

UZP/DKUE/KD/2/2015

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Nazwa i adres zamawiającego:	Gmina Zakrzówek ul. Żeromskiego 24 23 - 213 Zakrzówek
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Bystrzyca, Zakrzówek Wieś, Sulów (aglomeracja Bystrzyca)
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	8 943 181,62 zł (tj. 2 224 893,42 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających 297 287,22 zł (tj. 73 959,40 euro)
Środki UE:	Regionalny Program Operacyjny Województwa Lubelskiego na lata 2007 - 2013, Oś priorytetowa VI – Środowisko i czysta energia, Działanie 6.1 Ochrona i kształtowanie środowiska

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

1. Przedmiotem zamówienia była budowa sieci kanalizacji sanitarnej z przykanalikami i pompowniami ścieków mająca na celu odprowadzanie ścieków bytowo - gospodarczych

z gospodarstw domowych w miejscowościach Bystrzyca, Zakrzówek, Zakrzówek-Wieś i Sulów do oczyszczalni ścieków położonej w miejscowości Bystrzyca.

Zgodnie z SIWZ, „zamówienie obejmuje budowę kanalizacji ciśnieniowej z pompowniami przydomowymi [w ilości 471 sztuk] wyposażonymi w pompy wyporowe charakteryzujące się niewielką zależnością wydajności od wysokości podnoszenia. Pompy te posiadają rozdrabniacz i silnik jednofazowy o mocy 800 W.” Zamawiający opisał w SIWZ szczegółowe wymagania

w stosunku do ww. pomp, w tym m. in.:

- silnik zastosowany do pomp musi posiadać silnik moc max. 0,8 kW,
- obroty max. 1435 obr/min.,
- mechanizm tnący rozdrabniacza nie może obracać się z prędkością większą niż 1500 obr/min.

W ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ zamawiający określił dopuszczalne zmiany postanowień umowy oraz określił warunki zmian w następujący sposób: „Zamawiający dopuszcza zmianę umowy w przypadku zmiany obowiązującej stawki podatku VAT”. Dodatkowo, w treści SIWZ zamawiający określił sytuacje, w których wykonawca może wnosić o przedłużenie terminu wykonania umowy (np. w przypadku „poleceń wydawanych przez Inspektora Nadzoru mających wpływ na termin wykonania, lecz nie wynikających z uchybień wykonawcy”).

Zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ z dnia 08.08.2012 r. „przepompownie przydomowe muszą spełniać wymogi polskich norm przenoszących normy europejskie PN-EN, w tym wypadku PN-EN 12050-1”. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 13.08.2012 r. „zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania urządzeń równoważnych w odniesieniu do urządzeń przewidzianych w dokumentacji technicznej i przedmiarze robót w oparciu o art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, wykonawca, który zaoferuje rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego poprzez tabelaryczne porównanie danych technicznych urządzenia wymaganego w dokumentacji z urządzeniem równoważnym. Rozwiązanie równoważne musi mieć minimum takie same parametry techniczne jak rozwiązania wykazane w dokumentacji technicznej posiadanej przez Zamawiającego”.

W postępowaniu zostały złożone 2 oferty i zgodnie z pismem Projektanta z dnia 27.08.2012 r. „w obydwu ofertach przyjęto zastosowanie domowych pompowni ścieków produkcji INWAP w Brzegu. Z przedstawionych parametrów pompowni i charakterystyk pomp wyporowych wynika, iż są one równoważne w stosunku do założonych w projekcie

i spełniają wymagania odnośnie wydajności oraz podnoszenia, proponowana konstrukcja obudowy pompowni zapewnia całkowitą szczelność i bieżące usuwanie osadów z dna, które jest odpowiednio wyprofilowane; moc nominalna zastosowanych silników jest zgodna z projektem; pozostałe materiały i urządzenia dotyczące sieci ciśnieniowej i grawitacyjnej są równoważne z proponowanymi w projekcie.”

Za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu została uznana oferta wykonawcy WOD - BUD Sp. z o.o. i dnia 11.09.2012 r. została zawarta umowa nr 272.9.2012 pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą.

W piśmie z dnia 24.01.2013 r., skierowanym do wykonawcy WOD-BUD Sp. z o.o., Inspektor Nadzoru Budowlanego wskazał: „Ponieważ służby techniczne Inwestora po dokładnym rozeznaniu poddają w wątpliwość techniczno - eksploatacyjną przydatność zaproponowanych przez Was w ofercie pompowni przydomowych firmy INWAP, proszę o zatwierdzenie innego, równoważnego z projektem rozwiązania co do przepompowni, uzgodnionego z autorem projektu technicznego”.

