

UZP/DKUE/KD/19/2016

### Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

<b>Zamawiający:</b>	Zespół Administracyjny Placówek Oświatowych Gminy Grójec ul. Laskowa 8 05-600 Grójec
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	dostawy
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	Dostawa pomocy dydaktycznych i sprzętu multimedialnego do publicznych szkół podstawowych Gminy Grójec w ramach projektu systemowego POKL 9.1.2 pt. „Czas osiągnąć sukces”
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Wartość zamówienia:</b>	201 248,00 zł (50 066,67 euro)

#### **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

##### **A. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:**

1. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa pakietów pomocy dydaktycznych i sprzętu multimedialnego do 6 publicznych szkół podstawowych z terenu Gminy Grójec, objętych projektem systemowym POKL 9.1.2, pt. Czas osiągnąć sukces współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki. Szczegółowy opis poszczególnych pakietów pomocy

dydaktycznych i sprzętu multimedialnego został zamieszczony w tabelarycznym zestawieniu stanowiącym załączniki nr: 5, 6 do siwz. Zgodnie z pkt 5.2) siwz Zamawiający wskazał, że „Wszystkie nazwy własne urzędów i materiałów użyte w dokumentacji przetargowej są podane przykładowo i określają jedynie minimalne, oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard”. Jednocześnie, zgodnie z pkt 6 siwz Zamawiający zamieścił informację dotyczącą zastosowania produktów równoważnych: „Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych pod warunkiem, że zaproponowane pomoce dydaktyczne będą posiadały parametry nie gorsze niż te, które przedstawiono w tabelarycznym zestawieniu pomocy dydaktycznych, dołączonym do siwz. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego pomoce dydaktyczne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W takim przypadku Wykonawca musi załączyć dane techniczne wykazujące ich parametry oraz odpowiednie obliczenia. Na Wykonawcy leży obowiązek udowodnienia, iż przedstawione w ofercie pomoce dydaktyczne są równoważne w stosunku do przedstawionych w tabelarycznym zestawieniu pomocy dydaktycznych, dołączonym do siwz (...)”.

W terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęła tylko jedna oferta, złożona przez wykonawcę: X.

Z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy użyte przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę X oraz wykonawcę Y lub innych konkretnych produktów innego producenta.

W szczególności zwrócono się z prośbą o udzielenie odpowiedzi m.in. na poniższe pytania:

1. Czy parametry wyszczególnione w siwz w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące pomocy i materiałów dydaktycznych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta?

Jeśli tak, to jakiego i które parametry na to wskazują?;

2. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeśli tak to jakich?;

3. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawcy X oraz Y są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w siwz w opisie przedmiotu zamówienia?

Biegły w sporządzonej opinii, przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania przedstawił poniższe stanowisko:

„Analizie zostało poddanych 156 pomocy dydaktycznych, opisanych w siwz zamawiającego – Gminę Grójec. W tabeli [opracowanej przez biegłego] udzielono odpowiedzi na [nw.] zadane pytania (...):

1. Czy parametry wyszczególnione w siwz w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące pomocy i materiałów dydaktycznych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta?

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 124 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 32 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 0 razy

Jeśli tak, to jakie i które parametry na to wskazują?

W większości przypadków (odpowiedzi twierdzące) opis w siwz Zamawiającego to przedruk ofert firmy X: (...)

Parametry wskazujące na konkretny produkt w opisie, np.:

„QUATRATA - karty zadaniowe. 60 kwadratowych kart zadaniowych (gruba tektura) o wymiarach boku nie mniejszym niż 10 cm, ze wzorami przedstawiającymi układ brył o zróżnicowanym stopniu trudności. 20 różnorodnych, drewnianych kolorowych brył geometrycznych, w tym 11 z niepowtarzalną formą. Bryły składają się z wielokrotności sześcianu o wymiarach boków nie mniejszych niż 2 cm. Wyobraźnia przestrzenna, komunikacja w grupie. Całość zapakowana w duże, drewniane lakierowane pudełko”.

