

Warszawa, dnia . .2016 r.

UZP/DKD/KND/35/15

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

Zamawiający:	Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu ul. Mochnackiego 10 02 – 042 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	usługa
Przedmiot zamówienia:	zagospodarowanie terenu zadrzewionego na park leśny na terenie Światowego Centrum Badania i Leczenia Częściowej Głuchoty w Kajetanach
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	750 000,00 zł (186 5858,73 euro)
Środki UE:	nie

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. Zamawiający, Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu z siedzibą w Warszawie, dalej zwany „Zamawiającym”, reprezentowany przez Dyrektora Instytutu oraz Głównego Księgowego, zawarł w dniu 17 maja 2012 r. z Wykonawcą,, prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą, dalej także jako „Wykonawca ..”, aneks nr 1 do umowy z dnia 27 kwietnia 2012 r. (nr 65A/IFPS/2012), dalej zwaną „Umową”, w drodze, którego dokonano zmiany treści następujących zapisów:

a) § 3 ust. 1 i 2 Umowy:

- 1. Zapłata Ceny wskazanej w § 2 ust. 1 nastąpi na podstawie prawidłowo wystawionych faktur VAT częściowych i końcowej, w terminie 30 dni od daty doręczenia Zamawiającemu każdej z faktur przez Wykonawcę, na konto wskazane na fakturze. Wykonawca wystawi poszczególne faktury częściowe zgodnie z harmonogramem czynności, stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy.*
- 2. Podstawą wystawienia końcowej faktury VAT będzie Protokół Odbioru bez zastrzeżeń (wzór Protokołu Odbioru stanowi załącznik nr 2 do umowy), podpisany przez obie strony umowy. W przypadku zastrzeżeń (stwierdzenia niekompletności przedmiotu umowy lub wad fizycznych), strony uzgodnią i wpiszą w Protokole datę ponownego odbioru tak aby Protokół Odbioru nie zawiera zastrzeżeń.*

Poprzednie brzmienie zapisu w Umowie:

- 1. Zapłata Ceny wskazanej w § 2 ust. 1 nastąpi na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, w terminie 30 dni od daty doręczenia Zamawiającemu faktury przez Wykonawcę, na konto wskazane na fakturze.*
- 2. Podstawą do wystawienia faktury VAT będzie Protokół Odbioru bez zastrzeżeń (wzór Protokołu Odbioru stanowi załącznik nr 2 do umowy), podpisany przez obie strony umowy. W przypadku zastrzeżeń (stwierdzenia niekompletności przedmiotu umowy lub wad fizycznych), strony uzgodnią i wpiszą w Protokole datę ponownego odbioru tak aby Protokół Odbioru nie zawierał zastrzeżeń.*

b) § 4 ust. 2 Umowy:

Termin wykonania przedmiotu umowy: do 30 sierpnia 2012 r.

Poprzednie brzmienie § 4 ust. 2 Umowy:

Termin wykonania przedmiotu umowy: do dnia 20 maja 2012 r.

Dokonana w toku kontroli analiza ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczonego w dniu 26 marca 2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 93860, jak i treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, wskazuje, że Zamawiający nie przewidział możliwości dokonywania istotnych zmiany postanowień zawartej Umowy ani w zakresie terminu realizacji zamówienia, ani sposobu rozliczenia realizacji zamówienia.

Tymczasem, art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej „ustawą Pzp”, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, stanowi o zakazie 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.

Zatem z literalnej wykładni ww. przepisu wynika generalna zasada jaką jest zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. *A contrario*, inne, nieistotne zmiany umowy są dopuszczalne i można je wprowadzać do umów zawieranych na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych w granicach swobody kontraktowania wyrażonej w art. 365¹ Kodeksu cywilnego.

Dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny, badaniu podlega wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotna zmiana postanowień umowy w rozumieniu przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp będzie bowiem zawsze miała miejsce, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone.