W piśmie z dnia 28.01.2013 r. wykonawca WOD-BUD Sp. z o.o. zwrócił się do Projektanta z prośbą o „akceptację naszej propozycji zamiany zaoferowanych przez nas przepompowni przydomowych produkcji INWAP Sp. z o.o. (...) na przepompownie przydomowe produkcji firmy P.P.H. EKO-SYSTEM POLSKA (...) oraz potwierdzenie równoważności zaproponowanych przez nas rozwiązań w odniesieniu do projektu.

W dokumentacji postępowania znajduje się odpowiedź Projektanta z dnia 31.01.2013 r., z której wynika: „(...) stwierdzam, że pompownie te posiadają wymagane parametry hydrauliczne potrzebne dla prawidłowego funkcjonowania systemu kanalizacji ciśnieniowej zaprojektowanej na terenie gminy Zakrzówek. Są one porównywalne do założonych w projekcie, różnią się natomiast mocą silników oraz ilością obrotów, co moim zdaniem nie dyskwalifikuje ich przydatności do wykorzystania w realizowanej inwestycji”. Ponadto, w piśmie z dnia 04.04.2013 r. Projektant stwierdził, że „stosowane w budowie kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej na terenie gminy Zakrzówek pompownie domowe ścieków produkcji firmy EKOSYSTEM wyposażone w pompy produkcji słowackiej PUMPEG posiadają parametry hydrauliczne potrzebne dla prawidłowego funkcjonowania systemu realizowanej kanalizacji, bez konieczności jej przeprojektowania”.

Dnia 18.03.2013 r. wykonawca WOD-BUD sp. z o.o. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o akceptację przepompowni przydomowych typu ESP-0914102/41/E01 produkcji firmy EKO-SYSTEM-POLSKA jako urządzeń równoważnych do rozwiązań zawartych w projekcie.

W piśmie z dnia 20.03.2013 r. skierowanym do zamawiającego, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego stwierdził: „Na podstawie szczegółowej analizy i oceny dokumentów wystawionych przez producentów przydomowych przepompowni ścieków zawierających fekalia, INWAP Sp. z o.o. Brzeg oraz P.P.H. EKO-SYSTEM POLSKA Jasionka uznanych przez projektanta jako równoważne z pompowniami zaprojektowanymi dla potrzeb budowy kanalizacji w gminie Zakrzówek – informuję, że zatwierdzam do realizacji przepompownie produkowane przez firmę P.P.H. EKO-SYSTEM POLSKA typu ESP z pompa 5/4 GST-6-16T, pod warunkiem wyposażenia ich w szybkozłącze elektryczne zasilania i sterowania pompą w pompowniach, gdzie skrzynka sterownicza nie będzie bezpośrednio na pompowni”. Inspektor Nadzoru obszernie uzasadnił swoją decyzję, wykazując zgodność przepompowni ww. firmy z wszystkimi wymaganiami, poddając jednocześnie w wątpliwość Deklarację Zgodności przedstawioną przez firmę INWAP Sp. z o.o. Natomiast w podsumowaniu wskazał: „Ponieważ przydomowe przepompownie ścieków stanowią podstawowy, ważny element systemu kanalizacji ciśnieniowej, dlatego dokonałem wyboru ich producenta ze szczególną starannością z uwzględnieniem wszystkich aspektów gwarancyjnych i użytkowych w interesie przyszłego użytkownika”.

Dnia 21.03.2013 r. wykonawca WOD-BUD Sp. z o.o. przedstawił na wniosek zamawiającego (z dnia 20.03.2013 r.) „tabelaryczne porównanie danych technicznych elementów przepompowni przydomowych typu ESP-0914102/41/EO1 produkcji firmy EKO-SYSTEM POLSKA z pompą 5/4 GST-6 16T jako urządzeń równoważnych do rozwiązań zawartych w projekcie”. Wynika z niego m. in.:

Zapisy SIWZ	Pompownia wskazana przez zamawiającego w projekcie (pompownia E/ONE GP1010 – zam. dopuścił rozw. równoważne)	Pompownia ESP z pompą 5/4 GST-6-16T
Rozdrabniacz: Prędkość obrotowa (<u>max.</u> 1500 obr./min)	1435 obr./min	2810 obr./min
Silnik: Moc (<u>max.</u> 0,8kW)	0,8 kW	1,1 kW

Pismem z dnia 22.04.2013 r. zamawiający poinformował wykonawcę WOD-BUD Sp. z o.o., że wybranym rodzajem przepompowni jest przepompownia typu ESP-0914102/41/G01 z pompą 5/4 GST G-167 produkcji EKO-SYSTEM POLSKA.

Dnia 07.06.2013 r. został zawarty Aneks nr 2 do ww. umowy, zgodnie z którym „pompy podlegające zamontowaniu w przydomowych przepompowniach ścieków wskazane

w ofercie Wykonawcy złożonej w postępowaniu (...) zostaną zamienione na pompy PUMPEG 5/4 GST-6-16T”.

