

UZP/DKUE/KD/6/16

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Łaskarzew ul. Rynek Duży im. Józefa Piłsudskiego 32 08-450 Łaskarzew
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Przedmiot zamówienia:	doposażenie bazy dydaktycznej placówek oświatowych, dla których organem prowadzącym jest Gmina Łaskarzew w ramach realizacji projektu nr POKL.09.01.02-14-264/13 pn. „Indywidualizacja to krok ku rozwojowi” - Program Operacyjny Kapitał Ludzki, Priorytet IX „Rozwój wykształcenia i kompetencji w regionach”, Poddziałanie 9.1.2 „Wyrównywanie szans edukacyjnych uczniów z grup o utrudnionym dostępie do edukacji oraz zmniejszenie różnic w jakości usług edukacyjnych”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	72.657,99 zł, co stanowi równowartość 18.075,93 euro
Środki UE:	Europejski Fundusz Społeczny, Program Operacyjny Kapitał Ludzki 2007-2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa pomocy dydaktycznych i wyposażenia do 4 placówek oświatowych, dla których organem prowadzącym jest Gmina Łaskarzew w ramach realizacji projektu nr POKL.09.01.02-14-264/13 pn. „Indywidualizacja to krok ku rozwojowi.” Przedmiot zamówienia stanowią 2 części: Część nr 1 - Pomoce dydaktyczne oraz Część nr 2 – Wyposażenie. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Części nr 1 zamieszczony został w załączniku do siwz „Wykaz pomocy dydaktycznych”. Pod każdym z produktów został wskazany szczegółowy opis zamawianego produktu.

W ogłoszeniu o zamówieniu (pkt II.1 - ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.08.2013 r. pod nr 336492-2013) oraz w siwz (Instrukcja dla wykonawców pkt IV ppkt 1 - wersja siwz po zmianie z dnia 21.08.2013 r.) zamawiający zamieścił poniższe informacje dotyczące zastosowania materiałów równoważnych: „Zamawiający informuje, iż wskazanie nazw zwyczajowych czy producentów w zamieszczonych wykazach służy wyłącznie określeniu cech technicznych i jakościowych oraz wynika z konieczności wykorzystania środka dydaktycznego o określonych cechach dla osiągnięcia zamierzonych celów Projektu oraz osiągnięcia efektów dydaktyczno-wychowawczych przez uczniów klas I-III szkół podstawowych. Ilekroć w treści SIWZ, użyte są znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, a także normy, Zamawiający dopuszcza rozwiązanie równoważne, pod warunkiem, iż Wykonawca udowodni Zamawiającemu, że oferowany asortyment będzie o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, merytorycznych, cechach użytkowych, jakościowych i funkcjonalnych.”

W trakcie postępowania wpłynęły do zamawiającego wnioski o wyjaśnienie treści siwz w zakresie opisu produktów zawartego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Pytania dotyczyły m.in dopuszczalności zaoferowania innych rozwiązań równoważnych niż opisane w siwz.

W udzielonych wyjaśnieniach zamawiający poinformował wykonawców m.in., że:

- (pismo z dnia 21.08.2013 r.) - „dot. pkt od 1 do 25 Zamawiający dokonuje zmiany Opisu przedmiotu zamówienia poprzez wyrażenie zgody na dopuszczenie produktów równoważnych przy zachowaniu wymagań funkcjonalnych i jakościowych”;

- (pismo z dnia 22.08.2013 r.) - zamawiający dodał do siwz (Instrukcja dla wykonawców pkt XI ppkt 2) informację: „W przypadku zastąpienia danej pozycji z wykazu pomocy dydaktycznych (załącznik do SIWZ) produktem równoważnym należy dołączyć do oferty wykaz zawierający nazwę zaproponowanego produktu i jego charakterystykę oraz numer pozycji i nazwę pomocy dydaktycznej, do której ma być wprowadzony produkt równoważny. Brak powyższych informacji oznacza, że Wykonawca nie oferuje produktów równoważnych, tylko produkty

wskazane w wykazie. W celu udowodnienia równoważności Wykonawca powinien przedstawić dokumenty, w których obowiązany jest wskazać: szczegółowy opis proponowanego produktu równoważnego, ilość elementów i wszystkich części składowych oraz wskazać jego cechy użytkowe, jakościowe i funkcjonalne”.

