



Warszawa, dnia 28.06.2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/PWKZ/421/45(5)/14/PK
KND/30/13/DKD

Pan
Krzysztof Marcinowicz
Wójt Gminy Juchnowiec Kościelny
ul. Lipowa 10
16 – 061 Juchnowiec Kościelny

Szanowny Panie Wójcie!

Upzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), przeprowadził kontrolę doraźną, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Dostawa Energii Elektrycznej”.

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w załączeniu przesyłam informację o wyniku ww. kontroli.

Z poważaniem
mgr inż. Robert VZP
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Wiciński
Dariusz Wiciński



Warszawa, dnia 28. 08 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIENÍ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

KND/30/13/DKD

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

Zamawiający: Gmina Juchnowiec Kościelny
ul. Lipowa 10
16-061 Juchnowiec Kościelny

Rodzaj zamówienia: dostawy

Przedmiot zamówienia: Dostawa Energii Elektrycznej

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: 426.024,29 zł (105.986,74 euro)

Data wszczęcia postępowania: 5 grudnia 2012 r.

Wszczęcie kontroli: na wniosek

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

1. Zamawiający wszczął w dniu 5 grudnia 2012 r. postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę energii elektrycznej”. Dnia 14 grudnia 2012 r. komisja przetargowa wybrała jako najkorzystniejszą, ofertę Wykonawcy Energa Obrót S.A., który zaproponował za realizację zamówienia najniższą cenę.

Pismem z dnia 19 grudnia 2012 r. Zamawiający przekazał wybranemu Wykonawcy Energa Obrót S.A. trzy egzemplarze umowy sprzedaży energii elektrycznej o nr. IGK.272.24.2012 z dnia 19 grudnia 2012 r. (dalej jako Umowa) wraz z prośbą o zwrot dwóch podpisanych egzemplarzy na adres Zamawiającego, nie wyznaczając jednak przy tym terminu zwrotu. Powyższe pismo wpłynęło do Wykonawcy dopiero dnia 28 grudnia 2012 r. Termin wykonania przedmiotowego zamówienia Zamawiający określił na okres od 1 stycznia 2013 r. do 31 grudnia 2013 r., z tym że sprzedaż energii elektrycznej miała rozpocząć się od dnia wejścia w życie ww. umowy, tj. nie wcześniej niż po spełnieniu wszystkich warunków przewidzianych w tejże umowie, tj. z dniem skutecznego rozwiązania dotychczasowych umów sprzedaży energii elektrycznej, a także po pozytywnie przeprowadzonej procedurze zmiany sprzedawcy i podpisaniu nowych umów dystrybucyjnych (§ 8 ust. 1 ww. umowy).

Jednym z obowiązków Wykonawcy, zgodnie z § 3 ust. 1 lit. h) Umowy było dokonanie w imieniu Zamawiającego na podstawie załączonego pełnomocnictwa zmian parametrów dystrybucji energii elektrycznej dla poszczególnych obiektów Zamawiającego, w przypadku gdy Zamawiający jest już stroną samodzielnej umowy dystrybucyjnej (Zamawiający był w tym czasie stroną umowy dystrybucyjnej o nr. 2011/OSD/02659 zawartą z PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok).

Od dnia 3 stycznia 2013 r. Wykonawca Energa Obrót S.A. prowadził z Zamawiającym korespondencję w formie elektronicznej, próbując wyjaśnić wszelkie występujące rozbieżności oraz uzyskać wszystkie niezbędne dane do prawidłowego przeprowadzenia procedury zmiany sprzedawcy energii elektrycznej u Operatora Systemu Dystrybucyjnego (dalej jako OSD).

Dnia 3 stycznia 2013 r. (o godz. 13.43) Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Wykonawcy Energa Obrót S.A. następujące dokumenty:

- decyzję w sprawie nadania NIP 9660594401 Urzędowi Gminy Juchnowiec Dolny z dnia 13 września 1996 r.;
- decyzję w sprawie nadania NIP 9661813207 Gminie Juchnowiec Kościelny z dnia 19 września 2005 r.;
- zaświadczenie o otrzymaniu numeru identyfikacyjnego REGON przez Urząd Gminy w Juchnowcu Kościelnym z dnia 25 marca 1999 r.;
- zaświadczenie o otrzymaniu numeru identyfikacyjnego REGON przez Gminę Juchnowiec Kościelny z dnia 9 grudnia 1998 r.;

- zaświadczenie o wyborze Pana Krzysztofa Marcinowicza na urząd Wójta Gminy Juchnowiec Kościelny z dnia 6 grudnia 2010 r.;
- umowę o świadczenie usługi dystrybucji energii elektrycznej nr 2011/OSD/02659 zawartą pomiędzy PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok a Gminą Juchnowiec Kościelny dnia 30 września 2011 r.;
- aneks nr 1/2011/OSD/02659/2012 z dnia 4 grudnia 2012 r. do powyższej umowy o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej;
- załącznik nr 3 z dnia 4 grudnia 2012 r. do powyższej umowy o świadczenie usług dystrybucji, po zmianach wynikających z powyższego aneksu, zawierający wykaz 97 PPE.