Na podstawie tak szczegółowego opisu trudno jest znaleźć produkt równoważny, czyli taki, który ma takie same parametry techniczne jak w opisie. Na uwagę zasługuje opis opakowania - „drewniane lakierowane pudełko”. W przypadku zabawki czy pomocy edukacyjnej opakowanie nie ma edukacyjnego waloru ani też wpływu na efekty pracy z daną pomocą. W kontekście przedmiotu zamówienia nie ma znaczenia jako element zamawianego produktu.

W pozostałych pomocach edukacyjnych szczegółowy opis utrudniający uczciwą konkurencję obejmuje przede wszystkim: rozmiary zabawki, kolory, materiał z jakiego jest wykonana, a także opakowanie w jakim się znajduje.

2. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeśli tak to jakich?

Odpowiedzi: Nie, nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego udzielono 124 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 32 razy.

3. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawca X oraz Y są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w siwz w opisie przedmiotu zamówienia?

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 23 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 102 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 31 razy.

Na podstawie analizy dokonanej przez rzeczoznawcę stwierdzam, że firma X i Y nie są jedynym dystrybutorem produktów opisanych w siwz. Na rynku jest wiele firm, oferujących te same produkty co firma X, będąc jednocześnie również ich dystrybutorem.

Potencjalnym oferentem produktów zamieszczonych w siwz zamawiającego mogły być firmy: „Nowa Szkoła”, „Moje Bambino”, „Educarium”, „Edufit”, jak również sklepy internetowe: [www.dzieciowoy.pl](http://www.dzieciowoy.pl), [www.empis.pl](http://www.empis.pl), [www.asko.pl](http://www.asko.pl), [www.dydaktyczne.pl](http://www.dydaktyczne.pl), [www.edukielce.pl](http://www.edukielce.pl), [www.bam.bam.rybnik.pl](http://www.bam.bam.rybnik.pl), [www.eduksiegarnia.pl](http://www.eduksiegarnia.pl), [www.pus.pl](http://www.pus.pl), [www.empik.pl](http://www.empik.pl). (...)

Podsumowując biegły wskazał, iż „Jak wynika z przedstawionego materiału Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zamawiający tym samym ograniczył krąg firm i producentów, którzy mogliby zaoferować produkty opisane w siwz”.

Mając na uwadze wyżej przytoczony stan faktyczny należy podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił Zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

W szczególności zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji – m. in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli Zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. Dodać też należy, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłego Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane m.in. przez firmy X i Y. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym 23 produktów, dla których wg biegłego nie ma rozwiązań równoważnych jest dystrybuowanych wyłącznie przez firmy X i Y, co przesądza o tym, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy.

Z przedstawionej powyżej opinii biegłego wynika, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał zatem dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Przy czym opis przedmiotu zamówienia zawierał wymagania co do parametrów technicznych produktów stanowiących pomoce dydaktyczne, których nie można uzasadnić potrzebami Zamawiającego. Jak wskazał biegły: „Zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci w wieku wczesnoszkolnym stanowią bazę wyposażenia niemal każdej szkoły w Polsce. Służą między innymi zdobywaniu różnych umiejętności przez dzieci, a co za tym idzie osiągnięcie sukcesu przez dziecko. Obecnie na rynku dostępnych jest wiele pomocy edukacyjnych, które różnią się przede wszystkim jakością wykonania, ceną oraz walorami estetycznymi. Niemniej jednak porównując produkty różnych producentów i dystrybutorów można stwierdzić, że niemal wszystkie spełniają wymogi służące rozwojowi dziecka. Mając na uwadze rozwój procesów poznawczych u dzieci ważne jest odpowiednie ich stymulowanie, poprzez wykorzystanie różnorodnych pomocy edukacyjnych. Ogromna ich oferta jest dostępna niemal w każdym sklepie stacjonarnym jak również poprzez internet. Istnieje wiele różniących się pod względem formy, parametrów technicznych i właściwości zabawek i pomocy edukacyjnych produkowanych lub dystrybuowanych przez różne firmy. Jedną z firm dystrybuujących zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci jest firma X oraz firma Y. (...) można stwierdzić - porównując ze sobą kilka pomocy edukacyjnych – że nie istnieje jeden model (wzór, rodzaj) pomocy edukacyjnej służącej rozwojowi dziecka. Np. gra edukacyjna „Rybki”, polegająca na „łowieniu” rybek na wędkę może stanowić pomoc wykonaną z różnych materiałów. Liczy się tutaj wartość edukacyjna, czyli osiągnięcie zamierzonego celu, np. sprawności manualnej i koordynacji wzrokowo – ruchowej”.