W terminie składania ofert (tj. 27.08.2013 r.) do zamawiającego wpłynęły dwie oferty złożone na Część nr 1 zamówienia:

- 1) EDU Pracownia YYY - cena brutto oferty: 56.938,56 zł;
- 2) REMI s.c. XXX - cena brutto oferty: 79.979,00 zł.

Wykonawca REMI s.c. XXX przesłał do zamawiającego cztery pisma (z dnia 28.08.2013 r., 2 pisma z dnia 29.08.2013 r. oraz z dnia 30.08.2015 r.) zawierające wniosek o przeanalizowanie produktów równoważnych zaoferowanych przez wykonawcę EDU Pracownia YYY w Części nr 1 zamówienia.

Pismem z dnia 30.08.2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę EDU Pracownia YYY na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w terminie do dnia 03.09.2013 r., dotyczących treści złożonej oferty w 13 pozycjach dotyczących produktów równoważnych oferowanych przez wykonawcę „celem udowodnienia ich zgodności z zapisem w SIWZ: <<oferowany asortyment będzie o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, merytorycznych, cechach użytkowych, jakościowych i funkcjonalnych>>”.

Z dokumentacji postępowania wynika, że ww. wykonawca nie udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Pismem z dnia 04.09.2013 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę REMI s.c. XXX z ceną 79.979,00 zł brutto oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy EDU Pracownia YYY na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści siwz w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. W treści uzasadnienia zamawiający wskazał m.in., iż „wykonawca mimo wezwania ze strony Zamawiającego nie udowodnił, że zaproponowane przez niego produkty równoważne są zgodne z wymogami SIWZ”, wskazując na 13 produktów zamieszczonych w ofercie wykonawcy.

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 szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę REMI

s.c. XXX z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę AMTAS ZZZ z siedzibą w Poznaniu lub innych konkretnych produktów innego producenta.

W szczególności zwrócono się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na 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 REMI s.c. XXX oraz AMTAS ZZZ 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 178 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ zamawiającego – Gminę Łaskarzew. 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: 172 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 6 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 REMI i AMTAS: (...). Szczegółowość opisu produktów jest tak duża, że nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych – chociaż zamawiający ujął w wyjaśnieniach do siwz informację o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych (...)

Parametry wskazujące na konkretny produkt w opisie, np.:

Tangalo:

2 drewniane pudełka (jasne i ciemne), w których mieści się 7 drewnianych klocków o różnym kształcie i wielkości: Zestaw zawiera 30 sztywnych kart z obrazkami. Każda karta posiada wycięty fragment, który dziecko musi wypełnić klockami z pudełka, według oznaczonej ilości przedstawionej na obrazku. Ćwiczy kierunkowość, orientację przestrzenną, analizę i syntezę dobieranie właściwych elementów. Całość zamieszczona w kartonowym pudełku.

To jest opis przedmiotu zamówienia w SIWZ, który jest tożsamy z opisem w ofercie handlowej firmy REMI.

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 172 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 6 razy.

3. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawca REMI s.c. XXX oraz AMTAS ZZZ są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w siwz w opisie przedmiotu zamówienia?

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 26 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 146 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 6 razy.

Na podstawie analizy dokonanej przez rzeczoznawcę stwierdzam, że firma REMI i AMTAS nie są jedynym dystrybutorem produktów opisanych w siwz. Na rynku jest wiele firm, oferujących te same produkty co firma REMI, 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, www.empis.pl, www.asko.pl, www.dydaktyczne.pl, www.edukielce.pl, www.bam.bam.rybnik.pl, www.eduksiegarnia.pl, www.pus.pl, www.empik.pl. (...)

