

UZP/DKUE/KD/5/2015

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

Zamawiający:	Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza – Radeckiego we Wrocławiu ul. Borowska 213 50-556 Wrocław
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	dostawa mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem oraz zaprojektowanie i wykonanie infrastruktury koniecznej do prawidłowego działania systemu
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	154 000,00 zł, tj. 38 312,00 euro.
Środki UE:	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1)

Aneksem z dnia 28.02.2014 r. do umowy nr UE/USK/DZP/PN-24/2013, zamawiający na wniosek wykonawcy BIPROGEO GIS Sp. z o.o., dokonał zmiany umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia przedłużając go z dnia 03.03.2014 r. (upływ 80 dni od podpisania umowy) na dzień 30.04.2014 r. W uzasadnieniu zawarcia niniejszego aneksu

zamawiający podał, iż na etapie realizacji zadania okazało się konieczne wykonanie podłoża pod namiot z materiału nieprzepuszczającego wody skażonej tj. asfaltu lub betonu, zamiast zaproponowanej przez wykonawcę kostki brukowej, co znacznie wydłużyło okres technologiczny niezbędny dla uzyskania właściwych parametrów podłoża. Zamawiający wskazał, iż „Konieczność zmiany technologii utwardzenia podłoża ujawniła się po zaprojektowaniu przez Wykonawcę podłoża zgodnie z postanowieniami PFU, a zatem stanowiła okoliczność niezależną od Wykonawcy, która dotyczyłaby każdego potencjalnego wykonawcy realizującego przedmiotowe zamówienie.”

Ponadto pismem z dnia 18.11.2014 r. zamawiający wskazał, że „zgodnie z Programem funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik do SIWZ, podłoże na którym miał być posadowiony namiot pneumatyczny, miało zostać utwardzone z wykorzystaniem fundamentu żelbetowego lub kostki brukowej (8 cm). Stosownie do powyższych wskazań Wykonawca przygotował projekt utwardzenia terenu z wykorzystaniem kostki brukowej. Przygotowany projekt został przesłany do Zamawiającego celem akceptacji w dniu 16.01.2014r. W dniu 24.01.2014r. zostało zorganizowane spotkanie przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy. Po przeanalizowaniu projektu i dokonaniu wizji lokalnej dotyczącej lokalizacji i ustawienia namiotu, strony ostatecznie uzgodniły, że teren pod namiot należy wykonać z podłoża nieprzepuszczającego wody skażonej tj. asfalt lub beton. Powyższe uzgodnienia doprowadziły do konieczności zmiany projektu, a tym samym wydłużenia cyklu przebudowy nawierzchni. Zamawiający wskazuje, że przy realizacji podłoża betonowego zastosowanie ma inna technologia niż w przypadku kostki brukowej, która wymaga wykonania innego podłoża, izolacji, zbrojenia stalowego. Okres uzyskania wytrzymałości na ścislenie dla betonu wynosi 28 dni. W dniu 27.01.2014 r. Zamawiający zaakceptował przedłożony tego, samego dnia zmieniony projekt w zakresie utwardzenia nawierzchni. Warunkiem wykonania prac budowlanych polegających na utwardzeniu nawierzchni wraz z wykonaniem całej infrastruktury było otrzymanie zaświadczenia z Urzędu Miejskiego Wrocławia o braku sprzeciwu w sprawie zamiaru przystąpienia do wykonania ww. robót. Do wniosku należało załączyć wskazany wyżej projekt. Dopiero po otrzymaniu zgody Urzędu Miejskiego Wrocławia. Wykonawca mógł przystąpić do ww. prac. Urząd Miejski Wrocławia wydał zaświadczenie w dniu 21.02.2014 r. W dniu 24.02.2014 r. Wykonawca wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji umowy do 30.04.2014 r.(...) Wykonawca rozpoczął prace budowlane, po przekazaniu przez Zamawiającego placu budowy, od dnia 28.02.2014 r.”. Ponadto zamawiający wskazał, że „Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie przewidywał, że konieczne okaże się wykonanie podłoża pod namiot z materiału nieprzepuszczającego wody skażonej tj. asfaltu lub betonu, a przez to również nie zakładano konieczności uwzględnienia tak długiego