Z opinii biegłego można zatem wywieść, że nie było potrzeby opisywania konkretnych pomocy dydaktycznych za pomocą ich dokładnych parametrów, ale możliwe było opisanie ich poprzez cel edukacyjny, jakiemu mają służyć. Taki opis umożliwiłby zaoferowanie różnych pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców, zapewniając osiągnięcie celu dydaktycznego.

Tym samym Zamawiający opisując wymagania techniczne tak szczegółowo, że niemożliwe było w stosunku do większości pomocy dydaktycznych zaoferowanie produktów równoważnych, działał zbyt rygorystycznie. Powyższy rygoryzm promował produkty

dystrybuowane przez wykonawców X oraz Y, przy czym – jak wynika z opinii - w 15% zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami, co przesądza o tym, że jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Ponadto, należy nadmienić, iż nie bez znaczenia jest także fakt, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została złożona tylko jedna oferta przez wykonawcę X.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ten sposób, że część produktów mogły oferować wyłącznie firmy X i Y, co oznacza, że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

2. Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji III.4.4) - Dokumenty dotyczące przynależności do tej samej grupy kapitałowej, zażądał w celu potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) albo informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej. Zamawiający nie zawarł powyższej informacji w siwz.

W ofercie przedstawionej przez wykonawcę X, brak tego dokumentu.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Celem weryfikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem zaistnienia powyższej okoliczności, ustawodawca treścią art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, zobowiązał wykonawcę do złożenia wraz z wnioskiem lub ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się.

Obowiązek złożenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, wynika wprost z treści art. 26 ust.2d ustawy Pzp, powstaje z mocy samego prawa (ex lege) i nie jest uzależniony od wcześniejszego opisanego w treści ogłoszenia czy siwz.

Jak wynika natomiast 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.

Wykonawca X wraz z ofertą nie przedłożył stosownego dokumentu, który potwierdzałby spełnianie powyższego wymagania. Jednocześnie, z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy do jego uzupełnienia. W konsekwencji, zaniechanie Zamawiającego, polegające na braku wezwania wykonawcy X w przedmiotowym postępowaniu do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

3. Zgodnie z pkt VIII.2.1. siwz, Zamawiający wskazał, że: „Wadium może być wniesione w jednej formie: a) pieniądzu”. Jednocześnie, zgodnie z pkt VIII.2.2. siwz, Zamawiający zaznaczył, że: „W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem (...)”

Zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z późn. zm.).

Ograniczenie przez Zamawiającego możliwości wniesienia form wadium jakie daje wykonawcom art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, stanowi naruszenia tego przepisu.

4. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu (Sekcja III.3.2 oraz III.4.1) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazali, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy, to w tym okresie, wykonali lub wykonywali co najmniej 3 dostawy pomocy dydaktycznych o wartości 100.000 zł każda. W celu wykazania spełniania powyższego warunku Zamawiający żądał przedłożenia dokumentu określonego w § 1 ust. 1 pkt 3 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), zwanego dalej rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r.