W toku postępowania wyjaśniającego zamawiający wyjaśnił m. in., co następuje:

- pismo z dnia 07.08.2013 r.: „Zawarta umowa o wyżej wymienione zamówienie publiczne jest umową o roboty budowlane, o której mowa w przepisach art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). W związku z czym przedmiotem umowy nie była sprzedaż pomp do przydomowych przepompowni ścieków, ale oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, w tym przypadku kanalizacji sanitarnej. (...). Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a to oznacza, iż każdy potencjalny wykonawca kanalizacji sanitarnej mógł w swojej ofercie przedstawić takie pompy do przydomowych przepompowni ścieków, które nieznacznie w zakresie parametrów różniłyby się od tych, które zostały ujęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże zapewniałyby to, że kanalizacja sanitarna została wybudowana przy zachowaniu parametrów technicznych określonych przez projektanta. (...) zamontowane przydomowe przepompownie ścieków, które zawierają pompy innego producenta niż Skarżący, odpowiadają normie zharmonizowanej PN-EN-12050:1, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie systemów oceny zgodności, wymagań, jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznaczania wyrobów budowlanych oznakowaniem CE (Dz. U. Nr 195, poz. 2011). Przydomowe przepompownie ścieków zawierające pompy Skarżącego, nie odpowiadają powyższym normom. (...).Zmiana umowy nie charakteryzuje się cechami, które są istotnie odmienne od postanowień pierwotnego zamówienia, a także zmiana umowy nie wpływa na potencjalny krąg wykonawców, czyli nie wpływa na konkurencję. (...). Zmiana umowy w omawianym zakresie nie prowadzi do tego, iż mamy do czynienia z innym przedmiotem umowy, niż to jak zostało określone w przedmiocie zamówienia i w pierwotnym przedmiocie umowy. Na skutek zmiany umowy polegającej na zamianie pomp do przydomowych przepompowni ścieków nie następuje zmiana zaprojektowanej kanalizacji sanitarnej, nie ulega zmianie projekt budowlany, w oparciu o który kanalizacja sanitarna jest wykonywana, nie ulegają zmianie parametry techniczne kanalizacji sanitarnej, nie ulega zmianie zakres robót budowlanych koniecznych do wykonania, gdyż ta czy inna pompa jest tylko częścią przydomowych przepompowni ścieków, więc do wykonania pozostaje dalej zamontowanie przydomowych przepompowni ścieków jako jednego z wielu elementów budowy kanalizacji sanitarnej, ponadto na skutek zamiany pomp nie ulega też zmianie wysokość wynagrodzenia, jak również terminy wykonania umowy.”

- pismo z dnia 02.09.2013 r. (sprostowanie z dnia 04.09.2013 r.) – „Dopuszczając w odpowiedziach na zapytania przetargowe możliwość zaoferowania urządzeń równoważnych (nie tylko przepompowni), Zamawiający nie określił zakresu równoważności urządzeń zaprojektowanych w systemie ciśnieniowej kanalizacji. (...). Należy dodać, że istotne dane techniczne to m. in. minimalna wydajność „Q” oraz wysokość podnoszenia „H” urządzenia pompowego, jak również obliczone hydraulicznie przepływy i średnice rurociągów oraz armatura, które to parametry są podstawowymi dla zapewnienia prawidłowego działania zaprojektowanej ciśnieniowej kanalizacji sanitarnej będącej przedmiotem zamówienia publicznego. W tym zakresie nie mają większego znaczenia dane i szczegóły konstrukcyjne pomp, którymi posługuje się i opisuje INWAP, bowiem w większości są one tajemnicą handlową producentów pomp”.

W związku z wątpliwościami co do prawidłowości dokonania przez zamawiającego zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię w powyższej kwestii, w szczególności poprzez odpowiedź na następujące pytania:

1. Czy pompy wskazane w ofercie wykonawcy WOD-BUD Sp. z o.o. (tj. pompy ORKAN 5/4 firmy INWAP Sp. z o.o.) są zgodne (lub równoważne) z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, wyjaśnieniach do treści SIWZ oraz specyfikacjach technicznych?
2. Czy pompy zaakceptowane przez zamawiającego w wyniku zmiany umowy (tj. pompy PUMPEG 5/4 GST-6-16T) są zgodne (lub równoważne) z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, wyjaśnieniach do treści SIWZ oraz specyfikacjach technicznych?
3. Czy zmiana umowy w zakresie rodzaju pomp była zmianą istotną w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, tj. mogła mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem?