okresu technologicznego niezbędnego dla uzyskania właściwych parametrów podłoża. Okoliczność ta w sposób obiektywny uniemożliwiała podejmowanie dalszych czynności niezbędnych do zakończenia realizacji zadania do czasu uzyskania właściwych parametrów podłoża. Problem ten dotyczyłby każdego potencjalnego Wykonawcy realizującego przedmiotowe zamówienie, albowiem postanowienia Programu funkcjonalno-użytkowego przewidywały możliwość utwardzenia za pomocą kostki brukowej. Składając ofertę Wykonawca miał zatem podstawy by przyjąć założenie o utwardzeniu podłoża kostką brukową, co miało istotne znaczenie dla właściwej oceny możliwości terminowej realizacji zamówienia. Konieczność zmiany technologii utwardzenia podłoża ujawniła się po zaprojektowaniu przez Wykonawcę podłoża zgodnie z postanowieniami PFU, a zatem stanowiła okoliczność niezależną od Wykonawcy, która dotyczyłaby każdego potencjalnego wykonawcy realizującego przedmiotowe zamówienie. Tym samym zmiana terminu realizacji zamówienia nie miała wpływu na ocenę sytuacji potencjalnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego została zawarta niniejsza”

Zamawiający wskazał ponadto, iż w prowadzonym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp ponieważ „Zmiany i uzgodnienia dotyczące projektu utwardzenia nawierzchni stanowią w ocenie USK okoliczności zewnętrzne, których zaistnienie uzasadniało zmianę umowy polegającą na wydłużeniu terminu jej realizacji. Zmiana umowy przetargowej wprowadzona aneksem z dnia 28.02.2014 r. w przedmiocie wydłużenia terminu realizacji prac objętych umową do dnia 30.04.2014 r. miała charakter zmiany nieistotnej. Konieczność wprowadzenia zmiany wynikała bowiem z okoliczności o charakterze obiektywnym, niezależnych od Wykonawcy, na które napotkałby każdy potencjalny Wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie. Można zakładać, że każdy z potencjalnych wykonawców przy założeniach Programu funkcjonalno-użytkowego w zakresie sposobu wykonania utwardzenia nawierzchni pod namiot pneumatyczny tj. beton, kostka brukowa, dokonałby wyboru kostki brukowej jako optymalnego rozwiązania (kostka brukowa jest bowiem tańsza i mniej czasochłonna).”

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

Po pierwsze, jak wynika z umowy nr UE/USK/DZP/PN-24/2013 pierwotny termin realizacji zamówienia wynoszący 80 dni od dnia zawarcia umowy, tj. od 13.12.2013 r. upływał w dniu 3 marca 2014 roku. Ww. aneksem do umowy nr UE/USK/DZP/PN-24/2013 zamawiający przedłużył go o kolejne 58 dni (co stanowi ponad 70% całego pierwotnego czasu realizacji zamówienia). Powyższa zmiana przedłużająca w sposób istotny termin realizacji świadczenia niewątpliwie mogła mieć wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych zamówieniem. Jednocześnie należy zauważyć, iż zamawiający w umowie nie przewidział możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia.

Po drugie, zwrócić należy uwagę, że PFU autorstwa dr inż. [REDAKTOR] z lipca 2013 r. nie jest kategorię w zakresie wyboru typu podłoża wskazując jednakże na konieczność utwardzenia podłoża i wykonania fundamentu żelbetowego. Wybór konkretnej technologii był zatem po stronie wykonawcy, który w tym zakresie miał przygotować odpowiedni projekt

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 umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”.

zgodny z obowiązującymi przepisami i zapisami PFU. W pkt 1.2.III PFU wskazano jedynie, że „*wykonawca utwardzi teren pod stację dekontaminacji [sposób utwardzenia nie został przesądzony przez autora – dop. wł.] i teren przyległy (np. polbruk) [nie jest jasne co oznacza zapis przykładowy w odniesieniu do terenu przyległego: potoczną nazwę firmy Polbruk, czy technologię wykonania – dop. wł.]*.” Argument zamawiającego, że wykonawca mógł wykonać utwardzenie terenu stosując zamiennie jako rodzaj podłoża kostkę brukową lub fundament żelbetowy, nie wynika z żadnego zapisu PFU.