Natomiast zgodnie z siwz, Zamawiający wskazał w pkt II.1.1., że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, wykonawca powinien załączyć do oferty m.in.: „oświadczenie, (referencje), że wykonali lub wykonują w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwie dostawy w obrocie krajowym lub zagranicznym zrealizowanej usługi o wartości nie mniejszej niż 100.000 zł brutto każda”.

Zgodnie z Sekcją III.2) ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, że przewiduje udzielenie zaliczek na poczet wykonania zamówienia. Natomiast zgodnie z pkt 6.8) siwz Zamawiający wskazał, że nie przewiduje udzielenia zaliczek na poczet wykonania przedmiotu zamówienia.

Podobnie, w Sekcji IV.4.17) ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, że nie przewiduje unieważnienia postępowania w przypadku nieprzyznania środków z UE, natomiast w pkt XII.6. siwz Zamawiający taką możliwość już przewidział.

Opisana powyżej niezgodność pomiędzy zapisami siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania aż do jego zakończenia. Stosownie natomiast do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że skoro w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przepis art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp wymaga



zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści tych dokumentów od początku wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, Zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie dokonując zmiany ogłoszenia o zamówieniu, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

5. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja III.4.3) w zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający postanowił, iż wykonawca, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przedkłada dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie – wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej Zamawiający nie żądał przedłożenia aktualnych dokumentów, mających na celu potwierdzenie, że nie orzeczono wobec nich zakazu ubiegania się o zamówienie. Tym samym, wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zostali zobowiązani do złożenia dokumentów nie wymaganych od wykonawców krajowych.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców. Zatem Zamawiający został zobowiązany do zapewnienia, aby wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także podmioty, które mają miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej miały możliwość ubiegania się o zamówienie na takich samych zasadach.

W konsekwencji wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret trzecie rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r.

6. Zgodnie z pkt. II.2.a oraz pkt. II.5. siwz, Zamawiający zażądał od wykonawców dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 4 ust. 3 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),

zwanego dalej rozporządzeniem z dnia 30 grudnia 2009 r., czyli aktu wykonawczego nieaktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Mając na uwadze fakt, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 24.09.2013 r., tj. po dacie wejścia w życie rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r., należy zauważyć, iż w treści § 3 ust. 1 oraz § 4 ust. 3 obecnie obowiązującego rozporządzenia zostały wprowadzone zmiany w stosunku do uchylonego rozporządzenia.

W aktualnym stanie prawnym, zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Tym samym nieprawidłowy był zapis siwz nieprzewidujący możliwości przedstawienia aktualnego odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej oraz przewidujący możliwość złożenia w stosunku do osób fizycznych oświadczenia.

Natomiast w treści § 4 ust. 3 obecnie obowiązującego rozporządzenia zostały wprowadzone zmiany w stosunku do uchylonego rozporządzenia, dotyczące oświadczenia składanego przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wykonawców zagranicznych) przed notariuszem, polegające na rezygnacji z wymogu, by notariusz był notariuszem działającym w obszarze miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powyższa regulacja umożliwia składanie oświadczeń przez podmioty zagraniczne przed polskimi notariuszami, jak również przed notariuszami kraju, w którym aktualnie przebywa wykonawca. Ponadto, zgodnie z treścią § 4 ust. 3 obecnie obowiązującego rozporządzenia w składanym oświadczeniu określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, informacje zawarte w pkt. II.2.a oraz pkt. II.5. siwz stanowią naruszenie § 3 ust. 1 pkt 2) oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r.

7. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja III.4.3) w zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zażądał od wykonawców przedłożenia m.in. dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. Jednocześnie, należy zaznaczyć, że Zamawiający nie zamieścił informacji o konieczności przedstawienia powyższych dokumentów w siwz.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zaniechanie Zamawiającego dokonania czynności wskazania w siwz ww. dokumentów stanowi naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

### **3. Załącznik do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej:**

1. Kopia opinii z dnia 25.01.2016 r.;
2. Kopia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikiem stanowiącym opis przedmiotu zamówienia;
3. Kopia ogłoszenia o zamówieniu.