Z opinii przedstawionej przez biegłego wynika:

Ad. 1) „Tak, pompy wskazane w ofercie wykonawcy WOD-BUD Sp. z o.o. (tj. pompy ORKAN 5/4 firmy INWAP Sp. z o.o.) są zgodne (lub równoważne) z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, wyjaśnieniach do treści SIWZ oraz specyfikacjach technicznych”.

Ad. 2) „Nie, pompy zaakceptowane przez zamawiającego w wyniku zmiany umowy (tj. pompy PUMPEG 5/4 GST-6-16T) nie są zgodne (lub równoważne) z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, wyjaśnieniach do treści SIWZ oraz specyfikacjach technicznych”.

Ad. 3) „Tak, zmiana umowy w zakresie rodzaju pomp była zmianą istotną w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, tj. mogła mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem”.

W uzasadnieniu technicznym biegły wskazał m. in.: „Dla domów jednorodzinnych dobową ilość ścieków bytowo-gospodarczych wynosi najczęściej 0,5-1,5 m³/d. Ścieki te gromadzone są w szczelnym zbiorniku i pompa tłocząca tłoczy je do zbiorczej grawitacyjnej sieci kanalizacji sanitarnej, a dalej na oczyszczalnię ścieków. Pompa włącza się kilka – kilkanaście razy na dobę i sterowana jest w pracy od włącznika – wyłącznika ustawionego na odpowiedni poziom ścieków w zbiorniku. Jednorazowa ilość pompowanych ścieków wynosi ok. 0,2 m³, a pompa tłocząca powinna mieć taką wydajność by pracowała przez czas kilku minut, a nie kilkanaście sekund. Z tych warunków wynika, by moc silnika pompy nie była zbyt wysoka (w założeniach przetargowych opiniowanego problemu określono jej moc na 0,8 kW). Wysoka moc silnika elektrycznego pompy będzie powodem poboru prądu o większym natężeniu (największe obciążenie jest podczas rozruchu pompy), a wyłączenie się po kilkudziesięciu sekundach pracy będzie niekorzystne wpływało na trwałość całego układu silnik elektryczny – pompa.

Prędkość obrotowa pompy ściekowej winna wynosić ok. 1000 obrotów na minutę. W ofertach proponowanych do zainstalowania:

1. w pompowni E/ONEGP1010 pompa ORKAN 5/4 firmy INWAP Sp. z o.o. ma prędkość obrotową 1435 obrotów na minutę i moc 0,8 kW,
2. w pompowni ESP z pompą PUMPEG 5/4 GST-6-16T ma prędkość obrotową 2810 obrotów na minutę i ma moc 1,1 kW.

Prędkość obrotową pompy napędzaną przez silnik elektryczny o obrotach synchronicznych na poziomie 1500 obrotów na minutę należy traktować jako graniczną wysokość obrotów przy instalowaniu pompy do tłoczenia ścieków sanitarnych. Zbyt wysoka prędkość obrotowa pompy wyposażonej również w rozdrabniarkę skratek będzie powodem wysokiego rozbicia substancji zawartych w ściekach sanitarnych. Ścieki tak rozbełtane będą zawierały zawieszinę trudno-opadającą co zdecydowanie zmniejszy efektywność ich oczyszczania w osadnikach wstępnych oczyszczalni ścieków.

W przesłanych do oceny materiałach przetargowych wymienione są alternatywnie do zastosowania w pompowniach ścieków:

- pompa z układem napowietrzania ścieków,
- pompa bez układu napowietrzania ścieków.

Jak omówiono wcześniej pompa ściekowa włącza się do pracy od poziomu ścieków zgromadzonych w szczelnym zbiorniku. W nocy przerwa w pracy pompy może wynosić

kilkanaście godzin.

Ścieki sanitarne mają tendencję do zagniwania co jest wynikiem braku napowietrzania (dostarczenia tlenu). Ścieki, w których występuje proces gnicia (fermentacja beztlenowa) są w następstwie tych procesów trudniejsze do oczyszczenia w biologicznych oczyszczalniach ścieków pracujących metodą utleniania rozpuszczonych substancji organicznych w systemie osadu czynnego lub złoź zraszanych.

Dodatkowo przy ocenach doboru pomp powinno się uwzględnić możliwość uszkodzenia - pęknięcia rurociągu tłocznego w wyniku uderzenia hydraulicznego przez tłoczone ścieki. Pompa o mocy silnika 1,1 kW i 2810 obr/min., podczas włączenia się do pracy po nocnej przerwie

w okresie zimowym (przy wystąpieniu korka lodowego w rurociągu), może wytworzyć takie ciśnienie, że przy sprężeniu powietrza w rurze tłoczącej nastąpi jej pęknięcie.