Powyższy kierunek wykładni art. 144 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnia wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej „TSUE”, z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, w którym Trybunał wskazał, że: *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. (...). Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia.*

Wnioskując z przeciwności, do zmian nieistotnych zaliczają się wszelkie modyfikacje postanowień umowy, o charakterze ubocznym, o których wiedza na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, czy też na wynik tego postępowania.

Jednocześnie podkreślić należy, że ocena istotności zmiany umowy jest przeprowadzana 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, potencjalnego wpływu 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.

W ocenie Urzędu, w przypadku kontrolowanego postępowania, zmiana terminu wykonania umowy, gdyby była znana wykonawcom przed upływem terminu składania ofert, mogłaby mieć wpływ na ich decyzję o ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zauważyć należy, że w wyniku dokonanej w drodze aneksu nr 1 zmiany Umowy, określony w SIWZ termin realizacji zamówienia uległ zmianie z 23 dni na 125 dni. Co więcej, Zamawiający dokonał zmian zapisu § 4 ust. 2 Umowy na 3 dni przed upływem pierwotnego terminu wykonania zamówienia. Na skutek wprowadzonej do Umowy modyfikacji, termin realizacji zamówienia wydłużył się o 102 dni, a więc niemal 4,5 krotnie w stosunku do pierwotnego okresu w jakim Zamawiający oczekiwał wykonania Umowy.

W kontekście okresu o jaki został prolongowany termin wykonania zamówienia, pierwotny termin wykonania umowy jawi się jako stosunkowo krótki. Przy tak krótkim terminie, można założyć, że wykonawcy kalkulując cenę swojej oferty uwzględniali zapisy § 6 Umowy, w którym Zamawiający zastrzegł prawo do naliczenia wykonawcy kary umownej w wysokości 0,2% wartości umowy za każdy dzień zwłoki za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia.

Wobec powyższego, stwierdzić należy, że zmiana ww. terminu modyfikowała równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia, co mogło mieć wpływ na krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych zamówieniem, jak i na sposób kalkulacji ceny. Powyższe nakazuje uznać, że wydłużenie terminu realizacji zamówienia o 102 dni stanowiło istotną zmianę Umowę.

Jak wynika z protokołu konieczności sporządzonego przez strony w dniu 7 maja 2012 r., wydłużenie terminu realizacji zamówienia skłoniło także Zamawiającego do zmiany Umowy polegającej na wprowadzeniu płatności częściowych. W ocenie Urzędu, zmiana pierwotnej umowy w tym przypadku także modyfikowała równowagę ekonomiczną Umowy na korzyść Wykonawcy. Niewątpliwie z punktu widzenia wykonawcy, płatność za realizację w częściach jest dla wykonawcy korzystniejsza niż płatność za całość zamówienia po jego realizacji. Nie wymaga ona od oferenta

między innymi zabezpieczenia środków finansowych na poczet realizacji, w tym kredytowania realizacji zamówienia ze środków własnych lub pozyskanych. W oczywisty sposób preferuje to tego wykonawcę, w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu, których poinformowano w SIWZ, że przewiduje się jednorazowe rozliczenie prac po zakończeniu robót.

A zatem, zmianę umowy w zakresie etapowego rozliczania wykonanych prac uznać należy za istotną. Zmiana ta nie była przewidziana w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, tym samym naruszała ona generalny zakaz zmian umowy o zamówienie publiczne, określony w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że tego rodzaju informacja mogła mieć wpływ na decyzję wykonawców o ubieganiu się o udzielenie zamówienia lub na sposób kalkulacji ich oferty.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że zmiana umowy polegająca na wydłużeniu terminu realizacji zamówienia o 102 dni, jak i wprowadzenie przez zamawiającego zaliczek na poczet realizacji zamówienia, stanowiły istotne zmiany umowy, ponieważ prowadziły do zmiany równowag ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy, co mogłoby wpłynąć na rozszerzenie kręgu wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia, gdyby Zamawiający od początku zawarł poniższe wymagania. A więc zmiany te - stosownie do wyżej cytowanego orzeczenia ETS - były dopuszczalne tylko w przypadku ich przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, co nie miało miejsca w stanie faktycznym kontrolowanego postępowania.