Po trzecie, nie sposób stwierdzić, że konieczność zgłoszenia inwestycji właściwemu organowi (w tym przypadku prezydentowi miasta) była czynnikiem determinującym konieczność zmiany terminu realizacji świadczenia. Zamawiający określając realny 80-dniowy termin realizacji zamówienia przewidział konieczność zgłoszenia inwestycji niewymagającej pozwolenia budowlanego. W przypadku prawidłowego wyboru technologii utwardzenia podłoża, w sposób dostosowany do specyficznego charakteru inwestycji, aneksowanie umowy nie byłoby konieczne. Nie sposób zatem zgodzić się z konkluzją zamawiającego zawartą w wyjaśnieniach, w której stwierdza, że zmiana terminu zakończenia inwestycji i zmiana technologii była zmianą nieistotną w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż podobne problemy „*napotkałby każdy potencjalny Wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie*”. Takich problemów nie napotkałby wykonawca, który uwzględniając specyfikę inwestycji użyłby innego materiału niż kostka brukowa.

Reasumując, zamawiający dokonał istotnej zmiany umowy poprzez zmianę terminu realizacji inwestycji, a w konsekwencji naruszył art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

2)

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający w pkt. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca zobowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał minimum 1 dostawę systemu/zestawu do dekontaminacji o wartości 95.000 zł brutto.

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 zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dalej jako: „rozporządzenie”.

Jednocześnie w pkt. 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż „*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, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”

Na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania minimum 1 dostawy systemu/zestawu do dekontaminacji o wartości 95.000 zł brutto wykonawca BIPROGEO GIS Sp. z o.o. posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego firmy AWAS - Systemy Sp. z o.o. przedkładając zobowiązanie ww. firmy. Z ww. zobowiązania wynika, iż firma AWAS - Systemy Sp. z o.o. zobowiązuje się do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw, instalacji i wdrożenia mobilnych systemów odkażających wraz z wyposażeniem, wskazując *„W imieniu AWAS - Systemy Sp. z o.o. zobowiązuję się do współpracy przy realizacji zamówienia jako Podwykonawca w zakresie dostawy mobilnego systemu odkażającego wraz z wyposażeniem oraz poprzez udostępnienie wiedzy i dokumentacji, udzielenie konsultacji i szkolenia na podstawie oferty AWAS - Systemy Sp. z o.o. przyjętej przez Wykonawcę lub umowy zawartej przez wykonawcę z AWAS - Systemy Sp. z o.o.”.*

Ponadto w pkt. 6 i 7 formularza oferty wykonawca BIPROGEO GIS Sp. z o.o. wskazał, że dostawę będącą przedmiotem zamówienia wykona przy udziale podwykonawcy - firmy AWAS - Systemy Sp. z o.o.

W dniu 13.12.2013 r. została zawarta umowa nr UE/USK/DZP/PN-24/2013 pomiędzy zamawiającym a BIPROGEO GIS Sp. z o.o.

W § 1 pkt 3 ww. umowy wskazano, że *„Integralną częścią umowy jest SIWZ wraz z załącznikami oraz oferta Wykonawcy”.*

W § 2 pkt 5 ww. umowy zamawiający wskazał:

„Zamawiający dopuszcza zmianę treści niniejszej Umowy w stosunku do treści Oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy w następujących wypadkach:

- 1. zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego w takim zakresie aby w razie wzrostu obciążeń podatkowych nie uległa wzrostowi kwota brutto wynagrodzenia zaś w przypadku obniżenia należności podatkowych aby kwota brutto została zmniejszona o nominalną równowartość umniejszenia należności podatkowych wykonawcy;*
- 2. zmiany nazwy, siedziby stron Umowy, numerów kont bankowych oraz innych danych*

identyfikacyjnych;

- 3. potrzeby zmiany osób upoważnionych do koordynowania realizacji przedmiotu umowy w imieniu stron;*
- 4. potrzeby korygowania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych w treści Umowy;*
- 5. w razie niezależnej od Wykonawcy niemożności dostarczenia sprzętu opisanego w ofercie i konieczności zamiany tego sprzętu na analogiczny z zastrzeżeniem, że będzie to sprzęt o nie gorszych parametrach i nie wyższej cenie w stosunku do oferty;*
- 6. w razie zmian obowiązującego prawa mających wpływ na zasady realizacji umowy w zakresie koniecznym dla dostosowania zasad przyjętych w umowie do obowiązującego prawa.*

2.Zmiana, o której mowa w ust. 1 wymaga formy pisemnej aneksu pod rygorem nieważności.

3.Zmiana Umowy dokonana z naruszeniem zapisów niniejszego paragrafu jest nieważna, chyba że zmiana jest dopuszczona przepisami prawa powszechnego.”