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 Pzp 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 REMI s.c. XXX i AMTAS ZZZ. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym 26 produktów, dla których wg biegłego nie ma rozwiązań równoważnych jest dystrybuowanych wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS, 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 procesowi indywidualizacji w procesie nauczania – uczenia się. 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 procesowi indywidualizacji. 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 REMI oraz firma AMTAS. (...) można stwierdzić - porównując ze sobą kilka pomocy edukacyjnych – że nie istnieje jeden model (wzór, rodzaj)

pomocy edukacyjnej spełniającej kryteria indywidualizacji. 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 REMI s.c. XXX oraz AMTAS ZZZ, 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. Nie bez znaczenia jest także fakt, iż w przedmiotowej sprawie umowa o udzielenie zamówienia publicznego została zawarta z wykonawcą REMI s.c. XXX, a druga ze złożonych ofert (tańsza) została odrzucona z powodu braku wykazania równoważności.

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 REMI i AMTAS, 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 przedmiotowego postępowania, zamawiający w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wymagał przedłożenia m.in.:

a) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłatami podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

b) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłatami składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub

wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

tj. dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 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). Wspólnicy spółki cywilnej pn. Centrum Projekcji Multimedialnych s.c. VVV wraz z ofertą złożoną na Część nr 2 zamówienia przedłożyli celem wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania m.in. nw. dokumenty:

Ad. a) zaświadczenie Urzędu Skarbowego (zaświadczające brak zaległości podatkowych na dzień 25.06.2013 r.);

Ad. b) zaświadczenie ZUS (zaświadczające brak zaległości w opłacaniu składek na dzień 24.06.2013 r.).

- wystawione jedynie dla spółki cywilnej Centrum Projekcji Multimedialnych s.c. VVV.

Z załączonych do oferty odpisów z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wynika, że współnikami ww. spółki cywilnej są panowie VVV.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie wzywał ww. wykonawców na postawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny należy wskazać, iż spółka cywilna nie posiada statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43¹ Kodeksu cywilnego, ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. z 2015 r., poz. 584). Zgodnie z art. 860 Kodeksu cywilnego spółka cywilna jest stosunkiem prawno--zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna nie tworzy odrębnych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zawartą przez jej współników, której żaden przepis Kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej współników (tak też KIO w wyroku z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2658/11, KIO 2662/11). Za przedsiębiorców uważa się natomiast współników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Zatem wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, natomiast podstawą prawną udziału spółki cywilnej w postępowaniu jest art. 23 ustawy Pzp.

W związku z powyższym dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, powinny być przedkładane indywidualnie przez każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, w tym przez każdego współnika spółki cywilnej.

W odniesieniu do składania zaświadczeń z urzędu skarbowego przez występujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia współników spółki cywilnej Krajowa Izba

Odwoławcza w wyroku z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 708/10) stwierdziła, iż „(...) obowiązek podatkowy z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych ciąży na wspólnikach spółki cywilnej, a nie na spółce (...). Natomiast spółka cywilna posiada podmiotowość podatkowoprawną, ale wyraźnie przyznana wyłącznie dla potrzeb stosowania przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług”. Analogicznie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt: KIO 2556/10). Jednocześnie obowiązek podatkowy z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych ciąży na wspólnikach spółki cywilnej, a nie na spółce. W konsekwencji zaświadczenie z właściwego urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków powinno potwierdzać, że z uiszczaniem podatków nie zalega zarówno spółka cywilna, jak i każdy z jej wspólników. Tylko na podstawie tak złożonych zaświadczeń zamawiający może stwierdzić, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie zalegają z uiszczaniem podatków, a tym samym nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Natomiast w odniesieniu do zaświadczenia właściwego oddziału ZUS wskazać należy, że wspólnicy spółki cywilnej na gruncie ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych traktowani są jako osoby prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą. Zgodnie z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy każdy ze wspólników ma obowiązek samodzielnego zgłoszenia do systemu ubezpieczeń społecznych. Wyjaśnić w tym kontekście należy, iż w przypadku osób prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej od 2009 r., tj. od wprowadzenia zmian wywołanych wejściem w życie ustawy z dnia 7 listopada 2008 r. o zmianie ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, płatnikiem składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne jest każdy ze wspólników, opłacając składki na własne ubezpieczenia. Spółka pełni natomiast funkcję płatnika składek tylko za osoby świadczące pracę w tej spółce (np. pracowników i zleceniobiorców).