Reasumując, dokonane przez Zamawiającego zmiany Umowy dotyczące wydłużenia terminu realizacji zamówienia oraz sposobu rozliczenia realizacji zamówienia (wprowadzenie płatności częściowych) nie wypełniały przesłanek, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a więc nastąpiły z naruszeniem tego przepisu.

2. Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania ustalono, że w dniu 7 maja 2012 r. Zamawiający oraz Wykonawca, z którym zawarta została umowa w sprawie zamówienia publicznego, podpisali protokół konieczności nr 1. Z treści ww. dokumentu wynika, że Zamawiający dokonał zmiany zakresu zamówienia i sposobu jego realizacji. Zamawiający zrezygnował z części prac i dostaw, tj.:

- a) zmniejszył ilość ławek ze 100 szt. do 36 szt.,
- b) zmniejszył ilość koszy na śmieci z 30 szt. do 20 szt.,
- c) zmniejszył ilość lamp oświetleniowych z 50 do 30 szt.,
- d) zmniejszył powierzchnię placu centralnego ze 120 m² do 29,5 m²,
- e) zmniejszył powierzchnię z łupka tatrzańskiego z 200 m² do 99 m².

Równocześnie, w miejsce prac i dostaw ilościowo pomniejszonych przewidziano wykonanie następujących prac nie ujętych w Szczegółowym Opisie Zamówienia, który stanowił załącznik nr 5 do SIWZ, tj.:

- a) dostawę elementów dekoracyjnych, w tym dekoracyjnego elementu wodnego – 1 szt.,
- b) wykonanie osłon elementów infrastruktury technicznej dekoracyjnymi matami ze słomy o łącznej dł. 26,5 m,
- c) wykonanie opaski wysypanej żwirem o pow. 60,75 m²,
- d) wykonanie nasadzeń roślin na stropie pomieszczeń podziemnych wentylatorni – 1200 szt.,
- e) wywóz gruzu – 425,75 m³,
- f) dowóz dodatkowej ziemi urodzajnej – 425,75 m³.

Uzasadniając wprowadzone prace zamienne w ww. protokole konieczności Zamawiający wskazał, że:

- a) dostawa elementów dekoracyjnych małej architektury, w tym dostawa i montaż dekoracyjnego elementu wodnego ma na celu podniesienie estetyki i nadanie Parkowi indywidualnych cech nawiązujących do zakresu leczenia i rehabilitacji prowadzonych w Światowym Centrum;
- b) instalacja z osłon z dekoracyjnej maty słomianej miała dodatkowo zabezpieczyć oraz poprawić estetykę istniejących elementów infrastruktury technicznej (agregat chłodu, przepompownia ścieków);
- c) ze względu na deficyt miejsc parkingowych zamawiający przeznaczył powierzchnię terenu pomiędzy garażem a Parkiem, pierwotnie przewidzianą na teren wypoczynkowy, na dodatkowe, rezerwowe miejsca parkingowe. Aby jednak zachować jak najwięcej zieleni należało wykonać opaskę z dwóch stron garażu wielopoziomowego i obsadzić ją roślinami tworzącymi żywopłot;
- d) w celu odgrózenia naturalną barierą roślinną gabinetów diagnostycznych od drogi wjazdowo/wyjazdowej z garażu wielopoziomowego, podjęto decyzję o nasadzeniu na stropie piwnicy roślinności tworzącej zielony ogród, który wkomponowałby się w całość terenów zielonych i tworzyłby jednolitą „oazę” niskiej zieleni wokół budynków;
- e) w trakcie prowadzenia prac ziemnych pod trawniki i nasadzenia roślin przy alei głównej natrafiono na gruz pobudowlany przysypany piaskiem i warstwą ziemi. Inwestor podjął decyzję o konieczności wybrania i wywiezienia gruzu z terenu parku;
- f) w wyniku dokonania wywozu gruzu należało dowieźć dodatkowe ilości ziemi urodzajnej.