Pismem z dnia 06.11.2014 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o m.in. informację, jaki podmiot oprócz wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, realizuje przedmiot umowy (w zakresie w jakim zgodnie z ofertą przedmiot ten miał realizować podwykonawca AWAS - Systemy Sp. z o.o.).

Pismem z dnia 18.11.2014 r. w wyjaśnieniach skierowanych do Prezesa Urzędu zamawiający wskazał, iż nie posiada wiedzy by przedmiot umowy był zrealizowany, przez innego podwykonawcę niż AWAS - Systemy Sp. z o.o. Wskazał również, że „(...) Wykonawca wystąpił do Zamawiającego o wyrażenie zgody na zmianę umowy z dnia 13.12.2013r., nr UE/USK/DZP/PN-24/2013 na „Dostawę mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem oraz zaprojektowanie i wykonanie infrastruktury koniecznej do prawidłowego działania systemu”, w zakresie zmiany podwykonawcy. Pismem z dnia 03.04.2014r. Zamawiający odmówił wyrażenia zgody na wnioskowaną przez Wykonawcę zmianę (...) Zamawiający nie przewidział możliwości dokonania zmian w zakresie podwykonawstwa, stąd postulowana przez wykonawcę zmiana była niedopuszczalna. Z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, w którego zakres wchodzi zarówno roboty budowlane, jak i dostawy należy zauważyć, iż jedynie w odniesieniu do części zamówienia Wykonawca był obowiązany uzyskać zgodę Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą w trybie art. 647 (1) k.c. Należy przy tym nadmienić, że zarówno w

dacie wszczęcia postępowania, jak i w dacie udzielenia zamówienia przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „ustawą pzp” nie regulowały w sposób szczegółowy kwestii podwykonawstwa. W odniesieniu do dostaw Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę podwykonawcy - wobec braku podstaw prawnych, faktycznie jednak Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji od jakiego podmiotu Wykonawca nabył elementy przedmiotu zamówienia dostarczane w ramach dostawy w zakresie, w jakim podmiot ten nie wykonuje czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego.”

Pismem z dnia 25.11.2014 r. Prezes Urzędu zwrócił się zatem do wykonawcy BIPROGEO Sp. z o.o. z prośbą o:

- informację, jaki podmiot dostarczył sprzęt stanowiący przedmiot niniejszego zamówienia, tj. mobilny system odkażający wraz z niezbędnym wyposażeniem,
- czy firma AWAS - Systemy Sp. z o.o., podwykonawca wskazany w ofercie BIPROGEO Sp. z o.o., wykonywała jakikolwiek zakres prac stanowiący przedmiot niniejszego zamówienia,
- wyjaśnienie, kto poza wykonawcą realizował prace wchodzące w skład przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 03.12.2014 r. wykonawca BIPROGEO SP. z o.o. wyjaśnił, że *„Oferta Wykonawcy została złożona w postępowaniu przetargowym wraz ze wskazaniem Podwykonawcy: Spółką AWAS-Systemy Sp. z o.o., która po wcześniejszych uzgodnieniach i ustaleniach zobowiązała się do realizacji dostawy systemu dekontaminacyjnego, spełniającego warunki określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), co zostało potwierdzone w Ofercie tej Spółki z dnia 02.10.2013 r., podpisaniem Zobowiązania Podmiotu w dniu 02.10.2013 r., załączonego do Oferty BIPROGEO Sp. z o.o. dla Zamawiającego, ze wskazaniem AWAS - Systemy Sp. o.o. jako Podwykonawcy w zakresie dostawy mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem dla Zamawiającego. W odpowiedzi na informację BIPROGEO Sp. z o.o. o wyborze oferty i podpisaniu z Zamawiającym Umowy Nr UE/USK/DZP/PN- 24/2013 w dniu 13.12.2013 r., AWAS-Systemy Sp. z o.o. przesłał w dniu 18.12.2013 r. kopię podpisanej Umowy Podwykonawczej (...) jednakże treść umowy nie była zgodna z wcześniej ustalonymi warunkami cenowymi, co zostało zgłoszone przez Wykonawcę do AWAS - Systemy Sp. o.o.”* Wykonawca wskazał, iż otrzymał informację o unieważnieniu treści wcześniejszej umowy i przedstawieniu nowych warunków współpracy przez A W AS-Systemy Sp. z o.o., które w znaczny sposób różniły się od warunków uzgodnionych przed złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu. *„Ze względu na konieczność wywiązania się Wykonawcy*