Proponowana do alternatywnego zainstalowania pompownia ESP z pompą PUMPEG 5/4 GST-6-16T o mocy 1, 1 kW i obr. 2810 min. zasadniczo narusza warunki ustalone w przetargu na inwestycję zainstalowania pompowni do tłoczenia ścieków sanitarnych z domów jednorodzinnych.”

W uzupełnieniu powyższej opinii biegły potwierdził, że:

- „pompy PUMPEG nie są równoważne do pomp ORKA [biegły informacyjnie wskazał, że prawidłowa nazwa pompy to ORKA, nie zaś ORKAN], zdecydowanie różnią się mocą i obrotami, pompy ORKA charakteryzują się korzystniejszymi parametrami pracy w zastosowaniu do przydomowych oczyszczalni;
- pompy PUMPEG nie są tożsame z pompami ORKA. Ich wydajność oraz podnoszenie są podobne, ale to nie są wszystkie parametry istotne do analizy porównań;
- według posiadanych przez nas materiałów ilość pomp ustalono na 471 sztuk. Przy różnicy mocy (jednej pompy) wynoszącej 0,3 [kW], łączna dla zadania zainstalowana moc pomp spowoduje różnicę mocy wynoszącą 141,3 [kW], co znajdzie oczywiste odbicie w kosztach eksploatacyjnych;
- obroty rzędu 2810 na minutę są wyjątkowo niekorzystne dla pracy w przydomowej oczyszczalni, co dokumentowaliśmy w naszej opinii.

Pompa ORKA uznana została (i słusznie) przez projektantów za technicznie, eksploatacyjnie i ekonomicznie korzystne rozwiązanie. Jeżeli ktoś chciał, z nieznanych nam powodów, zastąpić pompę ORKA inną pompą, to mając na uwadze wielu producentów pomp, należało rozpiścić przetarg na dostawę 471 pomp, spełniających lepiej niż ORKA swoje przeznaczenie i być bardziej ekonomiczne”.

Natomiast w odpowiedzi na ustosunkowanie się do kwestii zgodności przepompowni ścieków z pompami zamontowanymi przed i po zmianie umowy z normą PN-EN 12050 biegły wskazał: „(...) jak wynika z całości postępowania, spór dotyczy pomp, a nie przepompowni, w której może być zainstalowana każda, zgodna z SIWZ pompa. Powyższe pompy jako urządzenia techniczne nie są związane z normą PN-EN 1205-1 [powinno być PN-EN 12050-1 – przyp. kontrolera], ponieważ norma ta nie dotyczy pomp – dotyczy wyłącznie przepompowni jako obiektu budowlanego”.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Kryterium „istotności zmian”, którym posługuje się powyższy przepis, oznacza konieczność zbadania i porównania treści stosunku prawnego (umowy) uwzględniającego proponowane zmiany w stosunku do treści oferty wykonawcy. Jeżeli zatem wprowadzenie proponowanych zmian do umowy spowoduje, iż zobowiązanie wykonawcy będzie odbiegać istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie to wówczas należy uznać, iż takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto, dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny, należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu ww. przepisu będziemy mieli zatem do czynienia m.in. w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone¹. *A contrario*, zmiany nieistotne, w świetle powyższego artykułu powinny być rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik tego postępowania.

Należy jednocześnie podkreślić, że ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym

¹ Na podstawie wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur: „Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłoby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”.

przypadku uwzględniać konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości.

Mając na uwadze powyższe, w szczególności opinię biegłego, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że biegły podważył podstawę wprowadzenia zmiany umowy w zakresie rodzaju pomp wyporowych. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach wskazał bowiem, że „zamontowane przydomowe przepompownie ścieków, które zawierają pompy innego producenta niż Skarżący (tj. firmy INWAP Sp. z o.o.), odpowiadają normie zharmonizowanej PN-EN-12050:1 (...)” Z kolei „przydomowe przepompownie ścieków zawierające pompy Skarżącego, nie odpowiadają powyższym normom”. Natomiast biegły stwierdził, że pompy firmy INWAP Sp. z o.o. są zgodne ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego, natomiast podnoszona przez zamawiającego norma PN-EN 12050:1 dotyczy przepompowni ścieków, nie zaś samych pomp. Opierając się zatem na opinii biegłego należy stwierdzić, że zmiana umowy w zakresie pomp wyporowych nie była uzasadniona okolicznościami wskazanymi przez zamawiającego.