Ponadto, w protokole konieczności stwierdzono, że *komisja po zapoznaniu się z przedstawionym przez wykonawcę szczegółowym bilansem wyżej wymienionych prac i dostaw ilościowo zmniejszonych oraz prac zamiennych do nich po dokonaniu szczegółowego porównania co do zakresu i nakładów pracy niezbędnych do ich wykonania, stwierdza iż bilans tych robót został zrównoważony.*

Wobec powyższego komisja uznała że:

- zakres prac pomniejszonych został zrównoważony zakresem prac zwiększonych,
- od dnia 14 maja 2012 r. Wykonawca zobowiązany będzie do rozpoczęcia wprowadzania do realizacji prac zaniechanych i zamiennych objętych protokołem.

W pkt 6 protokołu konieczności zapisano, że przedstawiciele Wykonawcy prześlą Zamawiającemu harmonogram realizacji prac, który stanowił będzie załącznik do zmienionej umowy.

Protokół został podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego, w tym przez Zastępcę Dyrektora Instytutu ds. Organizacji i Rozwoju oraz Wykonawcę

Treść tego harmonogramu, w tym ustaleń zawartych w protokole konieczności nr 1 została również odzwierciedlona w dokumencie pn. *Szczegółowy bilans prac zaniechanych i zamiennych do umowy 65A/IFPS/2012 z dnia 27 kwietnia 2012 r.:*

Lp.	Opis rodzaju prac	Jedn. miary	Obmiar	Cena jedn.	Wartość netto
1.	Prace ulegające zmniejszeniu				
1.1.	Ławki	szt.	-64	1100	-70 400
1.2.	Kosze na śmieci	szt.	-10	614	-6 140
1.3.	Lampy małe	szt.	-20	3651	-73 020
1.4.	Wykonanie ścieżek w parku – plac centralny	m ²	-90,5	125	-11 313
1.5.	Wykonanie ścieżek w parku – sama nawierzchnia z łupka	m ²	-99	65	-6 435
	Suma prac zmniejszonych				- 167 308 zł
2.	Prace zamienne do wykonania				
2.1.	Wywóz gruzu z terenu parku	m ³	135,9	62,4	8 480
2.2.	Wybranie i wywóz pozostałej zanieczyszczonej ziemi po usunięciu gruzu	m ³	289,82	137,5	39 850
2.3.	Dowóz ziemi urodzajnej z plantowaniem	m ³	425,72	126,48	53 845
2.4.	Dostawa i montaż dekoracyjnego elementu wodnego	szt.	1	1305	1 305
2.5.	Wykonanie osłon elementów infrastruktury technicznej matami słomianymi	mb	26,5	57	1 510
2.6.	Wykonanie opaski żwirowej z dwóch stron garażu z obrzeżem betonowym i obsadzeniem	m ²	60,75	90	5 468
2.7.	Nasadzenia roślinne na zielonym dachu wraz z obsypaniem korą	szt.	1200	35,5	42 600

2.8	Lampy oświetlenia galerii wraz z instalacją elektryczną	szt.	15	950	14 250
Suma prac zamiennych					167 308 zł
Bilans prac zaniechanych i zamiennych					0 zł

Zgodnie z treścią § 3 Aneksu nr 1, do umowy nr 65A/IFPS/2012 z dnia 27 kwietnia 2012 r. wprowadzono harmonogram czynności służący do rozliczenia m.in. ww. prac zamiennych (Załącznik nr 3 do Umowy).