z warunków podpisanej Umowy z Zamawiającym, Spółka proponowała kolejne sposoby rozwiązania problemu odmowy AWAS-Systemy Sp. z o.o. podpisania umowy podwykonawczej, w zakresie udzielenia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej, weksła, zaliczki, cesji wierzytelności, a także założenia konta zastępczego-powierniczego. Odmowa przyjęcia propozycji zabezpieczenia płatności wymaganej przez AWAS-Systemy Sp. z o.o. po 18.12.2013r. w postaci gwarancji bankowej, weksła, zaliczki skutkowałą odmową podpisania umowy podwykonawczej przez AWAS-Systemy Sp. z o.o.. W dniu 15.01.2014r. została podpisana Warunkowa Umowa Podwykonawcza, której warunkiem było uzyskanie zgody Zamawiającego na cesję wierzytelności Podwykonawcy. Propozycja cesji wierzytelności nie została zaakceptowana przez Zamawiającego, umowa warunkowa została rozwiązana, a negocjacje prowadzone po jej rozwiązaniu nie doprowadziły do porozumienia oraz zawarcia nowej umowy. Zmusiło to Wykonawcę do poinformowania ww. firmy w dniu 24.02.2014r. o zakończeniu prób ustalania warunków współpracy z AWAS - Systemy Sp. z o.o. i konieczności samodzielnej dostawy mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem, celem zapewnienia realizacji Umowy zawartej z Zamawiającym. Firma AWAS-Systemy Sp. z o.o. nie wykonała żadnego zakresu prac w ramach realizacji ww. postępowania w wyniku braku zawarcia umowy podwykonawczej."

Pismem z dnia 17.02.2015 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego m. in. z prośbą o wyjaśnienie:

- czy zamówienie w zakresie dostawy sprzętu do dekontaminacji oraz w zakresie instalacji tego sprzętu zostało należycie wykonane,
- czy zamawiający w trakcie realizacji zamówienia sprawdzał, czy dostawę sprzętu realizuje wskazany w ofercie podwykonawca.

Pismem z dnia 20.02.2015 r. zamawiający wyjaśnił w szczególności, iż przedmiot zamówienia został wykonany należycie. Ponadto zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia w zakresie dostawy mobilnego systemu odkażającego wraz z wyposażeniem miał zostać wykonany z udziałem podwykonawcy – AWAS -Systemy sp. z o.o., i co prawda wykonawca wystąpił do zamawiającego z prośbą o wyrażenie zgody na zmianę podwykonawcy, lecz zamawiający nie wyraził zgody. „Zamawiający nie miał możliwości weryfikacji, od jakiego podmiotu wykonawca nabył elementy przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie miał bowiem obowiązku zgłoszenia Zamawiającemu podwykonawcy dostaw. Ani uzyskania zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą w tym zakresie”.

Odnosząc się do powyższego, należy wskazać, że przewidziana przez Ustawodawcę możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich, ma na celu umożliwienie ubiegania

się o zamówienie wykonawcom, którzy sami nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, ale mając rzeczywisty dostęp do zasobów współpracujących z nimi podmiotów trzecich, będą w stanie należycie wykonać zamówienie publiczne. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci, pod kątem tego, czy będą wystarczające do należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, który nie posiada np. wymaganego w siwz doświadczenia. Konsekwencją dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny zakresu i sposobu udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, jest następnie faktyczne użyczenie tych zasobów wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca nie posiada wymaganego w siwz doświadczenia, ale przewidział w ofercie korzystanie w tym zakresie z zasobów podmiotu trzeciego, to na etapie realizacji ten podmiot trzeci musi brać udział w realizacji zamówienia w sposób przewidziany w ofercie, np. w charakterze podwykonawcy. Brak udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia oznaczałoby pozorne udostępnienie zasobów na etapie postępowania i wykonywanie zamówienia przez wykonawcę, który nie posiada wymaganego doświadczenia.