Z opinii biegłego wynika ponadto, że pompy dopuszczone na podstawie zmiany umowy posiadają znacząco odmienne parametry od wymaganych przez zamawiającego pierwotnie w SIWZ w zakresie mocy silnika oraz prędkości obrotowej pompy i w związku z tym nie można uznać je za równoważne. Jednocześnie parametry podniesione przez biegłego są istotne z punktu widzenia prawidłowego funkcjonowania przydomowych przepompowni ścieków. Same zaś przepompownie ścieków, jak wskazał Inspektor Nadzoru Inwestorskiego w piśmie z dnia 12.03.2013 r., stanowią podstawowy, ważny element systemu kanalizacji ciśnieniowej budowanej w gminie. Prowadzi to w konsekwencji do stwierdzenia, że wprowadzenie przedmiotowej zmiany do umowy spowodowało, iż zobowiązanie wykonawcy istotnie odbiegało od zobowiązania zawartego pierwotnie w ofercie. Potwierdza to również opinia biegłego, z której wynika, że jeśli zamawiający chciał dokonać zmiany rodzaju pomp, powinien przeprowadzić nowy przetarg.

Ponadto, gdyby wybrany wykonawca WOD – BUD Sp. z o.o. od początku oferował pompy PUMPEG, posiadające zdaniem biegłego parametry niezgodne z opisanymi w SIWZ, oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym, rodzaj oferowanych pomp miałby wpływ na wynik postępowania, tj. na wybór oferty.

W konsekwencji zmianę umowy w zakresie rodzajów pomp wyporowych należy uznać za zmianę istotną w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, dopuszczalną tylko w przypadku, jeśli została przewidziana i skonkretyzowana w treści ogłoszenia lub SIWZ. Jak wynika jednak ze

stanu faktycznego niniejszej sprawy, zamawiający nie przewidział zmiany umowy w tym zakresie, co oznacza, że jej wprowadzenie stanowi naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

2. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż o udzielenie przedmiotowego zamówienia może ubiegać się wykonawca, który „osiągnął roczny przychód netto ze sprzedaży w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, co najmniej w wysokości 20 000 000 PLN w każdym roku”. Zamawiający poinformował, że „ocena spełnienia warunku dotyczącego średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży nastąpi na podstawie załączonego przez wykonawcę rachunku zysków i strat, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego innych dokumentów określających przychody netto ze sprzedaży – za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres”.

Należy w tym miejscu wskazać, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi 8 943 181,62 zł (tj. 2 224 893,42 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających 297 287,22 zł (tj. 73 959,40 euro).

W toku przedmiotowego postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego z prośbą o zmianę powyższego warunku, wskazując m. in., że „Zamawiający w sposób ewidentny ogranicza konkurencję i nierówno traktuje wykonawców poprzez opisanie warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej. Tak wygórowane warunki nie znajdują żadnego uzasadnienia. (...)” Zamawiający konsekwentnie nie wyrażał zgody na zmianę warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, wykonawca Wielobranżowy Zakład ROLBUD II Sp. j., pismem z dnia 09.08.2012 r., skierował do zamawiającego zawiadomienie o naruszeniu prawa m. in. w zakresie opisanie warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej, na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający nie ustosunkował się do powyższego zawiadomienia.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskazanego we wniosku o kontrolę, zamawiający wyjaśnił m. in., iż „chcąc mieć należyście i terminowo zrealizowaną inwestycję uznał, że do wykonania robót należałoby zapewnić sobie wykonawcę, którego możliwości techniczne i zwłaszcza ekonomiczne zapewniają osiągnięcie tego celu. (...). W celu zagwarantowania wykonawcy o dużym potencjale ekonomicznym, gwarantującym ciągłość zaopatrzenia materiałowego, rytmiczną pracę oraz nie występowanie wykonawcy o zaliczki, postawiony został warunek zdolności kredytowej. (...). Mając zaplanowane inwestycje w Wieloletniej Prognozie Finansowej i Wieloletnim Programie Inwestycyjnym, nie stać byłoby Gminy Zakrzówek na zrealizowanie budowy kanalizacji w wypadku, gdyby doszło do rozwiązania umowy przez wykonawcę

mającego problemy finansowe, czy nawet znacznego przesunięcia jej wykonania w czasie. (...). Gmina Zakrzówek zastosowała przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu również w celu dotrzymania terminu realizacji umowy o dofinansowanie z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego (niewielki margines błędu w wypadku rozwiązania umowy w 2014 r.) – możliwość utraty dofinansowania w związku z końcem okresu finansowania w ramach RPO 2007-2013. Taki warunek w zakresie: sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy, posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej, zdaniem zamawiającego gwarantował pomyślną realizację inwestycji, brak ryzyka finansowego gminy oraz minimalizował ryzyko utraty dofinansowania. (...).”