W świetle przedstawionych okoliczności stanu faktycznego, należy wskazać, że brak jest w przepisach prawa ustawowej definicji „prac zamiennych”. Niemniej, w praktyce realizacji zamówień na roboty budowlane występują roboty zamienne. Nawiązują do nich przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz 290), wskazując na możliwość zastosowania „rozwiązań zamiennych” w trakcie prac budowlanych. W art. 20 ust. 1 pkt 4 lit. b ustawy Prawo budowlane mowa jest o obowiązku wprowadzenia przez projektanta rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Sytuacja taka może mieć miejsce, w szczególności wówczas, jeżeli zmiany te są uzasadnione koniecznością zwiększenia bezpiecznej realizacji robót budowlanych lub usprawnienia procesu budowlanego, dostosowanie procesu budowlanego do zmienionej formy. Zatem roboty zamienne występują wówczas, gdy roboty ujęte w dokumentacji projektowej, przewidziane do wykonania np. w określonej technologii, opisane przy użyciu innych materiałów i urządzeń, będą za zgodą projektanta wykonywane przy użyciu innych materiałów, urządzeń lub innej technologii.

Dodać należy, że wykonanie robót zamiennych ma służyć właściwej realizacji zamówienia, które aktualnie jest w toku poprzez zmianę sposobu spełnienia określonego świadczenia wywołaną czynnikami obiektywnymi związanymi z tą realizacją. W wyniku wykonania robót zamiennych nie powinno dochodzić do rozszerzenia określonego w ofercie przedmiotu zamówienia, gdyż są one wykonywane w miejsce robót pierwotnie zakładanych. Roboty zamienne nie powodują przekroczenia przez zakres świadczenia wykonawcy jego zobowiązania zawartego w ofercie. Tym samym, na skutek ich wykonania zamawiający nie powinien otrzymać nic ponad to, co stanowiło przedmiot umowy (zostało opisane dokumentacją).

W świetle powyższego, zmiany przyjęte ww. protokołem konieczności dotyczące sposobu realizacji zamówienia nie mogą zostać uznane za prace zamienne. Wykonanie ww. prac należy natomiast uznać za zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ww. zmianę rozpatrywać zatem należy w kontekście art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Kryterium „istotności zmian”, którym posługuje się art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, 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, że zobowiązanie wykonawcy będzie odbiegać istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie, jak również wpływać na pierwotny zakres zobowiązania podlegający wycenie w ofertach wykonawców w sposób mogący zaburzyć uczciwą konkurencję, to wówczas należy uznać, iż takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy przy tym pamiętać, że nie każda zmiana umowy o zamówienie publiczne, nawet w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających jej wprowadzenie na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, jest dopuszczalna. Na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp przede wszystkim nie można dokonywać w umowie w sprawie zamówienia publicznego zmian, które prowadziłyby w rzeczywistości do udzielenia nowego zamówienia.

Tym samym, nie jest możliwe rozszerzenie zakresu zamówienia bądź znaczna zmiana jego przedmiotu (określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) skutkująca tym, iż mielibyśmy do czynienia z nowym zamówieniem w stosunku do pierwotnie udzielonego. Wobec powyższego niedopuszczalne są czynności stron skutkujące rozszerzeniem świadczenia wykonawcy ponad określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że Zamawiający w trakcie realizacji zamówienia dokonał zmiany oraz rozszerzenia przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że prace takie jak: wykonanie opaski żwirowej z dwóch stron garażu z obrzeżem betonowym i obsadzeniem, wykonanie osłon elementów infrastruktury technicznej dekoracyjnymi matami słomianymi, dostawa i montaż elementów dekoracyjnych małej architektury, w tym dostawa i montaż dekoracyjnego elementu wodnego, wywóz gruzu z terenu parku, wybranie i wywóz pozostałej zanieczyszczonej ziemi po usunięciu gruzu oraz dowóz dodatkowej ilości ziemi urodzajnej w ilości 425,75 m³, a także wykonanie nasadzeń roślin na stropie wraz z obsypaniem korą, nie zostały ujęte w Szczegółowym Opisie Zamówienia. Co więcej, powyższy zakres wskazuje na dokonanie przez Zamawiającego zmiany w zagospodarowaniu części terenu parku w sposób odmienny od określonego w SIWZ. O powyższym świadczyć może zmiana przeznaczenia terenu pomiędzy garażem a Parkiem - z terenu wypoczynkowego na parking, co wiązało się z wykonaniem opaski żwirowej z dwóch stron garażu z obrzeżem betonowym i obsadzeniem lub stworzenie na dachu zielonego ogrodu.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że mimo braku zmiany przez strony umowy wysokości wynagrodzenia, w wyniku tych zmian rozszerzony został zakres przedmiotu zamówienia o prace, które pierwotnie nie były objęte zakresem przedmiotu zamówienia. Rozszerzenie zakresu przedmiotowego zamówienia było zmianą istotną, mogącą mieć wpływ na sposób kalkulacji ceny przez wykonawców, bowiem zakres powyższych prac nie podlegał wycenie wykonawców w ramach ofert składanych w konkurencyjnej procedurze udzielenia zamówienia, co mogło skutkować odmiennym wynikiem postępowania, pomimo iż krąg podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty nie musiał w jej wyniku ulec zmianie.