Należy ponadto zauważyć, że możliwość zmiany podmiotu trzeciego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia obwarowana jest pewnymi warunkami, tj. winna być przewidziana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie nowy podmiot powinien wykazywać spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie nie mniejszym niż podmiot dotychczasowy. Powyższą kwestię porusza m.in. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08, mające za przedmiot wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Rozstrzygając zagadnienia wskazane we wniosku Trybunał wskazał m.in., iż zmiana podwykonawcy może stanowić istotną zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niniejszy przypadek wystąpi wtedy, gdy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu tylko dzięki podwykonawcy, wówczas zmiana podwykonawcy będzie zmianą istotną. W uzasadnieniu Trybunał wskazał, iż „zmiana treści umowy koncesyjnej na usługi w czasie jej obowiązywania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały wprowadzone w ramach pierwotnej procedury zawarcia umowy, umożliwiłyby dopuszczenie udziału innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona (wyrok TSUE z dnia 13 kwietnia 2010 w sprawie C-91/08 Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt amMain).”

Mając na względzie powyższe, należy zauważyć, że w przedmiotowej sprawie podmiot trzeci wskazany w ofercie nie wykonywał części zamówienia, do wykonania której potrzebne

było jego doświadczenie. Zamówienie w tym zakresie wykonywał wykonawca, który ww. doświadczenia nie posiadał. Tym samym nastąpiła faktyczna zmiana umowy w zakresie podwykonawcy, dzięki któremu wykonawca spełnił warunek, na podmiot (wykonawcę), który tego warunku nie spełniał. W świetle ww. okoliczności wyłączenie z realizacji zamówienia podwykonawcy - podmiotu trzeciego należy traktować jako zmianę istotną również w świetle ww. orzeczenia TSUE.

Jednocześnie stosownie do dyspozycji 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.

Z analizy § 10 umowy nr UE/USK/DZP/PN-24/2013 z dnia 13.12.2014 r. wskazującej na okoliczności umożliwiające zmianę postanowień zawartej umowy, której integralną częścią była oferta wykonawcy - nie wynika, aby zamawiający dopuścił jakąkolwiek zmianę w niniejszym zakresie.

Zaistniała okoliczność polegająca na faktycznej zmianie podmiotu mającego realizować część zamówienia, którego udział jako podwykonawcy przewidziano w umowie (oferta była integralną częścią umowy) na podmiot, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, prowadziła do istotnej zmiany umowy o zamówienie w sposób naruszający treść art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

3)

Jak już wskazano zamawiający żądał od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, aby wykazali się wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, minimum 1 dostawy systemu/zestawu do dekontaminacji o wartości 95.000 zł brutto. (warunek wiedzy i doświadczenia, pkt. 4 siwz).

Pismem z dnia 17.02.2015 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego m. in. z prośbą o wyjaśnienie:

- dlaczego zamawiający wymagał doświadczenia w dostawie systemu/zestawu do dekontaminacji oraz dlaczego posiadanie takiego doświadczenia było niezbędne do należytej realizacji zamówienia,
- czy rzeczywiście posiadanie doświadczenia w dostawie systemu/zestawu do dekontaminacji było niezbędne, jeżeli wykonawca był w stanie je wykonać nie korzystając z doświadczenia podmiotu trzeciego – podwykonawcy.

Pismem z dnia 20.02.2015 r. zamawiający odniósł się w szczególności do kwestii posiadania doświadczenia w dostawie systemu/zestawu do dekontaminacji wskazując, iż opisując warunek w zakresie doświadczenia, miał na uwadze art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto, zdaniem zamawiającego, *„Doświadczenie w dostarczaniu zbliżonych rozwiązań stanowiłogwarancje należytej realizacji zamówienia. Niedookreślenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której świadczeniezostałoby spełnione w sposób nieprofesjonalny, co mogłoby doprowadzić do utraty dofinansowania ze środków Unii Europejskiej.(...) to właśnie doświadczenie w wykonywaniu dostaw systemów do dekontaminacji stanowiło element pozwalający na weryfikację czy wykonawca jest w stanie całość zamówienia w sposób prawidłowy – nie tylko dostarczając sam system, ale również prawidłowo go rozmieszczając i instalując”.*