Dnia 3 stycznia 2013 r. (o godz. 13.48) Wykonawca Energa Obrót S.A. w odpowiedzi na powyższą wiadomość wystosował prośbę o:

- podanie numerów PPE, koniecznych w przypadku kolejnej zmiany sprzedawcy do przeprowadzenia procedury zmiany sprzedawcy;
- wskazanie dotychczasowego sprzedawcy, wraz z informacją czy poprzednie umowy zawarte były na czas określony, czy też nieokreślony, w celu określenia końca terminu obowiązywania dotychczasowej umowy;
- podanie nazwy OSD, do którego sieci przyłączone były instalacje Zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższą wiadomość, Zamawiający dnia 4 stycznia 2013 r. (o godz. 8.13) przekazał w załączeniu wiadomości e-mail, wysłany poprzedniego dnia wykaz PPE w formacie PDF. Jednocześnie, Zamawiający zwrócił się z prośbą o powiadomienie go, w jakim czasie nastąpi przeprowadzenie zmiany sprzedawcy energii elektrycznej.

Ponadto, dnia 4 stycznia 2013 r. (o godz. 14.59) Zamawiający przekazał Wykonawcy w załączeniu wiadomości e-mail pismo PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok z dnia 4 stycznia 2013 r. o sygn. HK/AT/215/2013. W piśmie tym OSD poinformował, iż według jego wiedzy dnia 31 grudnia 2012 r. upłynął termin obowiązywania dotychczasowej umowy sprzedaży energii elektrycznej, zawartej przez Zamawiającego ze sprzedawcą PGE Obrót S.A. Oddział z siedzibą w Białymstoku dla punktów dostarczania energii elektrycznej, wymienionych w Załączniku nr 1, a pomimo tego nie została zgłoszona nowa umowa sprzedaży. W związku z powyższym OSD zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o pilne uregulowanie zaistniałej sytuacji, poprzez przedłużenie umowy z obecnym sprzedawcą bądź zawarcie umowy na sprzedaż rezerwową. Ponadto, PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok

przyczyła w ww. piśmie treść art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2012, poz. 1059), zgodnie z którym dostarczanie paliw gazowych lub energii odbywa się, po uprzednim przyłączeniu do sieci, o którym mowa w art. 7, na podstawie umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji albo umowy sprzedaży, umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji i umowy o świadczenie usług magazynowania paliw gazowych lub umowy o świadczenie usług skraplania gazu. Jednocześnie, Zamawiający został również wezwany przez OSD do uregulowania przedmiotowej kwestii w terminie 5 dni od otrzymania tegoż pisma, gdyż w przeciwnym wypadku OSD będzie zmuszony do zawieszenia usług dystrybucji, a następnie rozwiązania umowy o świadczenie usługi dystrybucji energii elektrycznej oraz zdjęcia układu pomiarowego.

Wykonawca Energa Obrót S.A. w odpowiedzi na powyższe, dnia 4 stycznia 2013 r. (o godz. 17.29) stwierdził w wiadomości e-mail, że dostarczone dotychczas przez Zamawiającego dane, nie pozwalają na przygotowanie i przesłanie zgłoszenia umowy sprzedaży, do właściwego OSD. Ponadto, Wykonawca wskazał na następujące rozbieżności oraz braki:

- różnice w liczbie PPE wskazanych w Załączniku nr 1 przesłanej Umowy (55 PPE), w otrzymanych w wiadomości e-mail z dnia 3 stycznia 2013 r. dokumentach (97 PPE), a także w SIWZ oraz pełnomocnictwie (po 99 PPE);
- brak możliwości jednoznacznego zidentyfikowania oraz przyporządkowania danych o PPE w SIWZ, a dokumentacji dostarczonej poprzez e-mail dnia 3 stycznia 2013 r.;
- brak informacji, o tym czy jest to pierwsza, czy też kolejna zmiana sprzedawcy energii elektrycznej;
- brak nazwy dotychczasowego sprzedawcy oraz okresu obowiązywania dotychczasowej umowy sprzedaży energii elektrycznej;
- wątpliwość co do ustalenia strony umowy dystrybucyjnej oraz jej Numeru Identyfikacji Podatkowej [stroną dotychczasowej umowy o świadczenie usługi dystrybucji energii elektrycznej była Gmina Juchnowiec Kościelny, o NIP: 9661813207, podczas gdy w umowie o świadczenie usługi dystrybucji energii elektrycznej nr 2011/OSD/02659 zawartej pomiędzy PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok a Gminą Juchnowiec Kościelny dnia 30 września 2011 r. podany został NIP: 9660594401, który to przypisany został Urzędowi Gminy Juchnowiec Dolny (ob. Urzędowi Gminy Juchnowiec Kościelny)], która zdaniem Wykonawcy uniemożliwiła poprawne zgłoszenie zmiany sprzedawcy energii elektrycznej do OSD.

Jednocześnie, Wykonawca poinformował, iż w przypadku pierwszej zmiany sprzedawcy, zmiana ta trwa 30 dni, natomiast kolejna zmiana 14 dni, przy czym u niektórych OSD 30 dni. Natomiast sprzedaż energii elektrycznej przez nowego sprzedawcę rozpoczyna się z pierwszym dniem miesiąca kalendarzowego. Wykonawca zwrócił się z prośbą o weryfikację oraz uzupełnienie potrzebnych danych. Podkreślił on również, że po przekazaniu powyższych danych Umowa zostanie niezwłocznie zgłoszona do realizacji.

W odpowiedzi na powyższe, dnia 7 stycznia 2013 r. (o godz. 12.26) Zamawiający w wiadomości e-mail wezwał Wykonawcę do natychmiastowego zgłoszenia zmiany sprzedawcy u OSD dla 97 PPE, wskazanych w załączniku nr 3 (przekazanym Wykonawcy w dniu 3 stycznia 2013 r. w załączeniu wiadomości e-mail) z dnia 4 grudnia 2012 r. do umowy o świadczenie usługi dystrybucji energii elektrycznej nr 2011/OSD/02659 zawartej pomiędzy PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok a Gminą Juchnowiec Kościelny dnia 30 września 2011 r., po zmianach wynikających z aneksu nr 1/2011/OSD/02659/2012 z dnia 4 grudnia 2012 r. Jednocześnie, Zamawiający wskazał właściwy do zgłoszenia zmiany sprzedawcy energii elektrycznej NIP Urzędu Gminy Juchnowiec Kościelny. Zamawiający wezwał również Wykonawcę do podpisania i zwrotu Umowy do dnia 14 stycznia 2013 r.

W odpowiedzi na powyższe dnia 7 stycznia 2013 r. (o godz. 12.40) w wiadomości e-mail Wykonawca zobowiązał się do dokonania zgłoszenia Umowy na podstawie udostępnionych danych, tj. załącznika nr 3, zawierającego wykaz 97 PPE. Wykonawca także ponownie zwrócił uwagę na treść SIWZ, gdzie wskazano inną liczbę PPE (99 PPE) oraz na dalszy brak informacji, czy zmiana sprzedawcy energii ma miejsce po raz pierwszy, czy też już kolejny.

Ponadto, należy podkreślić, że Zamawiający w e-mailu z dnia 7 stycznia 2013 r. wezwał Wykonawcę do podpisania i zwrotu Umowy do dnia 14 stycznia 2013 r., po czym już następnego dnia (8 stycznia 2013 r.) Zamawiający zawiadomił pozostałych Wykonawców o niepodpisaniu umowy przez Wykonawcę Energa Obrót S.A. Jednocześnie, tego samego dnia Zamawiający wystosował pismo do Wykonawcy Energa Obrót S.A. z informacją o zamiarze zastosowania dyspozycji art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania), ze względu na niedopełnienie obowiązków oraz o nieważności przesłanej umowy. W odpowiedzi na powyższe pismo Wykonawca w dniu 10 stycznia 2013 r. oświadczył, iż „nieważność zawartej umowy (...) nie znajduje uzasadnienia (...)”, a „zgodnie z postanowieniami zawartej umowy rozpoczęcie sprzedaży nastąpi po pozytywnym przeprowadzeniu przez OSD procesu zmiany

sprzedawcy (...). Poza tym Wykonawca wskazał, że pozostaje do dyspozycji Zamawiającego celem wyjaśnienia wszelkich niejasności i wątpliwości.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba, że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp został wprowadzony na wypadek sytuacji, gdyby po wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogło dojść do podpisania umowy z wybranym wykonawcą. Przy czym niemożność zawarcia umowy musi znajdować się po stronie Wykonawcy i może nią być tylko uchylanie się od zawarcia umowy lub niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Na gruncie wykładni powyższego przepisu wyjaśnienia wymaga przede wszystkim sformułowanie „*uchyla się od zawarcia umowy*”.