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego należy wskazać, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zauważyć należy, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest formułowanie opisu warunków udziału w postępowaniu, które wyznaczają krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie danego zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Należy podkreślić, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis warunków proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można zatem dokonywać opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że wymóg dotyczący osiągnięcia przez wykonawców rocznego przychodu netto ze sprzedaży w ostatnich trzech latach obrotowych w wysokości co najmniej 20 000 000,00 PLN w każdym roku obrotowym należy uznać za

nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, którego wartość szacunkowa została ustalona na kwotę 8 943 181,62 zł netto. Zamawiający nie wykazał skutecznie, że tylko wykonawcy posiadający tak duże roczne przychody ze sprzedaży są w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia oraz jednocześnie, że wykonawcy posiadający mniejszą zdolność ekonomiczną w tym zakresie nie dają rękojmi właściwej realizacji przedmiotu zamówienia. Obawy zamawiającego związane z ryzykiem wystąpienia potencjalnych problemów w trakcie realizacji umowy nie mogą uzasadniać formułowania wygórowanych i niezasadnionych wielkością przedmiotu zamówienia warunków udziału w postępowaniu, które ograniczają uczciwą konkurencję i eliminują z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem powyższego jest okoliczność, iż w toku prowadzonego postępowania wykonawcy wnosili o zmianę warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej, uznając go za niezasadniony i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji stwierdzić należy, że zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

3. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, „ocena spełnienia warunku dotyczącego średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży nastąpi na podstawie załączonego przez wykonawcę rachunku zysków i strat a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego innych dokumentów określających przychody netto ze sprzedaży - za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres”. W SIWZ natomiast zamawiający wskazał, iż o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który „osiągnął roczny przychód netto ze sprzedaży w ostatnich latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, co najmniej w wysokości 20 000 000 PLN w każdym roku”.

Ponadto, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu: „ocena spełnienia warunku dotyczącego posiadania środków finansowych nastąpi na podstawie załączonych przez wykonawcę informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, w którym posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych przez wykonawcę środków finansowych lub posiadaną przez wykonawcę zdolność kredytową w wysokości określonej powyżej [sformułowanie pochodzi z treści SIWZ, w której zamawiający „powyżej” skonkretyzował warunki udziału w postępowaniu, natomiast w ogłoszeniu o zamówieniu, w żadnym miejscu, nie została sprecyzowana wysokość wymaganych środków finansowych lub zdolności kredytowej]”. W SIWZ natomiast zamawiający wskazał, iż o zamówienie może

ubiegać się wykonawca, który „posiada środki finansowe w wysokości co najmniej 8 000 000 PLN lub posiada zdolność kredytową w wysokości co najmniej 8 000 000 PLN”.

Ponadto, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu: „ocena spełniania warunku dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia nastąpi na podstawie załączonej przez wykonawcę opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. W SIWZ natomiast zamawiający wskazał, iż o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który „posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 5 000 000 PLN”.

Powyższe wskazuje, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wymienił dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, ale nie wskazał sposobu oceny spełniania tych warunków, który został określony jedynie w SIWZ. Innymi słowy, zamawiający nie wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej.

Stosownie do brzmienia art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, opis sposobu oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tegoż artykułu zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji. Ponadto, zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu zawiera m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Dodatkowo, zgodnie z treścią art. 11 ust. 6 ustawy Pzp, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych określone zostały w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69), obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Zgodnie ze wzorem ogłoszenia o zamówieniu (załącznik nr 1 do ww. rozporządzenia), w Sekcji III.3) ogłoszenia o zamówieniu – „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający określa zawartość treści wskazanej pozycji w odniesieniu do poszczególnych warunków zamówienia. I tak dla Sekcji III.3.5) „Sytuacja ekonomiczna i finansowa” zamawiający zobowiązany jest podać „Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku”.

Tym samym, nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej opisu sposobu

dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej zamawiający naruszył art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 oraz art. 11 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z przepisami rozporządzenia w sprawie wzorów ogłoszeń.

4. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, „ocena spełnienia warunku dotyczącego średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży nastąpi na podstawie załączonego przez wykonawcę rachunku zysków i strat a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego innych dokumentów określających przychody netto za sprzedaży - za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres”.

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku zamawiający żądał przedłożenia „sprawozdania finansowego w całości, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inny dokument określający obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe”.

W treści SIWZ natomiast zamawiający poinformował, że „ocena spełnienia warunku dotyczącego średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży nastąpi na podstawie załączonego przez wykonawcę rachunku zysków i strat, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego innych dokumentów określających przychody netto ze sprzedaży – za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres”.

Należy wskazać, że rachunek zysków i strat jest jedną z części składowych sprawozdania finansowego, w skład którego wchodzi ponadto bilans, zestawienie zmian w kapitale (funduszu) własnym, sprawozdanie z przepływów pieniężnych oraz informacje dodatkowe (wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia). Informacja dotycząca przychodów netto ze sprzedaży, tj. informacja wymagana na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności ekonomicznej, znajduje się w treści rachunku zysków i strat. W związku z tym, pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a treścią SIWZ wystąpiła rozbieżność w zakresie dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej, tj. średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży (w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wymagał całego sprawozdania finansowego, natomiast w SIWZ tylko rachunku zysków i strat).