Zamawiający wskazał również, iż *„Odnosząc się do kwestii celowości dokonania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w przyjęty przez Zamawiającego sposób w kontekście możliwości wykonania zamówienia bez udziału podwykonawcy Zamawiający pragnie zauważyć, że pomiędzy wykazaniem spełniania warunku udziału w postępowaniu (samodzielnie lub korzystając z podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art 26 ust. 2b ustawy Pzp), a powierzeniem realizacji części zamówienia podwykonawcom może, ale nie musi istnieć zależność. (...)Zamawiający dokonując opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia musi zapewnić potencjalnym wykonawcom możliwość wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu na różne sposoby przewidziane przepisami ustawy Pzp. Wykonawca może zatem wykazać spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w oparciu o doświadczenie własne lub korzystając z zasobów podmiotu trzeciego, przy czym nie wolno mu ingerować w to, czy podmiot ten będzie podwykonawcą czy też nie. Zamawiający obowiązany jedynie zweryfikować: na etapie oceny ofert czy wykonawca wykazał, że udostępnienie zasobów ma charakter realny , co w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego nastąpiło ponieważ podmiot udostępniający wykonawcy zasoby został wskazany jako podwykonawca.(...) Pomędzy opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a faktycznym wykonaniem zamówienia z udziałem lub bez udziału podwykonawcy nie istnieje związek. Potencjalnie bowiem - na etapie przygotowywania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku - występowała możliwość, że wykonawca zrealizuje zamówienie prawidłowo siłami własnymi, bazując na własnym doświadczeniu, siłami podwykonawcy, bazując na jego doświadczeniu, a także siłami podwykonawcy, bazując na doświadczeniu własnym. Nie można zatem dokonywać oceny prawidłowości w zakresie*

opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez pryzmat decyzji jakie podjął wykonawca w granicach przysługujących mu uprawnień, na które zamawiający nie miał, a co więcej, nie mógł mieć wpływu, gdyż stanowiłoby to ograniczenie uczciwej konkurencji.”

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Pojęcie „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W celu realizacji zasad wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest dokonać opisu sposobu spełniania warunków na tyle precyzyjnie, aby wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu wiedzieli, jakie warunki muszą spełnić, aby móc złożyć ważną ofertę, zaś sam zamawiający – był w stanie dokonać obiektywnej, rzetelnej i przejrzystej oceny spełniania przez nich warunków. Zasady kwalifikacji wykonawców muszą być oparte na jednoznacznych, obiektywnych i nie budzących wątpliwości przesłankach. Wątpliwości powstałe na tle siwz nie mogą także rodzić negatywnych skutków dla wykonawców poprzez ich wykluczanie za niespełnienie warunków, które nie były jednoznacznie opisane w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz.

Należy ponadto zwrócić uwagę na cel opisywania warunków udziału w postępowaniu. Celem tym jest wybór wykonawcy, który wykona należycie zamówienie. Tym samym warunki powinny być opisane w sposób uwzględniający te czynniki (np. rodzaj, zakres, poziom skomplikowania wykonywanych dotychczas robót, dostaw czy usług, wysokość środków finansowych, rodzaj i ilość sprzętu), które rzeczywiście są niezbędne do tego, aby wykonawca był w stanie należycie zrealizować zamówienie.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że wymóg dotyczący wykonania, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, 1 dostawy systemu/zestawu do dekontaminacji o wartości 95.000 zł brutto jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, gdyż nie był niezbędny do realizacji celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. Po pierwsze, zamówienie wykonał wykonawca nie posiadający doświadczenia (tj. nie spełniający osobiście tego warunku, a polegający w tym zakresie na doświadczeniu

podmiotu trzeciego, który nie wziął udziału w realizacji zamówienia), co dowodzi, że tak rozumiane doświadczenie nie było niezbędne dla celu zapewnienia należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Po drugie, warunek dotyczył doświadczenia tylko w wykonywaniu dostawy, nie wskazywał natomiast na wymóg doświadczenia w rozmieszczeniu i instalacji, a tym samym nie zapewniał wyboru wykonawcy, który będzie w stanie wykonać tę część zamówienia, która pod względem złożoności była istotniejsza. Świadczą o tym także wyjaśnienia zamawiającego z dnia 18.11.2014 r., w których wskazuje, że głównym elementem zamówienia była dostawa sprzętu, ale jego element kluczowy stanowiły roboty budowlane. Po trzecie, z okoliczności sprawy wynika, że właśnie ta część zamówienia sprawiła trudność wykonawcy, który zamierzał wykonać utwardzenie terenu z wykorzystaniem kostki brukowej, tj. użyć materiału przepuszczającego szkodliwe substancje, co świadczy o tym, że opisanie warunku w kształcie takim, jak został opisany, nie zapewniało należytej realizacji zamówienia.

Wobec powyższego należy uznać, że dokonując ww. opisu sposobu dokonywania oceny warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

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.