Zgodnie z obowiązującym w doktrynie poglądem „*uchylanie się od podpisania umowy*” powinno przejawiać się wyraźną odmową zawarcia umowy przez wykonawcę lub odmową podpisania umowy w dniu określonym przez zamawiającego. Przy czym „*uchylanie się*” nie jest tym samym co każda odmowa zawarcia umowy. Odmowa jest każdym oświadczeniem woli wyrażającym brak zgody na zawarcie umowy, która zgodnie z zasadą pisemności wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, została złożona przez wykonawcę na piśmie lub w jednej z form dopuszczonej przez zamawiającego na podstawie przepisów art. 27 ustawy Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego dotyczącym art. 390 § 1 k.c. (wyrok SN z dnia 14 grudnia 1999 r.; sygn.: II CKN 624/98), który posługuje się pojęciem „*uchylania się od zawarcia umowy przyrzeczonej po zawarciu umowy przedwstępnej sprzedaży*”: „*Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno (...) być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem*”. Warto w tym miejscu przytoczyć także stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 6 września 2005 r. (sygn. akt II Ca 460/05), zgodnie z którym: „*Sąd Okręgowy aprobuje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 9 maja 2001 r. (sygn. akt II CKN 440/00), iż za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej*

zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez Zamawiającego, ewentualnie takie działanie skarżącego, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego.”.

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako Izba) w wyroku z dnia 6 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1465/08), w którym stwierdziła, że „aby zastosować przepis art. 94 ust. 2 ustawy Pzp (który do czasu wejścia w życie znowelizowanych przepisów zawierał analogiczną treść do obecnego art. 94 ust. 3 ustawy Pzp), wybrany wykonawca musiałby uchylać się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosić wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ze względu na obowiązek prowadzenia postępowania w formie pisemnej zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający miał obowiązek posiadać pisemne dowody, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył oświadczenie o odmowie zawarcia umowy lub, że odwołujący odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.”.

Natomiast w wyroku Izby z dnia 17 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 14/13) stwierdzono, że za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli wyrażające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy – wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający.

Ponadto, w wyroku Izby z dnia 21 maja 2013 r. (sygn. akt: KIO 1123/13) uznano, iż stwierdzenie, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż ten wykonawca nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia.

Warto przytoczyć również orzeczenie Izby, która w wyroku z dnia 05.03.2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP/45/10) stwierdziła, że „Okoliczność, iż strony nie doszły do porozumienia nie oznacza, iż wykonawca odmówił zawarcia umowy zgodnej z treścią złożonej oferty – ostatecznie wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.”.

W świetle przytoczonego powyżej orzecznictwa oraz przedstawionego stanu faktycznego należy stwierdzić, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie miał w przedmiotowej sprawie zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek na dokonanie wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, poza ofertą wybraną pierwotnie jako oferta najkorzystniejsza.

Trudno uznać, aby wskazana korespondencja nie świadczyła o woli podpisania umowy przez Wykonawcę Energa Obrót S.A. oraz dalszego przeprowadzenia procesu zmiany sprzedawcy energii elektrycznej. Również fakt dostarczenia w dniu 16 stycznia 2013 r. (nadanie w dniu 14 stycznia 2013 r.) przez Wykonawcę, na wezwanie z dnia 7 stycznia 2013 r. dwóch egzemplarzy podpisanej umowy wraz z pismem z dnia 11 stycznia 2013 r., nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że Wykonawca uchylał się od podpisania umowy.

Reasumując, należy wskazać, że w niniejszym postępowaniu Wykonawca Energa Obrót S.A. nie złożył oświadczenia o odstąpieniu od zawarcia umowy sprzedaży energii, a jego zachowanie nie świadczyło o chęci uchylecia się od jej podpisania. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki zastosowania przepisów art. 94 ust. 3 ustawy Pzp i Zamawiający nie był uprawniony do wyboru oferty Wykonawcy PGE Obrót S.A. Powyższe działanie Zamawiającego stanowi zatem naruszenie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie, należy podkreślić, że oferta Wykonawcy PGE Obrót S.A. nie była ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. Taką ofertą była oferta Wykonawcy DUON Marketing and Trading S.A., który telefonicznie odmówił podjęcia się realizacji przedmiotowego zamówienia.

2. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego, jak i ogłoszenie zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego różnią się treścią od ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej jako BZP) pod numerem 490578 – 2012.

Zgodnie z zapisem ust. 4 lit. b ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego oraz na tablicy ogłoszeń Urzędu Gminy, Zamawiający miał dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie wymaganych oświadczeń i dokumentów określonych w dziale 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako SIWZ). W dziale 5 SIWZ wskazano, iż w celu potwierdzenia

spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcy przystępujący do niniejszego postępowania zobowiązani byli dostarczyć:

1. podpisane oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, stanowiące załącznik nr 4 do SIWZ;
2. kopię aktualnej koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu energią elektryczną, wydaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki;
3. podpisane oświadczenie o posiadaniu aktualnej umowy z OSD, umożliwiającej sprzedaż energii elektrycznej za pośrednictwem sieci dystrybucyjnej OSD do obiektów Zamawiającego, stanowiące załącznik nr 5 do SIWZ.

Z kolei w sekcji III.4.1 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonym w BZP, Zamawiający dla wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wymagał przedłożenia:

1. oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu;
2. koncesji, zezwolenia lub licencji;
3. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie;
4. oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej zamawiającego, nie może zawierać informacji innych niż ogłoszenie zamieszczone w BZP. Wskazanie w ogłoszeniu zamieszczonym w siedzibie oraz na stronie internetowej Zamawiającego innych informacji niż zamieszczone w ogłoszeniu zamieszczonym w BZP stanowi naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp.

3. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w BZP zawarł rozbieżne informacje w zakresie dokumentów, jakie miały zostać złożone przez Wykonawców

mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium i poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W treści powyższego ogłoszenia Zamawiający, w sekcji III.4.2) zawarł katalog dokumentów, których dostarczenia oczekiwał od wykonawców mających siedzibę na terenie RP. Zamawiający żądał przedłożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz 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 Pzp, wystawiony 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 oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W przypadku zaś wykonawcy mającego swoją siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, w sekcji III.4.3.2) ogłoszenia, Zamawiający wymagał przedstawienia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Zamiennie Wykonawca mógł dostarczyć oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się takiego zaświadczenia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przepis ten jednoznacznie obliuguje zamawiającego do traktowania jednakowo każdego z wykonawców, bez stosowania jakiegokolwiek zróżnicowania. Tożsame stanowisko zajął Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 5 maja 2008 r. (sygn. akt: X Ga 75/08) jednoznacznie wskazując, iż „w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca zawarł zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieograniczonego dostępu wszystkich podmiotów, albowiem zgodnie z treścią powołanego przepisu zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższe oznacza, że zamawiający jest

zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia tegoż postępowania”.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że Zamawiający powyżej opisanym działaniem dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

4. W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w BZP, Zamawiający wskazał, że Wykonawcy mają obowiązek dostarczyć w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp dokumenty, które zostały już wskazane w pkt 3 niniejszego opisu naruszeń. Tymczasem w treści SIWZ Zamawiający zawarł inny katalog dokumentów, których dostarczenia oczekiwał od Wykonawców, m.in. od Wykonawców mających siedzibę na terenie RP żądał przedłożenia aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku zaś Wykonawcy mającego swoją siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, Zamawiający wymagał złożenia dokumentów wystawionych w kraju, w którym Wykonawca ten ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono jego upadłości, a dokumenty te powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (w przypadku gdyby w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentu/dokumentów, o których mowa powyżej zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio do kraju pochodzenia osoby, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Dokument lub dokumenty miały być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.).

Tym samym stwierdzić należy, że katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu zawartym w BZP i katalog dokumentów przewidziany w SIWZ były rozbieżne.

Wskazać należy, że w przypadku, gdy zamawiający żąda od wykonawców dostarczenia określonych dokumentów, to wówczas żądanie takie powinno być zawarte zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w treści SIWZ, zaś zakres żądanych dokumentów powinien być tożsamy, tj. identyczny w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający powyżej opisanym działaniem dopuścił się naruszenia art. 25 ust.1 ustawy Pzp.

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

z up. Prezesa UZP
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Wiński
Daniel Wiński