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 postępowania wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

5. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca musiał wykazać, że wykonał „co najmniej dwa zadania o wartości min. 8,0 mln zł (brutto) każde w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-tłocznej, w ramach których wykonano minimum 350 szt. przydomowych pompowni ścieków dla każdego zadania”.

Jednocześnie w SIWZ wskazano, że „na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż 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”. Ponadto, w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający poinformował, że „wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy” (dokumenty podmiotowe).

Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe „EKOMEL” Sp. z o.o. (lider), Zakład Remontowo - Budowlany „ADMA” (...) (partner), Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich ENERGOPOL – Lublin S.A. (partner), wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, posłużyło się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. firmy E (...).

Jednocześnie, do oferty ww. wykonawcy zostało załączone zobowiązanie, z którego wynika, że firma E (...) zobowiązuje się do udostępnienia konsorcjum firm (...) niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, tj. referencji na: [zadanie...] na okres korzystania z nich przy wykonywaniu inwestycji pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Bystrzyca, Zakrzówek, Zakrzówek Wieś, Sulów (aglomeracja Bystrzyca)”. Ponadto, do oferty zostały załączone dokumenty podmiotowe dotyczące firmy E (...).

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż 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. Zatem zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował udostępnionymi mu przez podmiot trzeci zasobami. Ustawa nie precyzuje za pomocą ilu i jakich dokumentów wykonawca może udowodnić zamawiającemu, że zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował. Zgodnie bowiem z omawianym przepisem „(...) Wykonawca w takiej sytuacji [tj. powołania się na zasoby podmiotu trzeciego] *zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów (...)*”. Ustawodawca nie narzucił również formy oraz treści, jakie powinno mieć owo zobowiązanie. Może ono więc przybrać zarówno formę jednej z umów nazwanych, o których mowa w kodeksie cywilnym, umowy nienazwanej, jak również oświadczenia woli podmiotu trzeciego. Przy czym zawsze, niezależnie od tego, w jaki sposób oraz iloma dokumentami wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, treść ich powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. W sytuacji zaś, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia – a do takich zasobów należy doświadczenie - taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia.

Treść zobowiązania podmiotu trzeciego – E (...) nie precyzuje, czy podmiot ten zobowiązał się do wzięcia udziału w realizacji ww. zamówienia i w jakim charakterze. Tym samym, treść tego oświadczenia nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy

wykonawca, który sam nie posiada wymaganego doświadczenia, będzie na etapie realizacji zamówienia mógł korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w taki sposób i w takim zakresie, który zapewni należyte wykonanie zamówienia. Innymi słowy, do oferty nie zostały dołączone dokumenty potwierdzające, że wykonawca rzeczywiście spełnia ww. warunek. Dowodem potwierdzającym powyższe nie mogą być w szczególności dokumenty podmiotowe, dotyczące firmy E (...).

Jednocześnie, z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że zamawiający nie wzywał konsorcjum reprezentowanego przez Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe „EKOMEL” Sp. z o.o. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego zawierającego informacje wskazane powyżej.

Zgodnie 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.

W konsekwencji, zaniechanie zamawiającego polegające na braku wezwania konsorcjum reprezentowanego przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „EKOMEL” Sp. z o.o. do uzupełnienia zobowiązania zawierającego informację, czy podmiot trzeci (firma E...) będzie brał udział w realizacji zamówienia i w jakim charakterze, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

6. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej zamawiający żądał przedłożenia „sprawozdania finansowego w całości, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inny dokument określający obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe”.

Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe „EKOMEL” Sp. z o.o. (lider), Zakład Remontowo - Budowlany „ADMA” (...) (partner), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych ENERGOPOL – Lublin S.A. (partner) załączyło do oferty rachunki zysków i strat wszystkich ww. członków konsorcjum z lat 2011, 2010 i 2009. Jednocześnie, do oferty nie zostały załączone opinie biegłego rewidenta dotyczące poszczególnych dokumentów finansowych. Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że zamawiający nie wzywał ww. wykonawcy do wyjaśnienia, czy przedłożone dokumenty podlegały badaniu przez biegłego rewidenta i ewentualnie do uzupełnienia brakujących opinii.

Zgodnie natomiast z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, zaniechanie zamawiającego polegające na braku wezwania konsorcjum reprezentowanego przez Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe „EKOMEL” Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów finansowych (rachunków zysków i strat) w zakresie obowiązku badania ich przez biegłego rewidenta, stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.