Reasumując, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wspólnicy spółki cywilnej powinni przedkładać na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia ich z udziału w postępowaniu zaświadczenia wystawione przez odpowiednio: urzędy skarbowe, Zakład Ubezpieczeń Społecznych lub Kasę Rolniczego Ubezpieczenia, dotyczące zarówno wspólników, jak i spółki cywilnej. Zaświadczenia dotyczące spółki cywilnej powinny być przedkładane niezależnie od zaświadczeń składanych przez jej wspólników; w zakresie braku zaległości z tytułu zapłaty podatku VAT, jeżeli spółka jest podatnikiem tego podatku, oraz w zakresie braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne, gdy spółka cywilna jest pracodawcą lub w zakresie niefigurowania w Centralnym Rejestrze Podatkowym, gdy pracodawcą nie jest. Zatem zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami oraz ze składkami odprowadzanymi na ubezpieczenie społeczne wystawione tylko na spółkę cywilną nie

potwierdzają niezalegania z ww. opłatami przez wspólników – wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku powyższym należy wskazać na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Reasumując, zaniechanie wezwania wspólników spółki cywilnej pn. Centrum Projektacji Multimedialnych s.c. VVV na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp wystawionych na ww. wspólników w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

3. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków udziału w postępowaniu zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia m.in.:

a) w ogłoszeniu o zamówieniu - dokumentu określonego w § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), dalej jako: „rozporządzenie”, a w siwz (pkt VII.3) dokumentu - aktualny odpis z właściwego rejestru w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.;

b) dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia;

Natomiast w stosunku do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret pierwsze i trzecie rozporządzenia, tj. dokumentów potwierdzających odpowiednio, że nie otwarto ich likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości oraz, że nie orzeczono wobec nich zakazu ubiegania się o zamówienie.

Porównując katalogi dokumentów, jakich zamawiający żądał od wykonawców krajowych z dokumentami żądanymi od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP należy stwierdzić, iż zamawiający pominął wymóg złożenia przez wykonawców zagranicznych dokumentów określonych zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1) lit. a) tiret drugie rozporządzenia, będących odpowiednikiem żądanych od wykonawców krajowych, dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia. Ponadto zamawiający żądał w ogłoszeniu o zamówieniu od wykonawców zagranicznych przedłożenia dokumentu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1) lit. a) tiret trzecie rozporządzenia, będącego odpowiednikiem składanego przez wykonawców krajowych dokumentu określonego w § 3 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia, którego nie żądał od wykonawców krajowych w przedmiotowym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że zamawiający miał obowiązek żądać jednakowych dokumentów od wykonawców, których siedziba lub miejsce zamieszkania znajduje się na terytorium Polski jak i poza nim, co wynika z dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Żądając od wykonawców zagranicznych dodatkowego dokumentu (odpowiednika dokumentu określonego w § 3 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia) zamawiający dopuścił się w stosunku do nich naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisami rozporządzenia w sprawie wzorów ogłoszeń. Z kolei żądając od wykonawców krajowych dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia (których nie żądał od wykonawców zagranicznych) zamawiający dopuścił się w stosunku do nich naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisami rozporządzenia.

Ponadto w siwz (pkt VII.7.2) zamawiający zamieścił informację: „Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania” – tj. informację

przytoczoną w ślad za uregulowaniem zawartym w § 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), nieobowiązującego już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania. Mając na uwadze fakt, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 sierpnia 2013 r., tj. po dacie wejścia w życie 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), należy zauważyć, iż 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 umożliwi 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, zawarcie przez zamawiającego powyżej przytoczonej informacji w punkcie VII.7.2 siwz stanowi naruszenie § 4 ust. 3 rozporządzenia.

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

3. Załącznik do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej:

Kopia opinii z dnia 20.01.2016 r.