Reasumując, dokonanie przez Zamawiającego opisanych powyżej zmian stanowiło naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. W „Szczegółowym opisie zamówienia” – załącznik nr 5 do SIWZ, w punkcie dotyczącym oświetlenia terenu – Zamawiający posłużył się nazwą własną „lampy oświetleniowe firmy Schreder, typ BORA – LED” bez jednoczesnego wskazania wyrażenia „lub równoważne”, jak również bez określenia parametrów, według których będzie oceniana równoważność zaoferowanych rozwiązań.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Zatem, zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty. Co więcej, treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zauważyć należy, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego, jako naruszenie zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji (tak też wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09). Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może być realizowane w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie ww. artykułu zachodzi natomiast, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Natomiast pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia będzie miało miejsce, gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Stosowanie zaś do art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Z powyższego przepisu wynika jednoznacznie, że w przypadku opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych konieczne jest dopuszczenie składania ofert równoważnych, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa na mniejszą liczbę ofert złożonych w postępowaniu oraz może spowodować oferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta, co prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, tj.: poprzez wskazanie na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie zamawiający zobowiązany jest do dodania określenia "lub równoważny" albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny także znaleźć się określenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu "równoważności" oferty. Jeżeli zamawiający nie wskaże, iż zamawiany produkt musi być: "nie cięższy niż ...", "do wysokości ...", "o wymiarach nie mniejszych niż... i nie większych niż" itp. nie będzie w stanie ocenić czy oferty przedstawiające produkty różniące się między sobą mają charakter ofert równoważnych. Zamawiający wskazując w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na konkretny produkt a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasady określone w art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, ale również określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia publicznego, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek.

W orzeczeniu z dnia 5 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 867/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że brak wskazania minimalnych wymagań w zakresie równoważności, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu stanowi naruszenie zasady określonej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp oraz zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia publicznego. Natomiast, w wyroku z dnia 28 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 545/11), Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że art. 29 ust. 3 ustawy wprowadzający możliwość dopuszczenia składania ofert równoważnych ma charakter wyjątkowy i dlatego może być stosowany w wyjątkowych sytuacjach i winien być interpretowany ściśle. Zamawiający powinien określić w niezbędnym dla danego przedmiotu zamówienia jakie konkretne rozwiązania czy materiały będzie uważał za równoważne, jakie są dopuszczalne wartości odstępstwa od parametrów przedmiotu referencyjnego, ponieważ ta wielkość odstępstw ma istotny wpływ na sporządzenie oferty. Kryteria równoważności produktów winny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia

lub jego elementy do których zamawiający dopuszcza zamienniki równoważne w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości o jakich parametrach oraz na jakich warunkach mogą zaoferować konkretny produkt, aby spełniał on wymagania SIWZ. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia zamawiającemu bezstronną ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, należy uznać, że Zamawiający poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, tj.: „lampy oświetleniowe firmy Schreder, typ BORA – LED”, uniemożliwiając przy tym zaoferowanie rozwiązań równoważnych do ww. produktu, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą nakazującą zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Zgodnie z treścią Rozdziału IV pkt 1 b „Warunki udziału w postępowaniu” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia powinien był dowieść, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie:

