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 23 lutego 2007 r. X Ga 23/07, opierając się na celowościowej

wykładni prawa, stwierdził: „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy wyznaczony między innymi treścią cytowanego przepisu. Z mocy przepisu art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (...), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dla oceny postępowania zamawiającego i wykonawców znajduje, zatem zastosowanie także norma art. 5 k.c.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 lipca 2011 r. KIO 1462/11 wskazała, że „Skoro zamawiający stwierdził, iż niezgodności treści oferty odwołującego z siwz występują, mają ewidentny charakter i nie budzą jego wątpliwości oraz ich charakter wyklucza możliwość ich poprawienia, to nie musiał stosować art. 87 ust. 1 p.z.p. do wyjaśniania treści oferty przed jej odrzuceniem.”

Treść oferty to istota oferty, 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.

Tak, więc uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że zamawiający nie nadużył instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu nastąpiło, gdyż niezgodność treści oferty z treścią siwz jest niewątpliwa.

W wystąpieniu pokontrolnym Prezes RIO w Lublinie podniósł ponadto, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie uwzględnił zastrzeżeń wynikających z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie wezwał wykonawcy do złożenia brakującego oświadczenia potwierdzającego posiadanie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi przez osoby uczestniczące w wykonaniu zamówienia, bowiem uznał, że wykonawca, który złożył tę ofertę, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Stosownie do 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.) dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego o udzielenie zamówienia publicznego na

potencjał, doświadczenie i sytuację innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP. Tym samym wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu uzyskania danego zamówienia. Przy czym odwołanie się do zasobów innego podmiotu jest dopuszczalne pod warunkiem, że wykonawca będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Z treści Pisma Urzędu Zamówień Publicznych „Warunki 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)”, brak sygnatury, publikowane w Lex dla Samorządu Terytorialnego, wynika, że odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe wynika z jednoznacznego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p., który stanowi, że nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia.

Odnosząc powyższe ustalenia do zagadnienia dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy skonstatować, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia. Doświadczenie, stanowi bowiem, składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 55<sup>1</sup> i art. 55<sup>2</sup> k.c.) Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia. W art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje się ogólnie na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wskazując na powyższe należy uznać, iż dokumentem potwierdzającym dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego będzie każdy dokument, z którego będzie wynikać zobowiązanie takiego podmiotu do udziału w wykonaniu zamówienia (np. pisemne oświadczenie podmiotu trzeciego, umowa przedwstępna, umowa

generalna o współpracy itd.). Przy czym, należy w tym miejscu wskazać, iż w tym zakresie nie będzie wystarczające samo wskazanie przez wykonawcę podmiotu trzeciego w wykazie podwykonawców, którym powierzy określone części zamówienia. Taki dokument ma bowiem jedynie walor informacyjny dla zamawiającego i w żadnym stopniu nie wynika z niego zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy własnych zasobów.

W przedmiotowej sprawie, w dokumencie „Pisemne zobowiązanie innych podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia”, 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. Samo wskazanie przez wykonawcę w pkt 1 ppkt 8 oferty części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcy nie wyczerpuje przesłanek z art. 26 ust. 2b ustawy, co uwzględniając przytoczone wyjaśnienia Urzędu Zamówień Publicznych posiada tylko walor informacyjny. Stanowisko takie jest zgodne z aktualnym orzecnictwem, a w szczególności z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2011 r. KIO 238/11, teza pierwsza, w którym Izba podkreśla, że „Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b zd. 2 p.z.p. wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów 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 wykonywaniu zamówienia.

Ponadto, zaznaczyć należy, że przy ocenie ofert zamawiający miał na uwadze interes publiczny, który wymagał, aby dane zamówienie zostało wykonane zgodnie z założeniami programu „Moje Boisko „Orlik – 2012”, a tym samym, aby nie utracić dofinansowania z Ministerstwa Sportu i Turystyki oraz Lubelskiego Urzędu Marszałkowskiego.

Biorąc pod uwagę powyższe, wnoszę o uwzględnienie zastrzeżeń do przedmiotowego wniosku pokontrolnego i uchylenie go w wystąpieniu pokontrolnym.

  
STAROSTA  
mgr Zenon Rodzik