- minimum dwie usługi obejmujące zakresem zagospodarowanie terenów zadrzewionych, w tym wycinkę drzew lub krzewów o wartości zamówienia co najmniej 50 000,00 zł, dla każdego z tych zamówień.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku do oferty należało dołączyć:

- wykaz zrealizowanych/realizowanych usług, spełniających powyższe kryteria, z podaniem przedmiotu usług, dat wykonania usług, nabywców usług, wartości umowy brutto oraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Wykonawca, w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących w ofercie dokumentów, przedłożył „Wykaz usług”, z którego wynikało, że:

1. w okresie od 1 października 2007 r. do 30 kwietnia 2008 r. wykonał na rzecz EUAL International B.V. zamówienie obejmujące „m.in. wycinkę i sadzenie drzew i krzewów w wartości 32 000 euro”,
2. w okresie od 12 maja do 22 listopada 2008 r. wykonał na rzecz Wydziału Inżynierii Lądowej Politechniki Warszawskiej zamówienie obejmujące „wycinkę i sadzenie drzew o wartości 86 000 zł”.

Jak wynika ze wskazanych wyżej terminów realizacji, ww. usługi wykonane zostały wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lata przed terminem składania ofert. Wobec powyższego należy uznać, że wskazane w uzupełnionym przez Wykonawcę„Wykazie usług”, zrealizowane prace nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia przez tego Wykonawcę.

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.

Z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy wynika, że zamawiający obowiązany jest do wezwania wykonawców do złożenia dokumentów. Zauważyć należy, że zasadą jest, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko raz, niemniej jednak zasada ta dotyczy wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu.

Natomiast, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, jak również ze względu na fakt, że przedmiotowy „Wykaz usług” stanowił już przedmiot uzupełnienia w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający winien był wykluczyć ww. Wykonawcę z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Zaniechanie wykluczenia ww. Wykonawcy stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało jednak wpływu na wynik postępowania, z uwagi na fakt, że ww. Wykonawca zajmował ostatnie miejsce w rankingu złożonych ofert.

5. Jak wskazano powyżej w pkt 4 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* warunkiem udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, było wykonanie w okresie ostatnich 3 lat minimum 2 usług obejmujących zakresem zagospodarowanie terenów

zadrzewionych, w tym wycinkę drzew lub krzewów o wartości zamówienia co najmniej 50 000,00 zł dla każdego z tych zamówień.

Z treści wykazów usług, a także dokumentów złożonych na potwierdzenie należytego wykonania ww. usług nie wynika, że wskazane w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez:

1. Wykonawcę usługi na:
 - „zagospodarowanie terenu zieleni wokół budynku Starostwa Powiatowego w Legionowie” – wartość 53 264,00 zł,
 - „Zagospodarowanie terenu zieleni zgodnie z opracowaniem projektowym” dla - wartość 410 153,22 zł oraz
2. Wykonawcę usługi na:
 - „odnowę wsi w miejscowości Planta” – wartość 608 756,75 zł,- obejmowały swoim zakresem wycinkę drzew lub krzewów.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do których zalicza się także dokumenty i oświadczenia odnoszące się do wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z powoływanym przepisem, wątpliwości dotyczące złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów zamawiający powinien w pierwszej kolejności wyjaśniać z wykonawcą. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia pojawią się wątpliwości co do spełnienia przez któregokolwiek z wykonawców warunku udziału w postępowaniu, zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Uzyskanie wyjaśnień pozwoli bowiem zamawiającemu poznać stanowisko wykonawcy co do przesłanek, które zdecydowały o posłużeniu się w wykazie usługą, co do której powzięto wątpliwości, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do powyższego, wskazać należy, że zaniechanie wezwania ww. Wykonawców do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, tj. czy przedmiot ww. zamówień obejmował również wycinkę drzew lub krzewów, stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie mające wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

6. Z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika, że Zamawiający wymagał od wykonawców, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, złożenia m.in. „aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert”, tj. dokumentu określonego w treści § 1 ust. 1 pkt 2 nieobowiązującego na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.).

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 26 marca 2012 r., tj. po dacie wejścia w życie 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), które miało zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. W ww. rozporządzeniu przewidziano, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, zamawiający – w postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp ma obowiązek żądać od wykonawców dokumentów wymienionych w § 2 ust. 1 rozporządzenia. Na podstawie § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy – zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy – zamawiający może żądać, aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W oparciu o tekst ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów uznać należy, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający był zobligowany do żądania od wykonawców będących osobami fizycznymi, w tym osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą, wyłącznie oświadczenia, ponadto nie był uprawniony do żądania zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej.

Przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a ich katalog określony został w rozporządzeniu 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*.

Wobec powyższego należy uznać, że żądając od wykonawców będących osobami fizycznymi przedłożenia aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, tj. dokumentu nieprzewidzianego w rozporządzeniu oraz jednocześnie nie żądając od tych podmiotów oświadczenia w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający

naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

7. Z dokumentacji kontroli wynika, że w Rozdziale IV pkt 1 b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający postawił warunek udział dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, w ramach którego wykonawca w celu potwierdzenia jego spełnienia miał wykazać, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie:

- minimum dwie usługi obejmujące zakresem zagospodarowanie terenów zadrzewionych, w tym wycinkę drzew lub krzewów o wartości zamówienia co najmniej 50 000,00 zł, dla każdego z tych zamówień.

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku do oferty należało dołączyć:

- wykaz zrealizowanych/realizowanych usług, spełniających powyższe kryteria, z podaniem przedmiotu usług, dat wykonania usług, nabywców usług, wartości umowy brutto oraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Jednocześnie, w toku kontroli nie stwierdzono, aby Zamawiający zawarł ww. warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tego warunku w treści ogłoszeniu o zamówieniu, zamieszczonego w dniu 26 marca 2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 93860.

Zgodnie z treścią sekcji III pkt 3.2) ww. ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający zamieścił tam następującą treść:

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku

W celu wykazania, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wymaga złożenia dokumentów i oświadczeń:

- 1. Oświadczenia wg wzoru w Załączniku Nr 2*
- 2. Aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert*
- 3. Aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składnia ofert.

4. *Aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składnia ofert.*

W tym miejscu należy wskazać, że stosownie do art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, opis sposobu oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 ww. artykułu zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji.

Równocześnie, zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, który określa minimalną treść ogłoszenia, ogłoszenie o zamówieniu zawiera m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia 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. 2014 poz. 1481 j.t.). Zgodnie z 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 spełnienia tych warunków” zamawiający określa zawartość treści wskazanej pozycji w odniesieniu do poszczególnych warunków zamówienia. I tak dla Sekcji III.3.2) „Wiedza i doświadczenie” zamawiający zobowiązany jest podać „Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tego warunku”.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, że Zamawiający nie zawierając opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia przedmiotowego warunku wiedzy i doświadczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, naruszył art. 22 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 41 pkt 7 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie jednak nie miało wpływu na wynik postępowania.

8. Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta w dniu 27 kwietnia 2012 r. Z kolei ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 sierpnia 2012 r. pod numerem 307956 – 2012, a zatem prawie 4 miesiące po udzieleniu zamówienia.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, Zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Choć przepis ten określając termin zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia posługuje się zwrotem „niezwłocznie po zawarciu umowy”, tj. zwrotem niedookreślonym nie sposób uznać za jego dochowanie zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w terminie niemal czterech miesięcy po dniu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym, zaniechanie niezwłocznego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu przedmiotowego zamówienia publicznego stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, nie mające wpływu na wynik postępowania.

Uprzejmie informuję, iż od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzp).