



Wyniki przeprowadzonych w 2014 r.
przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
kontroli zamówień współfinansowanych
ze środków Unii Europejskiej

Spis treści:

Dział I – Zagadnienia ogólne.

I	Podstawa prawna prowadzenia kontroli przez Prezesa UZP	4
II	Statystyka kontroli za 2014 rok	5
III	Wyniki kontroli	9

Dział II – Przykłady naruszeń. 14

IV.1.	Naruszenia dotyczące braku stosowania ustawy Pzp oraz szacowania wartości zamówienia	14
IV.1.1.	Udzielenie zamówienia na podstawie art. 4 pkt 3 lit. e) i g) ustawy Pzp.....	14
IV.1.2.	Udzielenie zamówień przez podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i szacowanie zamówień na usługi szkoleniowe.....	17
IV.1.3.	Szacowanie wartości zamówienia na dostawę baz danych	22
IV.1.4.	Szacowanie wartości zamówienia na przebudowę dróg oraz budowę mostu....	25
IV.2.	Naruszenia dotyczące stosowania trybów niekonkurencyjnych.....	29
IV.2.1.	Zamówienie na świadczenie usług pomocy prawnej, art. 5 ust. 1a i 1b ustawy Pzp.....	29
IV.2.2.	Zamówienie na zakup systemu do epitaksji związków metaloorganicznych, art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.....	32
IV.2.3.	Zamówienie na dokończenie robót związanych z wykonaniem i uruchomieniem wentylacji mechanicznej oraz instalacji wod-kan, art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp	34
IV.2.4.	Zamówienie na utrzymanie placu budowy, art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.....	37
IV.2.5.	Zamówienie na budowę kanalizacji deszczowej, art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.....	39
IV.2.6.	Zamówienie na wykonanie uzupełniających, art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.....	41
IV.2.7.	Zamówienie na przebudowę ulicy wraz z przebudową mostu, art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.....	43
IV.3.	Naruszenia dotyczące oceny ofert, w tym podmiotów trzecich.....	44
IV.3.1.	Ocena doświadczenia kierowników robót.....	44
IV.3.2.	Omyłki i braki w kosztorysie ofertowym	45
IV.3.3.	Omyłki rachunkowe i inne w kosztorysie ofertowym.....	47
IV.3.4.	Brak zestawienia robocizny i materiałów.....	50
IV.3.5.	Brak kosztorysu ofertowego, nieczytelne poświadczenie za zgodność z oryginałem.....	51
IV.3.6.	Udostępnianie doświadczenia przez podmiot trzeci.....	54
IV.3.7.	Udostępnianie zasobów finansowych przez podmiot trzeci.....	57
IV.3.8.	Udostępnianie zasobów ekonomicznych przez podmiot trzeci.....	58
IV.3.9.	Udostępnianie sprzętu przez podmiot trzeci.....	61
IV.3.10.	Nieprzedłużenie terminu związania ofertą i wadium z inicjatywy wykonawcy....	62
IV.3.11.	Zabezpieczenie należytego wykonania umowy.....	63
IV.4.	Naruszenia dotyczące opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu kryteriów oceny ofert.....	65
IV.4.1.	Warunek wykazania doświadczenia w odrębnych zadaniach	65
IV.4.2.	Warunek wykazania doświadczenia w usłudze realizowanej dla podmiotu publicznego.....	68

IV.4.3.	Warunek doświadczenia w zakresie usług doradczych	70
IV.4.4.	Niejasny opis przedmiotu zamówienia i nieproporcjonalny warunek doświadczenia	73
IV.4.5.	Opis przedmiotu zamówienia na przydomowe oczyszczalnie ścieków wskazujący na konkretnego producenta	78
IV.4.6.	Niejasny opis przedmiotu zamówienia na przydomowe oczyszczalnie ścieków wskazujący na konkretnego producenta	80
IV.4.7.	Opis przedmiotu zamówienia na komputery przenośne wskazujący na konkretnego producenta.....	85
IV.4.8.	Opis przedmiotu zamówienia na sprzęt komputerowy i oprogramowanie wskazujący na konkretnych producentów	88
IV.4.9.	Opis przedmiotu zamówienia na śmieciarkę kompaktową wskazujący na konkretnego producenta.....	91
IV.4.10.	Opis kryterium gwarancji prowadzący do wyboru oferty z krótszym okresem gwarancji.....	93
IV.4.11.	Niejasno opisane kryteria oceny ofert na usługi doradcze.....	95

DZIAŁ I – Zagadnienia ogólne.

I. Podstawa prawna prowadzenia kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Ustawa Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp”, określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w tych sprawach. Zgodnie z art. 152 ust. 1 tejże ustawy centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Szczegółowe kompetencje Prezesa Urzędu wymienia art. 154 ustawy, w którym wskazano m.in., że Prezes czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą.

Prezes Urzędu posiada kompetencje kontrolne w stosunku do wszystkich zamówień publicznych bez względu na źródło ich finansowania. Zasady prowadzenia kontroli określone zostały w Rozdziale 3 Działu V ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z jej przepisami. Oznacza to, że Prezes Urzędu bada wyłącznie legalność udzielenia zamówienia, tj. zgodność prowadzonej procedury z przepisami ustawy. Kontrola odbywa się w siedzibie Urzędu na podstawie zgromadzonych w sprawie dokumentów, wyjaśnień oraz opinii biegłych i może mieć charakter kontroli uprzedniej (ex-ante, przed zawarciem umowy z wykonawcą) lub kontroli następczej (ex-post, po zawarciu umowy z wykonawcą).

W zakresie zamówień z udziałem środków unijnych Prezes Urzędu prowadzi:

- kontrole uprzednie obowiązkowe, jeżeli wartość zamówienia jest równa bądź przekracza 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych (art. 169 ust. 1 i 2 ustawy),
- kontrole doraźne uprzednie lub następcze wszczynane z urzędu lub na wniosek, jeżeli zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 i 4 ustawy Pzp).

Kontrolę doraźną może poprzedzić postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy w postępowaniu doszło do naruszenia mogącego mieć wpływ na wynik postępowania, a zatem – czy zasadne jest wszczęcie kontroli doraźnej.

Kontrola kończy się doręczeniem zamawiającemu informacji o wyniku, w której Prezes Urzędu stwierdza brak naruszeń bądź wskazuje wykryte nieprawidłowości. W przypadku kontroli uprzedniej, przeprowadzanej przed zawarciem umowy z wykonawcą, Prezes Urzędu może dodatkowo wydać zalecenia pokontrolne usunięcia stwierdzonych naruszeń lub unieważnienia postępowania. Natomiast kontrola następcza odbywa się po zawarciu umowy z wykonawcą, dlatego niemożliwe jest wydanie po jej przeprowadzeniu zaleceń wykonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu.

W razie stwierdzenia nieprawidłowości w wyniku przeprowadzenia kontroli Prezes Urzędu:

- zawiadamia rzecznika dyscypliny finansów publicznych, jeżeli w toku kontroli stwierdzono nieprawidłowości stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 168),
- może nałożyć karę pieniężną, jeżeli zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 – 4 i 7 ustawy Pzp i w toku kontroli stwierdzono naruszenia wymienione w art. 200 ustawy Pzp,
- może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenia, o których mowa w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, a także o unieważnienie zmiany umowy, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenie art. 144 ust. 1 Pzp.

W przypadku przeprowadzenia kontroli zamówienia współfinansowanego ze środków UE, o wyniku kontroli – poza podmiotami, na wniosek których kontrola została wszczęta - zawsze informowana jest właściwa instytucja zarządzająca i instytucja pośrednicząca.

II. Statystyka kontroli za 2014 rok.

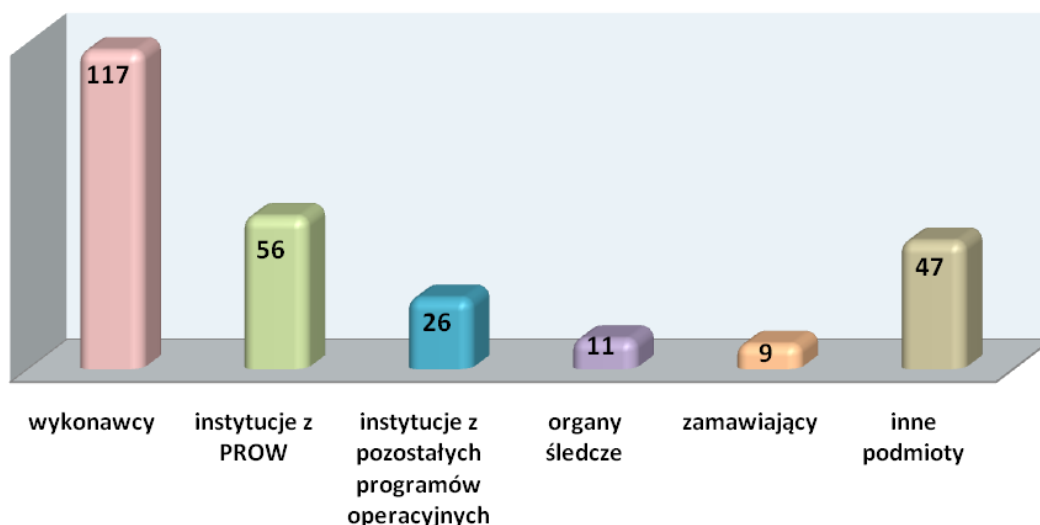
W 2014 r. do Urzędu Zamówień Publicznych **wpłynęło 266 wniosków o kontrolę** zamówień współfinansowanych ze środków UE. Wnioski te kierowali przede wszystkim wykonawcy (117 wniosków), ale także instytucje zaangażowane we wdrażanie funduszy unijnych w Polsce (82 wnioski). Wśród ww. instytucji większość wniosków (56, tj. 68 % z 82) złożyły instytucje zajmujące się Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Programem operacyjnym zrównoważony rozwój sektora rybołówstwa i nadbrzeżnych obszarów rybackich, tj. Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, urzędy marszałkowskie oraz Agencja Modernizacji i Restrukturyzacji Rolnictwa. Pozostałe wnioski o kontrolę doraźną składały m.in. organy ścigania oraz sami zamawiający.

Ww. wnioskodawcy podnosili zarzuty¹:

- dotyczące oceny ofert – 114 wniosków,
- dotyczące opisu warunków udziału w postępowaniu – 30 wniosków,
- dotyczące opisu przedmiotu zamówienia – 45 wniosków,
- dotyczące trybu udzielenia zamówienia – 7 wniosków,
- dotyczące braku stosowania ustawy Pzp – 3 wnioski,
- dotyczące unieważnienia postępowania – 9 wniosków,
- dotyczące zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub siwz – 33 wnioski,
- dotyczące zmian umowy – 11 wniosków,
- dotyczące realizacji umowy – 20 wniosków,
- dotyczące innych kwestii (np. szacowanie wartości zamówienia, termin składania ofert, powiązania między zamawiającym a wykonawcą) – 41 wniosków,
- dotyczące innych kwestii niż regulowane przepisami ustawy Pzp – 4 wnioski.

¹ Łączna liczba zarzutów jest większa niż 266, gdyż w jednym wniosku może być zawartych kilka różnych zarzutów.

Podmioty wnioskujące o kontrolę zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej



W badanym okresie Prezes Urzędu rozpatrzył 279² wniosków o wszczęcie kontroli doraźnych zamówień współfinansowanych ze środków UE. W ramach rozpatrywania ww. wniosków przeprowadzono 182 postępowania wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy zachodzi podstawa do wszczęcia kontroli doraźnej. Dodatkowo przeprowadzono też 14 postępowań wyjaśniających wszczętych z urzędu.

Ostatecznie przeprowadzono 38 kontroli doraźnych zamówień współfinansowanych ze środków UE, w tym 37 kontroli następczych i jedną kontrolę uprzednią. Kontrole te zostały wszczęte na wniosek: wykonawców (10 kontroli), instytucji zaangażowanych we wdrażanie programów unijnych (16 kontroli, w tym w jednej sprawie wniosek złożył jednocześnie zamawiający), organów ścigania (3 kontrole, w tym w jednej sprawie wniosek złożył jednocześnie wykonawca), zamawiających (4 kontrole, w tym w 3 sprawach wniosek złożył zamawiający nadzorujący swój oddział, który udzielał zamówień) i organ administracji (1 kontrola). Ponadto 4 kontrole doraźne następcze zostały wszczęte z urzędu przez Prezesa Urzędu z powodu uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu doszło do naruszeń mogących mieć wpływ na jego wynik z powodu zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki.

Kontrole doraźne dotyczyły zamówień o wartościach na ogół nie przekraczających tzw. progów unijnych³. Były to głównie zamówienia na roboty budowlane w zakresie modernizacji przestrzeni publicznej (np. budowa nowych świetlic wiejskich na terenie gminy, zagospodarowanie centrum wsi, remont boiska, budowa boisk wielofunkcyjnych i placów

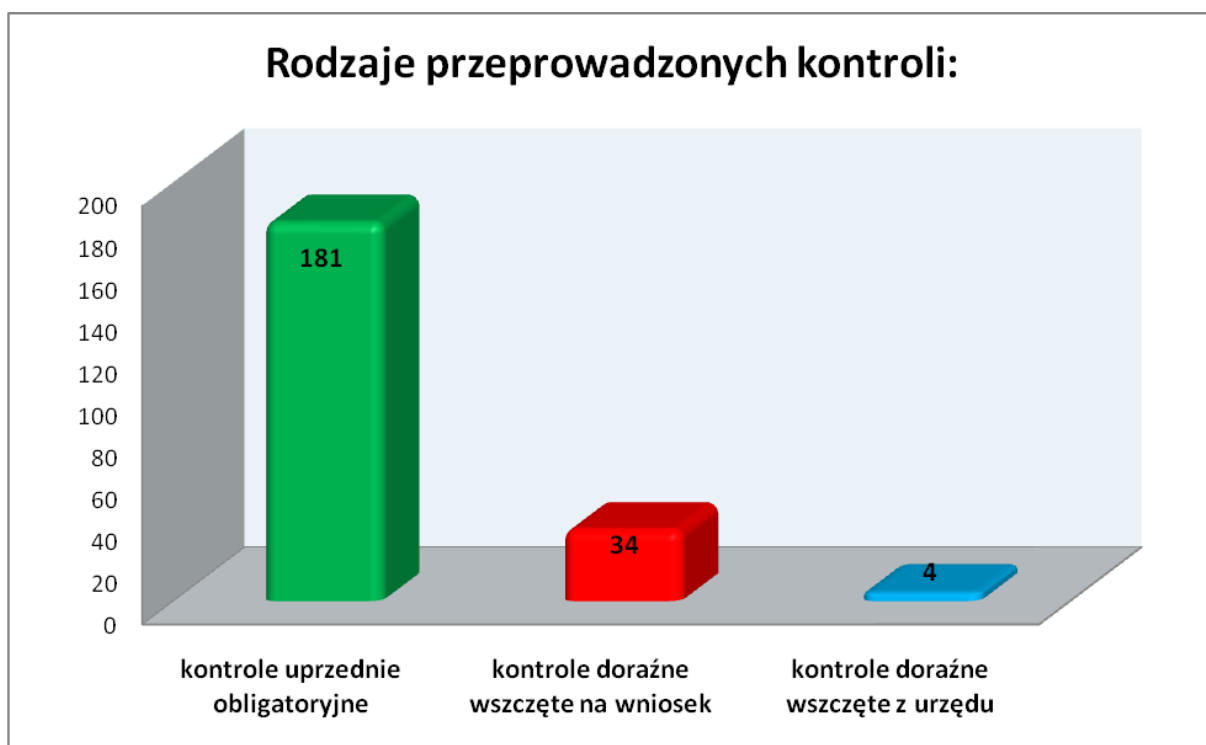
² Część rozpatrzonych wniosków o kontrolę została wniesiona przed 2014 r.

³ Zgodnie z obowiązującym w 2014 r. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23.12.2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. z 2013 r., poz. 1735) progi te wynosiły 134.000 euro lub 207.000 euro lub 414.000 euro dla dostaw i usług – w zależności od rodzaju zamawiającego oraz 5.186.000 euro dla robót budowlanych.

zabaw), ale też rozbudowy lub przebudowy infrastruktury publicznej (np. budowa kanalizacji, budowa przydomowych oczyszczalni ścieków, czy remont nabrzeży w porcie). W przypadku usług dominowały zamówienia na usługi inżyniera kontraktu, nadzoru inwestorskiego, usługi edukacyjne i doradcze. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom doraźnym wyniosła ponad 556 mln zł (w 2013 r. – ok. 560 mln zł).

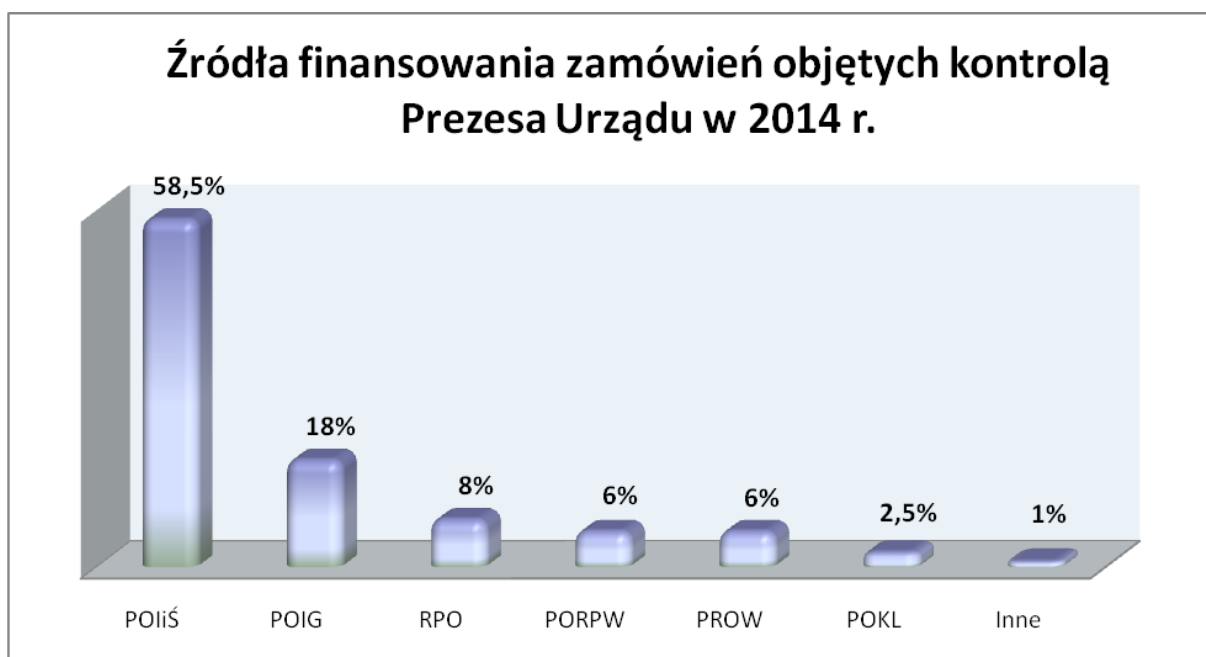
Ponadto przeprowadzono **181 kontroli uprzednich obligatoryjnych**. Zamówienia objęte tymi kontrolami dotyczyły przede wszystkim inwestycji kolejowych, drogowych, wodociągowo-kanalizacyjnych, budowy sieci szerokopasmowych, budowy baz danych, dostaw aparatury naukowo badawczej oraz dostaw tramwajów, czy elektrycznych zespołów trakcyjnych i były najczęściej współfinansowane w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom obligatoryjnym uprzednim wyniosła ponad 31 mld zł (w 2013 r. – 40,5 mld zł).

W sumie w 2014 r. Prezes Urzędu przeprowadził **219 kontroli zamówień współfinansowanych ze środków unijnych** (w 2013 r. – 256 kontroli). Łączna wartość objętych kontrolą zamówień wyniosła prawie 32 mld zł.



Kontrole przeprowadzone przez Prezesa Urzędu dotyczyły zamówień objętych następującymi programami operacyjnymi:

- 128 zamówień (ok. 58,5 %) z PO Infrastruktura i Środowisko,
- 40 zamówień (ok. 18 %) z PO Innowacyjna Gospodarka,
- 13 zamówień (ok. 6 %) z PO Rozwój Polski Wschodniej,
- 14 zamówień (ok. 6 %) z PROW,
- 1 zamówienie z Programu Operacyjnego Zrównoważony rozwój sektora rybołówstwa i nadbrzeżnych obszarów rybackich (ok. 0,5 %),
- 6 zamówienia (ok. 2,5 %) z PO Kapitał Ludzki,
- 1 zamówienie z PO Pomoc Techniczna (ok. 0,5 %),
- 16 zamówień (ok. 8 %) z Regionalnych Programów Operacyjnych, w tym:
 - 4 zamówienia z RPO Warmia i Mazury,
 - 4 zamówienia z RPO Województwa Mazowieckiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Podkarpackiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Zachodniopomorskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Kujawsko-Pomorskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Pomorskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Małopolskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Dolnośląskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Łódzkiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Śląskiego.



III. Wyniki kontroli.

Łączne wyniki przeprowadzonych w 2014 r. wszystkich 219 kontroli dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków unijnych przedstawiały się następująco:

W 153 kontrolach (70% z 219) nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp. Przy czym absolutna większość takich przypadków (148) dotyczyła największych zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych.

W 66 skontrolowanych postępowaniach (30% z 219) stwierdzono naruszenia ustawy Pzp, w tym 22 kontrole (10% z 219) wykazały naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania, natomiast 44 kontrole (20% z 219) wykazały naruszenia mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

W związku z wykryciem w toku kontroli nieprawidłowości mogących mieć wpływ na wynik postępowania:

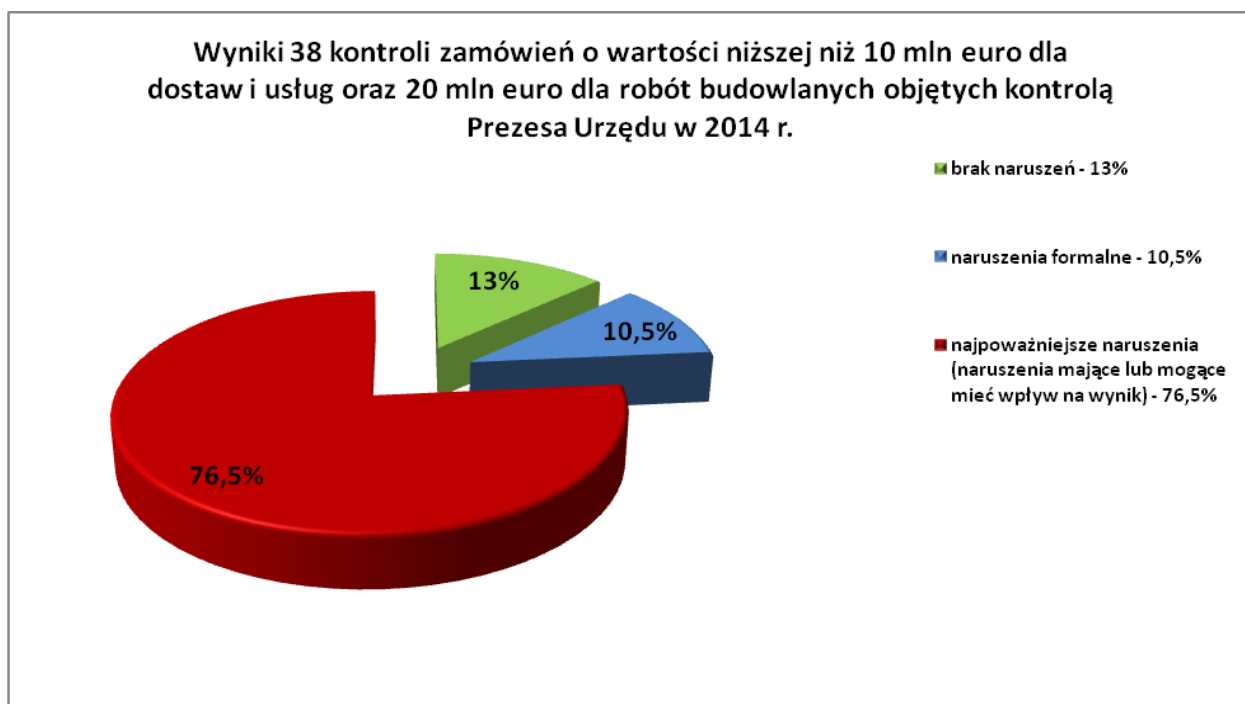
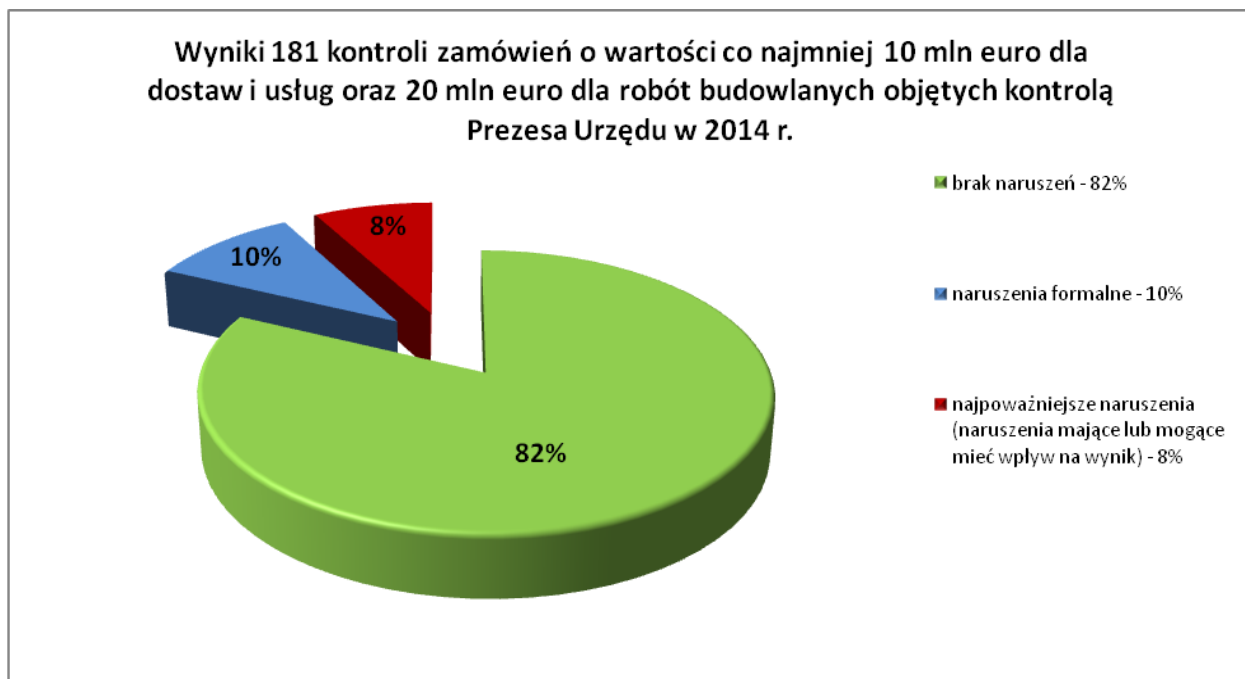
- w przypadku 29 kontroli doraźnych następczych, w zależności od rodzaju zamawiającego i rodzaju stwierdzonych naruszeń, zawiadamiano rzeczownika dyscypliny finansów publicznych lub wnioskowano o nałożenie kary pieniężnej oraz wnioskowano o wystąpienie do sądu o unieważnienie umowy,
- w przypadku 14 kontroli uprzednich wydawano zalecenia usunięcia ww. naruszeń. Wszystkie zalecenia zostały przez zamawiających wykonane i tym samym przywrócono stan zgodności z prawem,
- w przypadku 1 kontroli uprzedniej, dotyczącej postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki, wydano zalecenie unieważnienia tego postępowania; zalecenie zostało przez zamawiającego wykonane.

Ponadto, o wyniku każdej kontroli zawsze informowana była właściwa instytucja zarządzająca i instytucja pośrednicząca, a w przypadku regionalnych programów operacyjnych – właściwa instytucja zarządzająca. W uzasadnionych przypadkach, Prezes Urzędu informował o nieprawidłowościach także Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Centralne Biuro Antykorupcyjne.

Wyżej opisane łączne wyniki kontroli, w podziale na rodzaje kontroli przedstawiały się następująco:

Wynik kontroli	Kontrole uprzednie obligatoryjne (181) zamówień o wartości min. 20 mln euro dla robót budowlanych oraz 10 mln euro dla dostaw i usług	Kontrole doraźne (38) zamówień o wartości zwykle nie przekraczającej tzw. progów unijnych
Brak naruszeń	148 (82% ze 181)	5 (13% z 38)

Naruszenia formalne (nie mające wpływu na wynik postępowania)	18 (10% ze 181)	4 (10,5% z 38)
Najpoważniejsze naruszenia (mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania)	15 (8% ze 181)	29 (76,5% z 38)



Najczęściej stwierdzone w wyniku kontroli naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie zmieniły się istotnie w stosunku do lat ubiegłych:

- 1) naruszenia ustawy Pzp mogące mieć lub mające wpływ na wynik postępowania dotyczyły:
 - nieuprawnionego odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp,
 - dzielenia zamówienia na części, w wyniku czego nie stosowano przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej jego wartości,
 - niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki,
 - niezgodnego z przepisami ustawy Pzp odrzucenia najkorzystniejszej oferty lub wykluczenia wykonawcy, który złożył taką ofertę,
 - wyboru oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu lub jego oferta podlegała odrzuceniu,
 - opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję,
 - opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję,
- 2) naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania polegały w szczególności na:
 - wadliwej treści ogłoszeń o zamówieniu lub siwz, szczególnie w zakresie żądanych od wykonawców dokumentów,
 - zaniechaniu wezwania wykonawcy do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli nie dotyczyło to najkorzystniejszej oferty,
 - nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisie sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu,
 - bezpodstawnym ograniczeniu możliwości korzystania z podwykonawstwa.

Ponieważ stwierdzone nieprawidłowości powtarzają się corocznie, warto opisać spostrzeżenia dotyczące przyczyn ich powstawania. Przykładowo, dokonując oceny zgromadzonej w kontroli dokumentacji, jak też udzielanych przez zamawiających wyjaśnień, należy zauważyć, że niezasadne stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, czy też niedozwolone zmiany umowy (niezależnie od faktu, że zmiany umowy nie były akurat przedmiotem kontroli w 2014 r.), są najczęściej wynikiem:

- braku umiejętności zdefiniowania i opisanego faktycznych uzasadnionych potrzeb, niejednoznacznego, nierzetelnego opisu przedmiotu zamówienia, czyli braku dochowania przez zamawiającego należytej staranności na etapie przygotowania postępowania, co z kolei bywa skutkiem braku świadomości znaczenia tego opisu dla późniejszej realizacji inwestycji, braku znajomości odpowiednich przepisów ustawy Pzp dotyczących nie tylko samego opisu przedmiotu zamówienia, ale także możliwości zastosowania dialogu technicznego, przewidzenia prawa opcji, zamówień uzupełniających czy zmian umowy,
- pośpiechu spowodowanego zbyt późnym rozpoczęciem realizacji projektu i koniecznością zakończenia jego realizacji w terminach przewidzianych w umowie o dofinansowanie,
- zawarcia umowy, która nie przewiduje istotnych dla zamawiającego uprawnień w zakresie np. praw autorskich, egzekwowania udziału w realizacji zamówienia podmiotów, które posiadają wymagany na etapie postępowania potencjał (doświadczenie, kadra, sprzęt, finanse), egzekwowania należytego wykonania zamówienia, przewidywanych zmian umowy,
- nieznanności przepisów Pzp dotyczących trybów udzielania zamówień i zmian umowy lub niewłaściwej ich interpretacji.

Z kolei naruszenia z zakresu oceny ofert wynikają najczęściej z niezajomości przepisów ustawy Pzp, zwłaszcza dotyczących obowiązku wzywania do uzupełniania lub wyjaśniania określonych dokumentów w ofercie czy niskiej ceny, ale także z niekonsekwencji w egzekwowaniu wymogów, które zamawiający sam przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu albo specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym takich, które zgodnie z przepisami Pzp nie były obligatoryjne) oraz braku świadomości znaczenia wyboru oferty dla późniejszego należytego wykonania inwestycji.

Naruszenia dotyczące treści ogłoszeń lub siwz często wynikają z braku staranności w ich przygotowaniu, w tym także z wykorzystywania specyfikacji obowiązujących w poprzednio prowadzonych postępowaniach bez starannego sprawdzenia, które z zawartych w nich zapisów należy przystosować do nowo udzielanego zamówienia.

Podsumowując ww. spostrzeżenia można stwierdzić, że – niezależnie od możliwości celowego dopuszczania się naruszeń - przyczyną większości stwierdzanych nieprawidłowości jest brak należytej staranności zamawiających oraz brak powiązania czynności dokonywanych na etapie przygotowania postępowania i w jego trakcie z czynnościami, które muszą być dokonywane na etapie realizacji zamówienia, w tym także niewystarczający nadzór na jego realizacją.

W szczególności należy zauważyć problem z niejasnym, niepełnym, nieuwzględniającym wszystkich potrzeb i wymogów funkcjonalnych, opisywaniem przedmiotu zamówienia, również w dokumentacji projektowej robót budowlanych. W sposób negatywny rzutuje to na czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia poprzez zwiększoną ilość pytań wykonawców do siwz i przedłużanie terminu składania ofert, ale także na etap realizacji zamówienia. Wszystkie bowiem niedostatki opisu przedmiotu zamówienia, niezauważone przez zamawiającego lub wykonawców i nieusunięte przed terminem składania ofert, ujawniają się w trakcie realizacji zamówienia, zmuszając zamawiających do wspomnianych już wyżej zmian umowy czy udzielania zamówień dodatkowych w trybie z wolnej ręki, niejednokrotnie w sytuacjach, w których nie są spełnione ustawowe przesłanki dla takich rozwiązań. Powyższe prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a ponadto – do problemów z należyłą realizacją zamówienia, z zakończeniem jego realizacji, czy do sporów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w toku realizacji zamówienia.

Niezależnie od negatywnego wpływu powyższych działań na rynek zamówień publicznych, mogą one skutkować również nałożeniem sankcji na zamawiających, w tym – w przypadku zamawiających wydatkujących środki unijne – korektami finansowymi.

W stosunku do wyników kontroli z 2013 r. zmniejszyła się liczba naruszeń dotyczących podmiotów trzecich. W szczególności z dokumentacji kontrolowanych postępowań wynika, że zamawiający częściej i dokładniej analizują dokumenty składane przez wykonawców na potwierdzenie korzystania z zasobów podmiotów trzecich, częściej wzywają wykonawców, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do uzupełnienia lub wyjaśnienia zobowiązań pochodzących od tych podmiotów, domagając się konkretnych informacji dotyczących zwłaszcza tego, w jaki sposób i na jakich zasadach podmiot trzeci będzie faktycznie udostępniał swoje doświadczenie. Niestety rzadziej wezwania takie stosowane są w przypadku udostępniania wykonawcy zasobów finansowych. Generalnie jednak widoczna jest pozytywna zmiana w przypadku większości kontrolowanych w 2014 r. zamawiających w stosowaniu przepisów dotyczących ww. instytucji. Trudno ocenić, czy jest ona wynikiem obowiązującego od 20 lutego 2013 r. rozporządzenia⁴ wskazującego zakres informacji, jakich można żądać od wykonawcy w celu potwierdzenia dostępności zasobów podmiotów

⁴ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231).

trzecich, konsekwentnego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych oraz coraz bardziej stabilnego orzecznictwa w tym zakresie, czy też wzrostu świadomości zamawiających co do negatywnych skutków niezbadania dostępności zasobów podmiotów trzecich, jakie mogą mieć miejsce na etapie realizacji zamówienia. Brak realnego korzystania z doświadczenia, kadry czy środków finansowych podmiotu trzeciego przez wykonawcę, który sam nie posiada wymaganego potencjału w ww. zakresie, zwiększa bowiem ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Ponadto sytuacja taka uzasadnia postawienie pytania o celowość opisywania w postępowaniu warunków, których spełniania nie wymaga się następnie od podmiotów faktycznie realizujących zamówienie. Dlatego też, poza odnotowaniem pozytywnego kierunku zmian w zakresie badania przez zamawiających dostępności zasobów podmiotów trzecich, należy także zauważyć, że nie jest on wystarczający do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Celem jest bowiem należyta realizacja zamówienia, a dla jego osiągnięcia konieczny jest też faktyczny nadzór na tą realizacją, zarówno w zakresie technicznym wykonywania zamówienia, jak też w zakresie egzekwowania wykonywania zamówienia przez podmioty, które spełniają postawione w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego, sprzętowego, czy finansowego.

W Dziale II niniejszego opracowania przytoczone zostały przykłady najpoważniejszych naruszeń mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, stwierdzonych przez Prezesa Urzędu w wyniku kontroli przeprowadzonych w 2014 r.

DZIAŁ II – Przykłady naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV.1. Naruszenia dotyczące odstąpienia od stosowania ustawy Pzp oraz szacowania wartości zamówienia:

IV.1.1. Przedmiot zamówienia: dostawa usług poprzez nabycie licencji

Wartość zamówienia: 211 800,00 zł (55 170,17 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Zamawiający podpisał z wykonawcą umowę zatytułowaną: „zamówienie w zakresie usług: 1. Badań naukowych i prac rozwojowych; 2. Świadczenia usług badawczych; 3. Nabycie, przygotowanie i produkcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji, Internecie; 4. Przygotowanie i produkcja na zasadzie koprodukcji materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji i Internecie”.

Na podstawie zawartej umowy wykonawca zobowiązał się „przeprowadzić na rzecz zamawiającego, dostawę usług poprzez nabycie licencji w zakresie prac rozwojowych, prac badawczych, badawczo – rozwojowych, jak i adaptacji i przygotowania materiałów programowych do emisji w radiu, telewizji i Internecie w ramach projektu „Wspieranie powiązań i rozwoju produktów branży AGD” pozycja „Opracowanie kryteriów rekomendacyjnych i certyfikacyjnych dla rozproszonych grup towarowych i indeksów porównawczych”, jak i „Opracowania kryteriów rekomendacyjnych i certyfikacyjnych Świat Jakości AGD”. Z ww. umowy wynika, że „Informacje badawcze, badawczo – rozwojowe i programowe na bazie udzielonej licencji, będą w zakresach koprodukcyjnie uzgodnionych materiałów, publikowane w Kanale Mediów, Kanale Badawczym, Kanale SJAGD, Kooperacyjnym Systemie Współużytkowania Usług, zwanym także Centralną Platformą Cyfrową Branży AGD.”

W przekazanych wyjaśnieniach zamawiający stwierdził, że „(...) materiały programowe, jeśliby zostały przekazane przez wykonawcę – mogłyby zostać zamieszczone w Internecie oraz w Kanale Mediów, Kanale Badawczym, Kanale SJAGD, Kooperacyjnym Systemie Współużytkowania Usług, zwanym także Centralną Platformą Cyfrową Branży AGD. Pojęcie <Kanał Mediów, Kanał Badawczy, Kanał SJAGD, Kooperacyjny System Współużytkowania Usług, zwany także Centralną Platformą Cyfrową Branży AGD> w chwili obecnej nie odnosi się do żadnego istniejącego kanału dystrybucyjnego zamawiającego. (...) W chwili obecnej jest pojęciem nie odnoszącym się do żadnego elementu istniejącego w rzeczywistości”.

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny należy wskazać, że przepis art. 4 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog zamówień, do których udzielenia ustawa Pzp nie ma zastosowania. Odstąpienie od obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp może zatem nastąpić tylko i wyłącznie w okolicznościach wymienionych enumeratywnie w tym przepisie. Przepisy wyłączające obowiązek stosowania ustawy Pzp do udzielania zamówień należą do kategorii szczególnych, gdyż tworzą wyjątek od ogólnej zasady, że podmioty określone w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp udzielają zamówień publicznych po przeprowadzeniu postępowań w

sprawie ich udzielenia zgodnie z przepisami tej ustawy Pzp. Podkreślić należy, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) w utrwalonym orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych wyraźnie wskazał, że każdy wyjątek od obowiązku stosowania procedur przetargowych należy interpretować ściśle i zawężająco, a podmiot, który się na niego powołuje, musi być w stanie wykazać okoliczności, które uzasadniają jego zastosowanie.

Stosownie do treści art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp, ustawa nie znajduje zastosowania do zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności. Ustalając przedmiotowy zakres wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp, uzasadnione jest zatem odwołanie się do rozumienia pojęć badań naukowych i prac rozwojowych zawartego w ustawie z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. Nr 96, poz. 115, ze zm.). Powyższa ustawa, wpisując się w unijną interpretację przedmiotowych pojęć, wąsko definiuje pojęcia badań naukowych i prac rozwojowych, tj.:

1) rozumiejąc badania naukowe jako:

a) badania podstawowe, czyli oryginalne prace badawcze eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobywania nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie praktyczne zastosowanie lub użytkowanie,

b) badania stosowane - prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na zastosowanie w praktyce,

c) badania przemysłowe;

2) natomiast prace rozwojowe określając jako nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i działalności gospodarczej oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz tworzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów i usług, w szczególności:

a) tworzenie projektów, rysunków, planów oraz innej dokumentacji do tworzenia nowych produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one przeznaczone do celów komercyjnych,

b) opracowywanie prototypów o potencjalnym wykorzystaniu komercyjnym oraz projektów pilotażowych, w przypadkach gdy prototyp stanowi końcowy produkt komercyjny, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna; w przypadku gdy projekty pilotażowe lub demonstracyjne mają być następnie wykorzystywane do celów komercyjnych, wszelkie przychody uzyskane z tego tytułu należy odjąć od kwoty kosztów kwalifikowanych pomocy publicznej,

c) działalność związaną z produkcją eksperymentalną oraz testowaniem produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one wykorzystywane komercyjnie, prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

Pojęcie „usług w zakresie badań naukowych”, o których mowa w ustawie Pzp, należy więc utożsamiać z pojęciem „badań naukowych” zdefiniowanym w ustawie o zasadach finansowania nauki, uwzględniając jednocześnie wspólnotowe konotacje znaczeniowe tego pojęcia. To samo odnosi się do określenia „usług w zakresie prac rozwojowych”, które należy utożsamiać z pojęciem „prace rozwojowe”, również zdefiniowanym w tej ustawie.

Ze sposobu określenia przez zamawiającego przedmiotu zamówienia wynika, że przedmiotem tym było „nabycie licencji”, nie zaś prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych, czy też świadczenie usług badawczych. Abstrahując od faktu, że z okoliczności sprawy wynika, iż w istocie żadna licencja nie mogła zostać i nie została nabyta, to opis przedmiotu zamówienia, poza zdawkowymi informacjami („Przedmiotem umowy jest dostawa licencji na opracowanie, wdrożenie i realizację programistyczną Programu Jakościowego „Świat Jakości AGD” w ramach projektu „Wspieranie powiązań i rozwoju produktów branży RTV-AGD” współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach działania 5.1. Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 – 2013, zgodnie z ofertą Wykonawcy stanowiącą załącznik nr 1 do Umowy oraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamówienie zostanie zrealizowane w terminie do 824 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy w zakresie zgodnym z ofertą Wykonawcy lub jej częścią zaakceptowaną przez zamawiającego stanowiącą załącznik nr 3 do umowy tj. do dnia 7 czerwca 2011 r.”), nie pozwala na stwierdzenie, że faktycznie zamówienie obejmowało usługi, o których mowa w art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp.

Ponadto, niezależnie od faktu, że zamówienie nie obejmuje usług, o których mowa w art. 4 pkt 3 lit e ustawy Pzp, należy zauważyć, że nawet gdyby hipotetycznie usługi takie wchodziły w jego zakres, nie można byłoby przyjąć, że nie są one w całości opłacane przez zamawiającego. Tymczasem, z omawianego przepisu wynika, że ustawa Pzp nie będzie miała zastosowania do usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych jeśli usługi te:

- nie będą w całości opłacane przez zamawiającego lub
- jeśli ich rezultaty nie będą stanowić wyłącznie własności zamawiającego.

Odnosząc się do przesłanki opłacania zamówienia wskazać należy, iż opłacenie usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz usług badawczych w całości przez zamawiającego oznacza, że podmiotem zobowiązanym do zapłaty całości wynagrodzenia należnego wykonawcy jest jeden podmiot – zamawiający. Bez znaczenia dla powyższej kwalifikacji jest ustalenie pochodzenia środków zamawiającego przeznaczonych na sfinansowanie danego zamówienia. Z kolei nawet niewielki procentowo udział środków pochodzących od innego podmiotu w opłacaniu zamówienia powoduje, że przesłanka, o której mowa w art. 4 pkt. 3 lit. e ustawy Pzp, odnosząca się do nie opłacania w całości przez zamawiającego udzielanego zamówienia, zostanie spełniona. Powyższe nie może być jednak dokonywane w celu omijania przepisów ustawy Pzp.

W związku z tym, że w niniejszej sprawie przedmiot zamówienia miał być w całości opłacany przez zamawiającego (częściowo ze środków unijnych), stwierdzić należy, że zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiej podstawy prawnej, z powodu której nie zastosowano przepisów ustawy Pzp do udzielenia niniejszego zamówienia, należy zauważyć, że zgodnie z art. 4 pkt 3 lit g ustawy Pzp, ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji lub Internecie. Powyższe wyłączenie dotyczy wyłącznie materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji lub Internecie. Z uwagi na fakt, iż przepisy ustawy o radiofonii i telewizji oraz przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „emisja”, do ustalenia jego znaczenia zasadne jest posiłkowe posłużenie się definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego, zgodnie z którą przez „emisję” należy m.in. rozumieć nadawanie programu radiowego lub telewizyjnego. Tak rozumianej „emisji” nie mogą realizować dowolne

podmioty, lecz wyłącznie podmioty dysponujące odpowiednimi możliwościami technicznymi, które pozwalają na emitowanie programu radiowego lub telewizyjnego w sposób umożliwiający jego odbiór w szczególności za pośrednictwem odbiorników radiowych lub telewizyjnych, tj. nadawcy radiowi lub telewizyjni. Art. 4 pkt 3 lit. g) ustawy Pzp nie daje podstaw do skorzystania z tego wyłączenia także w przypadku nabycia, produkcji lub koprodukcji materiałów o dowolnej treści lub formie nadających się do zamieszczenia w Internecie, które nie mają jednak charakteru materiałów programowych w powyżej zaprezentowanym rozumieniu, tj. nie są przeznaczone do emisji w radiu lub telewizji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych. W szczególności, wyłączenie z art. 4 pkt 3 lit. g) ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania do udzielania zamówień na przygotowywanie publikacji internetowych przyjmujących formę plików tekstowych, a służących do uaktualniania serwisów informacyjnych, edukacyjnych, publicystycznych czy rozrywkowych, które zamawiający będzie samodzielnie umieszczał w ramach prowadzonego przez siebie portalu internetowego.

W konsekwencji, jeżeli zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiotem jest nabycie, przygotowanie lub koprodukcja materiałów programowych w innym celu niż emisja w radiu, telewizji lub Internecie za pośrednictwem podmiotów uprawnionych do ich rozpowszechniania, nie będzie powodowało to jego objęcia zakresem wyłączenia określonego w art. 4 pkt 3 lit. g) ustawy Pzp. Zamawiający w tej sytuacji będzie obowiązany do stosowania procedur przewidzianych ustawą Pzp.

Ponieważ z przywołanych powyżej wyjaśnień zamawiającego wynika, że materiały programowe, jeśliby zostały przekazane przez wykonawcę – mogłyby zostać zamieszczone w Internecie oraz w Kanale Mediów, Kanale Badawczym, Kanale SJAGD, Kooperacyjnym Systemie Współużytkowania Usług (zwanym także Centralną Platformą Cyfrową Branży AGD), stwierdzić należy, że zamawiający nie był również uprawniony do skorzystania z art. 4 pkt 3 lit. g) ustawy Pzp, gdyż nie zostały wypełnione przesłanki wskazane w tym przepisie. Przede wszystkim materiały programowe miały być zamieszczone w mediach będących kanałami dystrybucyjnymi zamawiającego, nie zaś emitowane w radiu, telewizji i Internecie przez media koncesyjne.

Reasumując: zamawiający bezprawnie udzielił przedmiotowego zamówienia z wyłączeniem stosowania ustawy Pzp, gdyż nie zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 4 pkt 3 lit e) i g) ustawy Pzp, które uzasadniałyby powołanie się na wyłączenia wskazane w tych przepisach. Poza naruszeniem ww. przepisów zamawiający naruszył także art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym zamawiający udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Pzp, tj. naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyników kontroli.

IV.1.2. Przedmiot zamówienia: przeprowadzenie szkoleń oraz doradztwa po szkoleniach

Wartość zamówienia: łącznie 2 184 674,53 zł (543.505,46 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

Zamawiający - Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., udzielił szeregu zamówień na usługi szkoleniowe bez zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W celu dokonania oceny dopuszczalności odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp, w

pierwszej kolejności należy ustalić, czy ARR S.A. jest zamawiającym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. W związku z tym należy odwołać się do art. 3 ustawy Pzp, przy czym analiza podmiotowości prawnej na gruncie ustawy Pzp spółek prawa handlowego, jaką jest ww. Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., z uwagi na zakres regulacji tego przepisu, powinna opierać się co do zasady na dyspozycji art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 3 ust. 1 pkt. 3, ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne, niż jednostki sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz jednostki sektora finansów publicznych i inne niż jednostki sektora finansów publicznych państwowe jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50%, lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Z treści statutu Agencji Rozwoju Regionalnego S.A. wynika, iż kapitał zakładowy Spółki dzieli się na 5 749 akcji. Zgodnie z listą akcjonariuszy przekazaną przez zamawiającego (stan na lipiec 2013 r.), 93,63 % akcji należy do Samorządu Województwa, należącego do jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 9 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz.1240 ze zm.). Tym samym ww. udziałowiec jest podmiotem, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, posiadającym ponad połowę udziałów w ww. Spółce. Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż w stosunku do ww. Agencji Rozwoju Regionalnego S.A. realizuje się przesłanka wskazana w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy Pzp. Dodatkowo, Agencja prowadzi działalność w formie spółki akcyjnej, posiada zatem osobowość prawną.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy zatem rozważyć, czy Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego i tym samym, czy do udzielanych przez nią zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Pzp.

Pojęcie „potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego” („potrzeb w interesie ogólnym”) nie zostało zdefiniowane w żadnym akcie prawnym. Podjęcie próby określenia znaczenia tego pojęcia może nastąpić w oparciu o orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W orzecznictwie ETS przyjmuje się, iż z potrzebami tego typu mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy z przyczyn związanych z interesem publicznym państwo zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb, albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ. (wyrok ETS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C – 360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden vs. BFI Holding). Tak więc państwo, tworząc podmioty prawa publicznego decyduje się (z przyczyn związanych z interesem ogólnym) pewne potrzeby zaspokajać samo, lub mieć decydujący wpływ na sposób zaspokajania tych potrzeb. Podmiot prawa publicznego zaspokajając potrzeby o charakterze powszechnym niemające charakteru handlowego lub przemysłowego zasadniczo kieruje się względami innymi niż ekonomiczne.

W wyroku z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C – 44 /96 Mannesman Anlagenbau Austria AG and Others vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH ETS stwierdził, iż z potrzebami o

charakterze powszechnym mamy do czynienia w przypadku potrzeb, których zaspokojenie jest ściśle związane z instytucjonalną działalnością państwa, powinno służyć społeczeństwu jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym. W tych okolicznościach nie jest ważna forma organizacyjno prawna, za pomocą której zaspokajane są te potrzeby, a pojęciem tym zostaną objęte zasadniczo wszelkie zadania ze swej istoty uważane za publiczne. Innymi słowy przez działalność publiczną należy rozumieć, każde działanie, które nie jest wykonywane w celu zaspokojenia pojedynczej, prywatnej potrzeby. Wśród potrzeb o charakterze powszechnym znajdują się takie, które mają charakter potrzeb zbiorowych, a ich zaspokojenie następuje w drodze świadczenia usług powszechnych poprzez bieżące i nieprzerwane świadczenie tych usług dla ogółu społeczeństwa. Wskazać również należy, że w sytuacji, gdy podmiot wykonuje również inne zadania niż publiczne, rozstrzygające znaczenie ma ocena pierwotnego celu jego utworzenia. Jeżeli instytucja została utworzona w celu zaspokajania potrzeb powszechnych, a zaczęła prowadzić także działalność gospodarczą nastawioną na zysk, utrzymuje ona status instytucji prawa publicznego nawet, jeżeli działalność w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto handlową (Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001 rok, s. 33-34).

Wykładni pojęcia działalności o charakterze użyteczności publicznej służącej zaspokojeniu powyższych potrzeb dokonał również Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r., (sygn. akt. W 8/96), w sprawie ustalenia powszechnie obowiązującej wykładni art. 2 pkt 7 i art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76, poz. 344 ze zm.). Zdaniem Trybunału, zadania o charakterze "użyteczności publicznej" należy rozumieć możliwie najszerzej i winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej. Do zadań tych należy zaspokojenie potrzeb zbiorowych społeczeństwa. Wymieniając przykładowy katalog zadań o charakterze użyteczności publicznej TK wymienił: zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych.

Z art. 7 statutu Agencji Rozwoju Regionalnego S.A. wynika, iż przedmiot działania Spółki stanowią przedsięwzięcia służące rozwojowi województwa warmińsko-mazurskiego i podnoszeniu konkurencyjności jego gospodarki, przygotowaniu przedsiębiorstw i struktur otoczenia biznesowego do współpracy międzynarodowej. Zgodnie z przedmiotem działania spółki określonym w jej statucie, Spółka może uczestniczyć w projektach dotyczących minimalizowania zagrożenia bezrobociem przez wspieranie inicjatyw gospodarczych tworzących nowe miejsca pracy, wsparcia dla samorządów zmierzających zracjonalizować zarządzanie mieniem komunalnym i wszelkich inicjatywach przynoszących pożytek regionalnej społeczności.

Zgodnie zatem z powyższymi ustaleniami, Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. jest instytucją prowadzącą działalność ukierunkowaną na zaspokojenie potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w której jednostki sektora finansów publicznych posiadają ponad połowę udziałów. Powinna ona zatem zostać zakwalifikowana do kategorii zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tzw. podmiotów prawa publicznego, a zatem podmiotowo zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług oraz robót budowlanych.

Wobec ustalenia istnienia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp przez ARR S.A., analizy wymaga również zakres przedmiotowy zamówień udzielanych przez zamawiającego.

Zgodnie z treścią wniosku o dofinansowanie ww. projektu, projekt współfinansowany ze środków UE obejmuje IV moduły:

- I - Budowa strategii innowacyjnych,
- II - Dywersyfikacja działalności firmy,
- III - Współpraca sieciowa,
- IV - Efektywność energetyczna i ochrona środowiska.

Dodatkowo dla kadry zarządzającej i właścicieli firm, projekt zakładał realizację szkoleń - Strategia zarządzania firmą. Dla wszystkich uczestników szkoleń przewidziano również udział w doradztwie związanym ze zrealizowanymi szkoleniami (w ramach każdego modułu). Projekt przewidywał również realizację usługi doradztwa w zakresie budowy strategii innowacyjnych.

Zgodnie z przedstawionym wyżej wykazem zamówień, zamawiający udzielił w ramach ww. projektu 10 zamówień na usługi szkoleniowe i doradcze (2 postępowania zostały unieważnione). Łączna wartość udzielonych zamówień (suma wynagrodzeń wykonawców) wyniosła 1.670.704,82 zł brutto, tj. 415.639,57 euro. Żadne z ww. zamówień nie zostało udzielone na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, ale wartością każdej z części zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ustalenie, czy poszczególne zamówienia udzielane odrębnie przez zamawiającego stanowią w świetle art. 32 ust. 2 ustawy Pzp odrębne zamówienia, powinno być dokonywane - co do zasady - w oparciu o kryterium tożsamości przedmiotowej zamówienia. Ponadto znaczenie ma kryterium tożsamości czasowej zamówienia i możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Z dokumentacji postępowań przekazanej przez zamawiającego wynika, iż usługi szkoleniowe świadczone w ramach ww. projektu spełniają kryterium tożsamości przedmiotowej. Przykładowo: przedmiotem zapytania ofertowego z dnia 25 maja 2012 r. była realizacja szkoleń z zakresu:

Moduł I - Budowa strategii innowacyjnych: obejmują tematykę: korzyści z bycia innowacyjnym, strategię innowacji na poziomie firmy, określanie i zarządzanie ryzykiem związanym z innowacjami, źródła innowacji;

Moduł II - Dywersyfikacja działalności firmy: dot. zarządzania i planowania, dywersyfikacji inwestycji, technologii, B+R i produkcji, produktów/usług, dostaw i odbiorców, dywersyfikacji rynków - internacjonalizacja działalności, dywersyfikacja marketingu;

Moduł III - Współpraca sieciowa, obejmuje tematykę: istota inicjatywy klastrowej, efektywna współpraca, zarządzanie i marketing w strukturach sieciowych, budowanie wizerunku, współpraca międzynarodowa, współdzielenie wiedzy i współpraca ze sferą B+R, innowacje w klastrze;

Moduł IV - Efektywność energetyczna i ochrona środowiska, obejmuje tematykę: polityka energetyczna, aspekty ekologiczne w działalności gospodarczej, obowiązki związane

z ochroną środowiska, prawne aspekty ochrony środowiska;

Moduł V - Strategia zarządzania firmą, obejmuje tematykę z zakresu rozwoju kompetencji potrzebnych do samodzielnego planowania i wdrażania strategii zarządzania firmą.

Z powyższego zakresu tematycznego wynika, iż tematyka szkoleń w ramach poszczególnych modułów była komplementarna wobec siebie, wzajemnie się uzupełniająca, o dalekim stopniu podobieństwa, a zatem można mówić o tożsamości przedmiotowej poszczególnych szkoleń, co potwierdza fakt objęcia jednym postępowaniem wszystkich wskazanych modułów. Z przekazanej dokumentacji nie wynika, jakim kluczem kierował się zamawiający przy podziale zamówień - poszczególne postępowania obejmowały jeden, kilka lub wszystkie moduły objęte projektem. Nie ulega jednak wątpliwości fakt, iż tożsame przedmiotowo moduły znajdują się w każdym z udzielanych przez zamawiającego zamówień.

Ponadto należy podkreślić, iż 4 zamówienia z wykazu obejmują „Usługę przeprowadzenia doradztwa w zakresie tworzenia strategii innowacyjnych oraz stworzenie opracowania pn. Strategia innowacyjna dla Firmy...”. Przedmiotem zamówienia wszystkich postępowania o ww. nazwie jest przeprowadzenie doradztwa w zakresie tworzenia strategii innowacyjnych oraz stworzenie opracowania pn. „Strategia Innowacyjna dla firmy ...” Doradztwo odbywać się będzie w siedzibie firmy lub w innym miejscu wskazanym przez zamawiającego. W trakcie spotkań tworzone będą kolejne elementy strategii:

- a) opracowanie analizy konkurencyjnej przedsiębiorstwa pod kątem oferowanych produktów lub usług,
- b) opracowanie analizy potencjału przedsiębiorstwa w najważniejszych obszarach funkcjonowania,
- c) opracowanie analizy w zakresie definiowania rynków docelowych działalności przedsiębiorstwa,
- d) opracowanie analizy SWOT przedsiębiorstwa pod kątem produktów lub usług przedsiębiorcy,
- e) opracowanie celów strategicznych w zakresie rozwoju firmy z uwzględnieniem produktów i usług innowacyjnych,
- f) opracowanie w zakresie diagnozy i definiowania innowacji jako elementu osiągnięcia przewagi konkurencyjnej na rynku,
- g) opracowanie i wskazanie wraz z uzasadnieniem wyboru działań w ramach planowanej strategii przez przedsiębiorcę,
- h) opracowanie analizy w zakresie wielkości kosztów niezbędnych do sfinansowania działań koniecznych do zrealizowania opracowanej strategii,
- i) opracowanie analizy oceny opłacalności podjętych działań strategicznych,
- j) opracowanie wstępnego harmonogramu wdrażania strategii.

Należy zauważyć, że również w tym przypadku zachodzi tożsamość przedmiotowa wskazanych zamówień. Tematyka wszystkich ww. szkoleń i usług doradczych dotyczy zarządzania przedsiębiorstwem w celu podniesienia jego konkurencyjności na rynku.

Analizując udzielone zamówienia pod kątem możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę, należy wskazać, że oferty na realizację poszczególnych zamówień były składane przez tych samych wykonawców. Przykładowo, wykonawca F. złożył ofertę na realizację 2 zamówień pn. „Przeprowadzenie szkoleń oraz doradztwa po szkoleniach...” (w tym moduły: I, II, III, V) i 2 pn. „Usługa przeprowadzenia doradztwa w zakresie tworzenia strategii innowacyjnych...”. Wykonawca S. składał oferty na 2 zamówienia pn. „Przeprowadzenie szkoleń oraz doradztwa po szkoleniach...”, oferując szkolenia w ramach wszystkich ww. modułów. Kolejnym przykładem może być wykonawca W., który złożył ofertę na realizację 5

zamówień pn. „Przeprowadzenie szkoleń oraz doradztwa po szkoleniach...” - moduły II i V. Ponadto z wykazu wynika, iż oferty także wielu innych wykonawców powtarzały się w odrębnych postępowaniach, co świadczy o tym, iż spełniona została przesłanka podmiotowa wskazująca na możliwość wykonania ww. zamówień przez jednego wykonawcę.

Należy także zauważyć, że wszystkie ww. zamówienia były objęte jednym projektem, zatem zamawiający przewidywał ich udzielenie w ustalonej perspektywie czasowej. Tym samym spełniona została także przesłanka czasowa.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie zamówień na usługi szkoleniowe i doradcze było błędne. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. Jako, że są ze sobą tożsame i ich przeznaczenie jest takie samo, mogą być wykonywane przez jednego wykonawcę. Wreszcie, w niniejszym stanie faktycznym, usługi były możliwe do przewidzenia w określonej perspektywie czasowej. Odrębne wartości szacunkowe większości spośród ww. zamówień mieściły się w przedziale od 73.170,73 zł netto do 768.000,00 zł netto, a zatem przekraczały próg 14.000 euro, natomiast cztery – miały wartość niższą od 14.000 euro. Biorąc jednak pod uwagę ww. argumentację wskazującą na obowiązek łącznego ustalania wartości ww. usług szkoleniowych zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, należy przyjąć, że do wszystkich ww. zamówień miały zastosowanie przepisy ustawy Pzp, gdyż ich łączna wartość przekraczała 14.000 euro.

Reasumując: Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., będąc zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i udzielając zamówień o wartości przekraczającej 14.000 euro, zobowiązana była do stosowania przepisów ustawy Pzp w celu udzielenia tych zamówień. Zaniechanie stosowania przepisów ustawy Pzp spowodowało przede wszystkim naruszenie przez zamawiającego art. 40 ust. 3 i art. 11 ust. 7 ustawy Pzp poprzez brak przekazania ogłoszeń o ww. zamówieniach Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zaniechanie to stanowi także naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, to jest naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którymi zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienie udzielane jest wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 51/14).

IV.1.3. Przedmiot zamówienia: dostawa baz danych

Wartość zamówienia: łącznie 1 051 708,13 zł (273 953,67 euro)

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego

Zamawiający przeprowadził trzy odrębne postępowania w wyniku których zawarł trzy odrębne umowy na:

- 1) Dostawę baz danych w ramach projektu „Infrastruktura Regionalnego Systemu Informacji Przestrzennej” dla obrębu (...);
- 2) Dostawę baz danych w ramach projektu „Infrastruktura Regionalnego Systemu Informacji Przestrzennej”, (...) Etap II,

3) Dostawę baz danych w ramach projektu „Infrastruktura Regionalnego Systemu Informacji Przestrzennej” realizowana w dwóch etapach:

Etap I: Dostawa baz danych ewidencji gruntów i budynków dla obrębów (...)

Etap II: Dostawa baz danych obiektów topograficznych o szczegółowości zapewniającej tworzenie standardowych opracowań kartograficznych w skali 1:500 z wykorzystaniem operatów pomiarowych, w programie EWMAPA, dla obrębów (...).

Szacunkowa wartość zamówień została ustalona przez zamawiającego na podstawie rozeznania cen obowiązujących na rynku usług geodezyjnych odrębnie dla każdego postępowania i wyniosła odpowiednio:

- dla postępowania wskazanego w pkt 1: 238 700,00 zł (tj. 62 177,65 euro),
- dla postępowania wskazanego w pkt 2: 341 463,41 zł (tj. 88 945,93 euro),
- dla postępowania wskazanego w pkt 3: 471.544,72 zł (122.830,09 euro),
- co łącznie daje kwotę: 1.051.708,13 zł netto (tj. 273.953,67 euro netto).

Ww. postępowania wszczęto odpowiednio w dniach 25 lutego 2011 r., 12 maja 2011 r. oraz 27 października 2011 r. w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenia o zamówieniach oraz o udzieleniu ww. zamówień zostały opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. L 134 z 30. 04. 2004 r.) żaden projekt budowlany, ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług, nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy. Przepis ten wskazuje, że dla oceny, czy wartość określonych zamówień należy szacować łącznie, podstawowe znaczenie ma to, czy były one planowane, a zatem - czy zamawiający mógł przewidywać ich udzielenie w określonej perspektywie czasowej. W przypadku planowania przez zamawiającego zlecenia określonych usług, których odrębna wartość nie przekracza tzw. progów unijnych, zamawiający nie może ustalać ich wartości odrębnie unikając stosowania przepisów dyrektywy, ale ma obowiązek łącznego szacowania tej wartości. Ww. postanowienia dyrektywy 2004/18/WE implementuje do polskiego porządku prawnego m.in. art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości, dla każdej z wydzielonych części zamówienia, doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, którego skutkiem jest uniknięcie stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Z kolei art. 40 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (w przedmiotowym stanie faktycznym właściwą wartością jest

równowartość kwoty 193.000 euro), zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Właściwe ogłoszenie o zamówieniu jest bowiem podstawowym narzędziem realizacji zasady przejrzystości, o jakiej mowa w preambule Dyrektywy 2004/18/WE i do której nawiązuje art. 7 i 8 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że dla ustalenia czy w sprawie można mieć do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W systemie zamówień publicznych obowiązuje zasada, że zamawiający powinien traktować jak jedno zamówienie takie zamówienia, w których zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę i gdy są one tożsame rodzajowo oraz posiadają podobne przeznaczenie. Jednocześnie, obok związku funkcjonalnego pomiędzy takimi zamówieniami dodatkowe znaczenie ma również zaistnienie między nimi związku czasowego. Taki związek zachodzi, gdy funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej.

W niniejszej sprawie spełniona została po pierwsze przesłanka odnosząca się do terminu realizacji świadczenia. Z przedstawionych dokumentów wynika, że zamawiający już w momencie wszczęcia pierwszego z trzech omawianych powyżej postępowań miał świadomość, że pełny zakres zamówienia jest znacząco większy i przekracza wartość szacunkową podaną dla pierwszego postępowania. Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego oraz opisów przedmiotu zamówienia zawartych zarówno w ogłoszeniach o zamówieniu, jak i w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia, zamawiający odnosi się w nich do całego Projektu „Infrastruktura Regionalnego Systemu Informacji Przestrzennej” i stwierdza, że każde z ww. zamówień realizowane jest w jego ramach i współfinansowane ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007 - 2013 przeznaczonych na współfinansowanie ww. Projektu. Działania na rzecz realizacji projektu podejmowane były już w 2009 r. i były znane zamawiającemu. Udzielając kolejnych zamówień zamawiający nabywał zatem zaplanowane w ramach ww. projektu usługi, tym samym znany był mu przewidywany okres ich nabywania, co oznacza, że spełniona została przesłanka czasowa.

Po drugie, odnosząc się do przesłanki przedmiotowej, należy zaznaczyć, że z analizy treści Warunków Technicznych wynika, iż we wszystkich trzech postępowaniach zakres prac był podobny:

- 1) Cel i zakres prac: dostawa baz danych.
- 2) Zastosowane przepisy prawne i inne źródła informacji.
- 3) Wnioski z analizy istniejącego operatu ewidencji gruntów i mapy zasadniczej.
- 4) Porządkowanie i aktualizacja danych ewidencji gruntów.
- 5) Pozyskanie danych źródłowych ewidencji budynków.
- 6) Utworzenie (w przypadku pierwszego zamówienia) / Aktualizacja (w przypadku pozostałych dwóch zamówień) komputerowej bazy danych ewidencji gruntów i budynków.

Z powyższego wynika, że wszystkie ww. 3 zamówienia udzielone zostały na usługi mające na celu stworzenie i aktualizację kompleksowego systemu zawierającego wojewódzkie i powiatowe zasoby geodezyjne i kartograficzne i tym samym, są tożsame przedmiotowo.

Po trzecie, fakt, że we wszystkich trzech postępowaniach oferty złożyło co najmniej po dwóch tych samych wykonawców, oraz że wykonawcy, którzy ostatecznie zdobyli poszczególne zamówienia złożyli także oferty w ramach pozostałych zamówień, świadczy o tym, że byli oni

w stanie wykonać każde z tych zamówień w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego, a tym samym, dowodzi to istnienia tego samego kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowych zamówień.

Jednocześnie nie można przyjąć argumentacji zamawiającego, zgodnie z którą zawarcie w 1999 r. przez Starostę oddzielnych porozumień z gminami R. oraz T. powierzających burmistrzom tych gmin prowadzenie zadań dotyczących ewidencji gruntów i budynków upoważnia go do traktowania każdego z zamówień jak zamówienia odrębnego, którego nie należy łącznie szacować. O konieczności zsumowania wartości poszczególnych zamówień na dostarczenie ww. baz danych decyduje bowiem fakt, iż dotyczą one tożsamego przedmiotu zamówienia tj. utworzenia i aktualizacji ewidencji gruntów i budynków oraz obiektów topograficznych, a więc w szerokim rozumieniu danych o charakterze geodezyjnym i kartograficznym. Względy administracyjnoprawne nie mogą decydować o sposobie rozumienia zamówienia publicznego oraz nie stanowią żadnej podstawy dla oceny, czy wartość danego przedmiotu zamówienia powinna być łącznie oszacowana w rozumieniu ustawy Pzp. Dla samej procedury przetargowej i obowiązku prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia i jego oszacowania nie ma również znaczenia treść rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 21 marca 2001 r. (t.j. Dz. U. nr 38, poz. 454 ze zm.), w sprawie ewidencji gruntów i budynków, która określa sposób zakładania i prowadzenia ewidencji gruntów i budynków. Przedmiotowe porozumienie i rozporządzenie określają odpowiednio podział kompetencji poszczególnych organów, oraz m. in. sposób zakładania i prowadzenia ewidencji gruntów i budynków, szczegółowe zasady wymiany danych ewidencyjnych, szczegółowy zakres informacji objętych ewidencją czy też sposób i terminy sporządzania powiatowych, wojewódzkich i krajowych zestawień zbiorczych danych objętych ewidencją, co nie ma znaczenia dla samej procedury przetargowej i obowiązku prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia i jego oszacowania.

Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający wszczynając odrębnie przedmiotowe postępowania dopuścił się niedozwolonego podziału zamówienia na części, nie sumując wartości wszystkich ww. części. Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanych zamówień wynosi 1 051 708,13 zł (tj. 273 953,67 euro), co obligowało zamawiającego do zamieszczenia ogłoszeń dotyczących przedmiotowych zamówień w Dzienniku Urzędowym UE, a nie w BZP. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 (uczciwa konkurencja), art. 40 ust. 3 (brak publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym UE), oraz art. 43 (skrócone terminy składania ofert) ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 96/14).

IV.1.4. Przedmiot zamówienia: przebudowa ciągu dróg powiatowych oraz mostu

Wartość zamówienia: łącznie 26 959 058,18 zł (7 022 416,82 euro)

Projekt z Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego

Z dokumentacji przekazanej Prezesowi Urzędu wynika, że zamawiający przeprowadził dwa postępowania o udzielenie zamówień publicznych pn.:

- Przebudowa ciągu dróg powiatowych (...) z przebudową mostu (dalej: „postępowanie nr 1” lub „zamówienie nr 1”),
 - Przebudowa ciągu dróg powiatowych (...) (dalej: „postępowanie nr 2” lub „zamówienie nr 2”).
- Szacunkowa wartość zamówień została ustalona przez zamawiającego odrębnie dla każdego z postępowań i wyniosła odpowiednio:
- dla postępowania nr 1: 16 069 872,16 zł (tj. 4 185 952,63 euro),
 - dla postępowania nr 2: 10 889 186,02 zł (tj. 2 836 464,19 euro),
- co łącznie daje kwotę 26 959 058,18 zł, tj. 7 022 416, 82 euro.

Postępowanie nr 1 zostało wszczęte dnia 17.03.2010 r., natomiast postępowanie nr 2 – dnia 25.06.2010 r. Ogłoszenia o obu zamówieniach zostały opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z kolei zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W konsekwencji, przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Ponadto, zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Delegacja z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp wskazuje na Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795), aktualne na dzień wszczęcia przedmiotowych postępowań. Z § 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich przekazuje się ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających – jednostki samorządu terytorialnego - jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 4 845 000 euro - dla robót budowlanych.

Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Dyrektywa 2004/18/WE w art. 9 ust. 3 stanowi, iż żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania dyrektywy. W tym miejscu należy zaznaczyć, że pojęcia projektu budowanego w rozumieniu ww. przepisu dyrektywy nie należy utożsamiać z przyjętym na

gruncie polskiego prawa budowlanego pojęciem projektu budowlanego jako dokumentacji wykonania robót. Pojęcie projektu budowlanego wywodzące się z prawa unijnego ma swoiste znaczenie, które można interpretować jako określone przedsięwzięcie budowlane. Przy tym zastrzeżeniu brzmienie art. 9 ust. 3 dyrektywy oznacza, że niedopuszczalne jest działanie zamawiającego polegające na dokonaniu podziału robót objętych zamierzonym przedsięwzięciem budowlanym. Niedozwolone byłoby zatem np. wydzielenie do odrębnych postępowań robót budowlanych objętych osobnymi projektami budowlanymi (w rozumieniu prawa budowlanego) w ten sposób, by następnie poprzez odrębne oszacowanie wartości robót budowlanych w oparciu o te projekty udzielać kilku zamówień z pominięciem przepisów dyrektywy. Stąd to nie projekt budowlany powinien być podstawą dla ustalenia, czy określone prace stanowią jedno zamówienie na roboty budowlane czy też zamówienia odrębne. Wyznacznikiem tym powinien być natomiast zakres planowanych prac budowlanych (przedsięwzięcia budowlanego), definicja zamówienia na roboty budowlane oraz art. 9 ust. 5a dyrektywy 2004/18/WE, który stanowi, że jeżeli proponowane roboty budowlane lub zakup usług może prowadzić do równoczesnego udzielania zamówień w formie odrębnych części, wówczas należy uwzględnić łączną szacunkową wartość wszystkich tych części. W przypadku gdy łączna wartość części jest równa lub przekracza wartość progową określoną w art. 7, niniejszą dyrektywę stosuje się do udzielenia każdej z części zamówienia. Reasumując, zarówno przepisy prawa krajowego (ustawa Pzp i Prawo budowlane), jak i przepisy dyrektywy 2004/18/WE dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia na roboty budowlane kładą nacisk na funkcjonalne znaczenie robót budowlanych. Chodzi zatem o to, by jako jedno zamówienie traktowane były wszystkie prace, które zmierzają do realizacji (albo np. poprawy stanu) obiektu budowlanego rozumianego jako obiekt lub kompleks obiektów spełniających określoną funkcję techniczno-użytkową.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że przedmiotem zamówienia zarówno w postępowaniu nr 1, jak i nr 2 jest przebudowa ciągu dróg powiatowych oraz – w postępowaniu nr 1 – modernizacja mostu. Szczegółowy zakres robót budowlanych w obu zamówienia jest bardzo zbliżony, natomiast połączenie przebudowy drogi i mostu w jednym zamówieniu świadczy o tym, iż jest możliwa realizacja obu elementów przez tego samego wykonawcę, co świadczy o istotnym podobieństwie w zakresie sposobu realizacji ww. robót. Nie ulega zatem wątpliwości, że roboty budowlane objęte przedmiotowymi zamówieniami są tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu. Zatem obydwa zamówienia należy potraktować łącznie jako realizację jednego obiektu budowlanego („budowla stanowiącą całość techniczno-użytkową” - w myśl przepisów Prawa budowlanego; „wynik robót budowlanych lub inżynierskich, traktowanych jako całość, które może samodzielnie spełniać określoną funkcję gospodarczą lub techniczną” - w myśl przepisów prawa unijnego), czy też jako jedno przedsięwzięcie budowlane (w myśl przepisów prawa unijnego), polegające na remoncie dróg i mostów na określonym obszarze, udzielane przez tego samego zamawiającego i mające takie samo przeznaczenie techniczne - funkcję transportową. Jest to tym bardziej uzasadnione, że odcinek drogi nr (...) - zamówienie nr 1 - jest połączony (stanowi jedną całość) z odcinkiem drogi nr (...) - zamówienie nr 2. Ww. odcinki dróg przebiegają wprawdzie przez dwie różne gminy, nie może to jednak stanowić uzasadnienia dla rozdzielenia zamówień tożsamyh przedmiotowo i oddzielnego oszacowania ich wartości.

Nie można zgodzić się z zamawiającym, że modernizowane ciągi dróg oraz most stanowią kilka odrębnych obiektów budowlanych. Po pierwsze, sam zamawiający połączył w ramach jednego zamówienia roboty budowlane dotyczące dróg i przebiegających w ich sąsiedztwie mostów, co oznacza, że uznał je łącznie za jeden obiekt budowlany o tym samym

przeznaczeniu, którego wartość szacunkową należy zsumować. Po drugie, funkcjonalną całość robót budowlanych w niniejszej sprawie stanowi połączony ciąg dróg wraz z mostami, nie zaś odrębnie poszczególne odcinki dróg w tym samym powiecie.

W odniesieniu do przesłanki dotyczącej tożsamości czasowej należy podkreślić, że w momencie wszczęcia postępowania nr 1 zamawiający posiadał wiedzę co do pełnego zakresu i wartości obydwu zamówień. Potrzeba udzielenia obydwu zamówień uwidoczniła się już w momencie złożenia wspólnego wniosku o dofinansowanie przedsięwzięcia w 2008 r. Wprawdzie zakres zamówienia nr 2 uległ rozszerzeniu w stosunku do pierwotnie przedstawionego w ww. wniosku, jednak nie sposób uznać, że w momencie wszczęcia pierwszego postępowania (17.03.2010 r.) zamawiający nie miał wiedzy o nowych robotach wchodzących w skład zamówienia nr 2, zważywszy, iż wniosek o dofinansowanie zamówienia nr 2 został złożony w dniu 12.02.2010 r. Nie można również przyznać racji argumentowi, iż zamawiający nie mógł oszacować łącznie wartości dwóch przedmiotowych zamówień, ponieważ nie miał pewności, czy otrzyma zgodę na dofinansowanie zamówienia nr 2. Przewidując potrzebę udzielenia dwóch tożsamyh przedmiotowo zamówień, zamawiający miał obowiązek oszacować łącznie ich wartość, niezależnie od kwestii otrzymania decyzji o dofinansowaniu tych zamówień. Należy przy tym zauważyć, że ustawa Pzp przewiduje możliwość unieważnienia wszczętego postępowania w razie nieprzyznania środków na dofinansowanie (art. 93 ust. 1a). Niedopuszczalna jest interpretacja wskazująca, że ilość projektów skierowanych do dofinansowania przekłada się wprost na liczbę zamówień i sposób szacowania ich wartości. Przyjęcie powyższej interpretacji prowadzi bowiem do sytuacji, że o sposobie szacowania wartości zamówień i ewentualnie dzielenia ich na części nie będą decydowały obiektywne przesłanki, lecz subiektywne działania zamawiającego, np. w zakresie liczby składanych wniosków, terminów ich składania, zakresu przedmiotowego wniosków itd. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w przedmiotowym stanie faktycznym, gdzie późniejsze otrzymanie decyzji o dofinansowaniu zamówienia nr 2 wynikało z późniejszego złożenia wniosku o dofinansowanie, a więc z czynności i decyzji samego zamawiającego. Nie jest wykluczone, że gdyby zamawiający złożył dwa wnioski jednocześnie, otrzymałby pozytywną decyzję w tym samym czasie.

Ponadto należy zauważyć, że pomiędzy udzieleniem zamówienia nr 1 i nr 2 istnieje niewielka różnica czasowa (7 maja 2010 r. oraz 11 sierpnia 2010 r.). Dodatkowo, ostateczny termin realizacji obu zamówień (po wprowadzeniu zmian do umów) został ustalony na ten sam dzień – 20.06.2012 r.

Także przesłanka odnosząca się do możliwości realizacji obu przedmiotów zamówienia przez jednego wykonawcę została wypełniona. Wykonawcy, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty w pierwszym postępowaniu, brali jednocześnie udział w drugim postępowaniu. Ponadto, jak wynika ze stanu faktycznego obu postępowań, także pozostali wykonawcy biorący udział w pierwszym z nich, składali następnie oferty w ramach drugiego postępowania.

Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanych postępowań wynosiła 7 022 416, 82 euro, co obligowało zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego robót budowlanych w Dzienniku Urzędowym UE i wskazania terminu 40 lub 47-dniowego na składanie ofert (zależnie od formy przekazania ogłoszenia o zamówieniu). Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na nie opublikowaniu ogłoszeń o zamówieniu na roboty budowlane objęte zamówieniem nr 1 i 2 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stanowiło naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyników kontroli.

IV.2. Naruszenia dotyczące stosowania trybów niekonkurencyjnych

IV.2.1. Przedmiot zamówienia: świadczenie usług kompleksowej pomocy prawnej

Wartość całego projektu: 131 694,60 zł (31 171,05 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie ww. zamówienia publicznego, był przepis art. 5 ust. 1a i 1b ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 5 ust. 1b ustawy Pzp w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Jak wskazał zamawiający 30% przedmiotowego zamówienia stanowiły usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego. Należy zgodzić się z zamawiającym, iż udzielając zamówienia, którego przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, dopuszczalne było zastosowanie art. 5 ust. 1 b ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do pozostałej części zamówienia, której przedmiotem były usługi związane z obsługą prawną z zakresu Pzp, należy wskazać, iż wartość szacunkowa wynosiła 94 000 zł, co stanowi 22 249,05 euro. W tym zakresie zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 5 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie niekonkurencyjnym tylko w uzasadnionych przypadkach, wymienionych przykładowo w przepisie. Art. 5 ust. 1a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Należy zaznaczyć, że uzasadnienie wyboru trybu niekonkurencyjnego należy uznać za wystarczające nie wtedy, gdy zamawiający udowodni istnienie korzyści wynikających z zastosowania trybu bez ogłoszenia, lecz gdy uprawdopodobni, że zastosowanie innego trybu tworzy możliwość powstania skutków niekorzystnych, jest niecelowe, trudne czy wręcz niemożliwe do przeprowadzenia. Sformułowanie ustawy „mogłoby” pozwala na rezygnację z innych trybów, gdy zamawiający wykaże podstawy do przypuszczeń, że konsekwencją zastosowania takich trybów byłyby okoliczności wskazywane w art. 5 ust. 1a pkt 1–4 ustawy Pzp. Uprawdopodobniona możliwość ich powstania jest wystarczającym powodem do stosowania trybów negocjacyjnych. Ponadto, niezbędne jest wykazanie nie tylko celowości odstąpienia od trybów podstawowych (trybu przetargu nieograniczonego oraz ograniczonego), ale również od negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i licytacji elektronicznej, a także niemożności zastosowania trybu zapytania o cenę.

Ustosunkowując się do wykazania przez zamawiającego spełnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w zakresie usług związanych z obsługą prawną z zakresu Pzp, należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu nie jest uprawniona ocena, że tylko wykonawca Kancelaria JK była w stanie wykonać powyższe zamówienie przy jednoczesnym nienarażeniu zamawiającego na wzrost ceny za pełnioną usługę. W szczególności, nie jest zasadne takie stwierdzenie np. bez uprzednio przeprowadzonego rozeznania rynku oraz bez uprzedniego zastosowania trybu konkurencyjnego, który pozwala na zapoznanie się z ofertami wielu podmiotów i tym samym wybór najkorzystniejszej z punktu widzenia zamawiającego oferty. Na rynku istnieje wiele kancelarii prawnych, które w swojej działalności mają także świadczenie usługi wsparcia w zakresie zamówień publicznych i mogłyby zrealizować przedmiot zamówienia. Nie można przy tym zgodzić się z zamawiającym, że przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym skutkowało takim opisaniem kryteriów oceny ofert, że w efekcie możliwy byłby wybór tylko Kancelarii JK. Zamawiający ma obowiązek dokonywać czynności w postępowaniu, w tym także opisu kryteriów oceny ofert, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Kryteria mogłyby zatem dotyczyć wiedzy, czy doświadczenia z zakresu stosowania ustawy Pzp i procedur wydatkowania środków unijnych, natomiast nie mogłyby dotyczyć wiedzy i doświadczenia z zakresu konkretnych zamówień i projektów prowadzonych przez zamawiającego. Obiektywnie określone kryteria oceny ofert, jak wskazano już wyżej, byłoby natomiast w stanie spełnić wiele podmiotów na rynku, co oznacza, że przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym umożliwiłoby dostęp do zamówienia również innym wykonawcom, niż tylko wybrana w trybie z wolnej ręki kancelaria.

Zamawiający podniósł również, iż w okresie obowiązywania wcześniejszej umowy zawartej z ww. wykonawcą, zamawiający wszczął trzy postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, które trwały nieprzerwanie także już po wygaśnięciu ww. wcześniejszej umowy, a brak profesjonalnego podmiotu trudniącego się w doradztwie prawnym w zakresie postępowań w sprawie zamówień publicznych, mógłby doprowadzić do powstania uchybień w stosowaniu przepisów ustawy Pzp oraz niekorzystnie wpłynąć na interesy zamawiającego oraz skutkować „uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań” ze względu na wybór nowego wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że poprzednia umowy z Kancelarią JK była zawarta 4 stycznia 2010 r. na okres od dnia 4 stycznia 2010 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. Oznacza to, że

zamawiający od kilku lat był świadomy czasu trwania tej umowy, a zwłaszcza tego że z końcem 2013 r. przestanie ona obowiązywać. W okresie trwania tej umowy zamawiający miał wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym i wybór wykonawcy świadczącego usługi doradcze na kolejny okres. Przy czym przedmiot tego postępowania mógłby obejmować zarówno usługę zastępstwa procesowego, jak też usługę doradzenia, co uchroniłoby zamawiającego przed - spodziewanym jego zdaniem – wzrostem ceny, w przypadku udzielania zamówień odrębnie na te usługi. Jednocześnie odpowiednio wcześniej wszczęte postępowanie w trybie konkurencyjnym nie groziłoby nieterminową realizacją zadania.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy przy zastosowaniu trybów konkurencyjnych zamawiający może zastosować wszystkie dopuszczone przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe uproszczenia proceduralne, dotyczące m.in.:

- skrócenia terminów składania wniosków albo ofert;
- braku obowiązku żądania dokumentów;
- uchylenia zakazu posługiwania się kryteriami oceny ofert dotyczącymi właściwości wykonawcy.

Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi niepriorytetowe prowadzone w trybie konkurencyjnym może zostać znacząco skrócone i tym samym umożliwić terminową realizację zadań. Przy czym podkreślić należy ponownie, że zamawiający miał świadomość, że uprzednio realizowana usługa prawna dobiegnie końca – dysponował zatem czasem potrzebnym na wszczęcie procedury udzielenia zamówienia, w innym niż niekonkurencyjnym trybie.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego dotyczącej konieczności zastosowania trybu z wolnej ręki przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia ze względu na posiadane przez wykonawcę Kancelarię JK prawa autorskie, należy wskazać, że nie ma podstaw by uznać, iż przedmiot zamówienia mieści się w definicji przedmiotu prawa autorskiego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Przykładowo ustawa ta wskazuje jako przedmiot prawa autorskiego utwory:

- 1) wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe);
- 2) plastyczne;
- 3) fotograficzne;
- 4) lutnicze;
- 5) wzornictwa przemysłowego;
- 6) architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne;
- 7) muzyczne i słowno-muzyczne;
- 8) sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne;
- 9) audiowizualne (w tym filmowe).

Zakres usługi, będącej przedmiotem zamówienia, nie ma charakteru twórczego, nie jest utworem o indywidualnym charakterze. Opiniowanie określonych dokumentów pod względem prawnym jest usługą intelektualną, której poziom wykonania zależy od wiedzy, doświadczenia i staranności prawnika, nie zaś od jego zdolności twórczych. W szczególności nie może mieć charakteru twórczego ocenianie czegoś w świetle obowiązującego prawa.

Ponadto, przywołany argument należy do okoliczności, które zostały spowodowane własnym działaniem zamawiającego, który nie zadbał o przeniesienie praw autorskich w umowie, a zatem stanowi okoliczność subiektywną, która nie może być podstawą zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jako „uzasadniony przypadek”.

Reasumując, tryb zamówienia z wolnej ręki, jako tryb niekonkurencyjny, powinien być stosowany ze szczególną rozważą, wyłącznie w sytuacjach spełniających przesłanki ustawowe, gdy jednocześnie niecelowe czy znacząco utrudnione byłoby przeprowadzenie postępowania poprzedzonego ogłoszeniem. W przedmiotowej sprawie zamawiający polegał głównie na subiektywnym przekonaniu, że tylko jeden podmiot jest w stanie efektywnie zrealizować cel postępowania. Nie wykazał zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 5 ust 1a. W związku z powyższym, zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki w zakresie usług doradztwa prawnego stanowi naruszenie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 9/14).

IV.2.2. Przedmiot zamówienia: zakup systemu do epitaksji związków metaloorganicznych

Wartość zamówienia: 8 200 000,00 zł (1 940 847,34 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Uzasadniając zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, zamawiający wskazał w protokole postępowania i wyjaśnieniach skierowanych do Urzędu Zamówień Publicznych, iż technika osadzania warstw na powierzchni materiałów poprzez stosowanie związków metaloorganicznych w formie gazowej - MOCVD (Metal Organic Chemical Vapour Deposition) - jest oprócz epitaksji z użyciem wiązki molekularnej (MBE) najważniejszą metodą produkcji wszelkich struktur mikro i optoelektronicznych. Dotyczy to głównie półprzewodników: GaAs (arsenek galu) jak i GaN (azotek galu) używanych do produkcji laserów krótkofalowych i białych LED w celu wprowadzania energooszczędnych źródeł światła SSE (Solid State Lightning). Zamawiający wskazał również, że „jest to obecnie ogromny rynek podzielony głównie pomiędzy dwoma firmami: V. ze Stanów Zjednoczonych oraz A. z Niemiec. Z firmą V. prowadzono wstępne rozmowy na temat możliwości dostarczenia odpowiedniego systemu jednak powiedziano nam jasno, że firma ta koncentruje się wyłącznie na dużych reaktorach na duże podłoża i wysokie wolumeny, do celów produkcji białych LEDów SSL oraz, że obecnie nie planują produkcji urządzeń dla celów badawczo-rozwojowych (na małych podłożach). Również na ich stronie internetowej i w ofercie nie widnieją systemy typowe dla RnD. Firma V. potwierdziła, że nie jest zainteresowana udziałem w postępowaniu co również potwierdza fakt nie stawiania się do dwóch ogłoszonych przetargów. W sposób naturalny pozostaje firma A. również stawiająca na rynek SSL, ale równocześnie nadal wytwarzająca urządzenia do celów RnD dla uniwersytetów i instytutów naukowych na świecie”.

Zamawiający wskazał też, że „jest na świecie jeszcze kilku drobnych producentów, którzy na życzenie klienta budują podobne urządzenia. Należy jednak podkreślić, że żadne z oferowanych przez nich urządzeń nie spełnia jednak naszych wymagań pod kątem niezawodności, równomierności i poziomów domieszkania wytwarzanych warstw. W związku z powyższym jasnym jest, że po odmowie firmy V. jedynym podmiotem, zdolnym

do zaoferowania reaktora spełniającego nasze wszystkie niezbędne wymagania dotyczące wyspecyfikowanych parametrów użytkowych jest firma A. Ponadto, co należy podkreślić, firma A. oferuje gwarancje długoletniego serwisu w bliskiej lokalizacji co jest równie ważne. Powyższa argumentacja wskazuje, iż firma A. pozostaje jedynym wykonawcą spełniającym bardzo wysokie wymogi parametryczne i jakościowe, a jednocześnie gwarantuje długoletni serwis i współpracę której oczekujemy od firmy produkującej dla potrzeb badań i rozwoju”.

Należy podkreślić, że stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie: istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. Zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch), dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy zauważyć, że zamawiający nie wykazał istnienia obiektywnych, weryfikowalnych okoliczności, które można uznać za uzasadnienie zastosowanego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Po pierwsze, Zamawiający sam przyznał, iż na rynku istnieje więcej podmiotów, które na życzenie klienta budują podobne urządzenia. Obok wykonawcy, który wziął udział w negocjacjach są to: V. oraz grupa mniejszych wykonawców. Nie ulega więc wątpliwości, że podmiotów oferujących te same lub podobne urządzenia jest więcej niż jeden.

Ponadto o istnieniu wyłącznie jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie świadczy niepotwierdzona informacja zawarta na stronie internetowej wykonawcy V., jakoby firma nie realizowała zamówień o wymaganej przez zamawiającego specyfice. Nie świadczą o tym także przekazane informacje o spotkaniach przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy V. oraz maile ustalające terminy spotkań tych przedstawicieli. Informacja zamawiającego o przebiegu spotkań (niepotwierdzona żadnym dokumentem) wskazuje jedynie, że firma V. nie jest zainteresowana udziałem w realizacji zamówienia (z uwagi na fakt, że oferuje zbyt duże systemy), nie zaś że nie jest zdolna do ich wykonania z przyczyn technicznych (a tylko przyczyny techniczne, a nie np. organizacyjne po stronie wykonawcy dopuszczają możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki). Ponadto powyższe spotkania i konsultacje z przedstawicielami firmy V. dotyczą stanu faktycznego z początku 2012 r. tj. przeszło 2 lata przed wszczęciem przedmiotowego postępowania.

Po drugie, nie można również uznać za obiektywną przesłankę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki argumentu dotyczącego oferowanego przez firmę A. Ltd długoletniego serwisu w bliskiej lokalizacji oraz spełniania przez wykonawcę bardzo wysokich

wymogi parametrycznych i jakościowych. Okoliczności te stanowią jedynie subiektywne przekonanie zamawiającego, iż ww. podmiot będzie najlepszym wykonawcą przedmiotowego zamówienia, natomiast nie świadczą o braku możliwości realizacji zamówienia przez inny podmiot.

Po trzecie, wątpliwości budzi również fakt, że zamawiający nie jest precyzyjny w swoich wyjaśnieniach – z jednej strony podkreśla konieczność przełożenia prac badawczych na realną produkcję, wykluczając tym samym udział mniejszych podmiotów w realizacji zamówienia, z drugiej zaś uznaje, że firma V. nie odpowiada jego oczekiwaniom, gdyż produkuje tego typu urządzenia na skalę przemysłową.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp uprawniającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Tym samym zamawiający naruszył ww. przepis oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych. Wobec powyższego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KU 106/14).

IV.2.3. Przedmiot zamówienia: dokończenie robót związanych z wykonaniem i

uruchomieniem wentylacji mechanicznej oraz instalacji wod-kan w budynkach

Wartość całego projektu: 141 676,99 zł (35 246,54 euro)

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Warmia i Mazury

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, zamawiający przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Budowę budynków w Miejskiej Strefie Rozwoju”. W dniu 4 stycznia 2011 r. została zawarta umowa pomiędzy zamawiającym a wykonawcą W. W umowie wyznaczono termin zakończenia robót na 7 maja 2012 r., natomiast umowa o dofinansowanie projektu z RPO Warmia i Mazury określała termin rzeczowego zakończenia zadania na dzień 1 września 2012 r.

W kwietniu 2012 r. realizacja zamówienia napotkała problemy spowodowane opóźnieniem w przyłączeniu obiektu do sieci elektrycznej, co było przedmiotem robót niewchodzących w skład zamówienia, wykonywanych przez inny podmiot. Powyższe opóźnienie uniemożliwiło wykonawcy przeprowadzenie prób urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych. W konsekwencji opóźnienia realizacji prac, w dniu 27 kwietnia 2012 r. spisano Protokół konieczności, w którym strony umowy ustaliły niezbędną zmianę terminu zakończenia robót. Aneks z dnia 4 maja 2012 r. do umowy przedłużono termin na zrealizowanie zamówienia do dnia 30 czerwca 2012 r.

W dniu 27 lipca 2012 r. wykonawca przesłał do zamawiającego pismo, w którym poinformował o braku możliwości kontynuowania prac ze względu na powstałe problemy finansowe. Zamawiający dokonał odbioru wykonanych robót z listą niedoróbek i usterek. W dniu 2 sierpnia 2012 r. został sporządzony Protokół wykonanych robót, w którym stwierdzono, że zamawiający zleci wykonanie prac opisanych w Protokole usterek i niedoróbek w ramach wykonawstwa zastępczego z wykorzystaniem środków finansowych pozostałych po

rozliczeniu umowy. Wobec powyższego, zamawiający postanowił udzielić zamówienia na dokończenie robót w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 27 sierpnia 2012 r., po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, podpisano umowę na realizację zamówienia, w której określono termin jego wykonania na 28 września 2012 r. Ustalenie tego terminu było możliwe dzięki przedłużeniu terminu rzeczowego zakończenia projektu z umowy o dofinansowanie do 1 października 2012 r., natomiast finansowego zakończenia projektu do dnia 15 października 2012 r. Zmiana ta została wprowadzona aneksem z dnia 24 października 2012 r. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, dalsze przedłużanie terminu zakończenia projektu nie było już możliwe ze względu na konieczność osiągnięcia do końca roku określonych wskaźników realizacji celów projektu.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Mając powyższe na względzie, podkreślenia wymaga fakt, iż przedstawione przez zamawiającego wyjaśnienia przede wszystkim nie dają podstaw do uznania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przyjmuje się, że natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji szybciej niż pilnie, czyli właściwie z dnia na dzień. Należy zatem odróżnić „pilne udzielenie zamówienia” (czyli pilne zawarcie umowy), o którym mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, od „natychmiastowego wykonania zamówienia”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W tym drugim przypadku chodzi o konieczność zrealizowania zamówienia od razu, z dnia na dzień. Tym samym art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie dotyczy udzielania zamówień, których wykonanie trwa dłużej niż „natychmiast”, np. trwa miesiąc (jak w niniejszej sprawie). Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na wykonanie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności. Zagrożenie niedotrzymania terminów określonych w umowie o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej nie stanowi bowiem interesu w powyższym rozumieniu. Takie rozumienie omawianej przesłanki znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowo-administracyjnym. Przykładowo można wskazać na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, zgodnie z którym ryzyko utraty środków przyznawanych w szczególności w formie dotacji nie mogło stanowić podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki z zastosowaniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 3123/08, Lex 507731).

Zamawiający uzasadnił również udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki koniecznością osiągnięcia do końca 2012 r. określonych wskaźników realizacji celów projektu, ustalonych w

umowie o dofinansowanie projektu. Niedochowanie wymogom określonym w tym zakresie w umowie stanowiło przesłankę rozwiązania umowy przez Instytucję Zarządzającą. Należy jednak podnieść, że uprawnienie do rozwiązania umowy przysługiwało Instytucji Zarządzającej w sytuacji, gdy Beneficjent (Zamawiający) z przyczyn i okoliczności leżących po jego stronie nie zrealizował celu założonego w projekcie, w tym nie osiągnął wskaźników realizacji Projektu zakładanych we Wniosku o dofinansowanie. Z wyjaśnień zamawiającego wynika natomiast, że realizacja zamówienia przez wykonawcę wybranego w trybie przetargu nieograniczonego stała się niemożliwa z przyczyn leżących wyłącznie po stronie tego wykonawcy.

Należy dodać, że zgodnie z treścią § 17 ust. 1 umowy o dofinansowanie w momencie wystąpienia niezależnych od Beneficjenta lub Instytucji Zarządzającej RPO WiM okoliczności lub działania siły wyższej powodujących konieczność wprowadzenia zmian do Projektu, Strony Umowy uzgadniają zakres zmian, które są niezbędne dla zapewnienia prawidłowej realizacji projektu w aneksie do Umowy. Na tej podstawie zamawiający był uprawniony do zwrócenia się do Instytucji Zarządzającej z wnioskiem o dokonanie zmiany umowy w zakresie terminu rzeczowego zakończenia projektu. Rozwiązanie to było tym bardziej możliwe do zastosowania, że zamawiający dokonywał już uprzednio kilkukrotnej zmiany umowy o dofinansowanie, przedłużając termin realizacji zadania.

Ponadto, natychmiastowe udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki uzasadnione musi być, jak wskazano wyżej, zaistnieniem nieprzewidywalnych okoliczności, na które zamawiający nie mógł mieć żadnego wpływu. Należy stwierdzić, że w okolicznościach kontrolowanego postępowania przesłanka ta nie została spełniona. Zamawiający posiadał bowiem wiedzę o nienależyтым wykonywaniu umowy przed złożeniem przez wykonawcę oświadczenia z dnia 27 lipca 2012 r. o braku możliwości kontynuowania robót budowlanych. Jak wynika z treści Tomu III Dziennika budowy nr 1/2011 z dnia 04.01.2011 r., w dniu 26 czerwca 2012 r. obowiązki Kierownika budowy przejął R.L. We wpisie w Dzienniku budowy z tej daty Kierownik budowy stwierdził, że jego poprzednik dopuścił się rażących zaniedbań w prowadzeniu robót, a ponadto „dotychczasowe prowadzenie robót przez w/w kierownika doprowadziło do wielu konfliktów z Inwestorem oraz przyczyniło się do powstania opóźnień w terminach wykonania robót”. Kierownik budowy stwierdził również, że w konsekwencji termin zakończenia robót nie zostanie dotrzymany.

Należy zatem stwierdzić, że zamawiający dysponował wiedzą o nienależyтым wykonywaniu zamówienia oraz o powstających opóźnieniach na co najmniej miesiąc przed przerwaniem robót przez wykonawcę. Posiadane informacje pozwalały zamawiającemu na podjęcie odpowiednich czynności zmierzających do przywrócenia prawidłowości sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę. Nie można zatem twierdzić, że zaprzestanie realizacji zamówienia stanowiło okoliczność nagłą i nieprzewidywalną w sytuacji, gdy zamawiający miał wiedzę o zaniedbaniach wykonawcy.

Ponadto należy zauważyć, że z danych zawartych w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku” (str. 28-29) wynika, że przeciętny czas trwania postępowania o wartości nieprzekraczającej progów UE (publikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych), liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy wskazanej w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia w 2012 r. wyniósł 31 dni (w 2011 – 31 dni, w roku 2010 – 33 dni). W przypadku przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia na roboty budowlane czas ten wyniósł w 2012 r. 38 dni.

Powyższe oznacza, iż gdyby zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego w połowie lipca, tj. po tym, jak uzyskał pewność, że wykonawca W. nie dochowa przedłużonego terminu realizacji robót (wyznaczonego na 30 czerwca 2012),

to z końcem sierpnia (czyli tak jak miało to miejsce), mógłby zawrzeć umowę z nowym wykonawcą z zachowaniem zasad konkurencji. Należy zatem stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie nie została także spełniona przesłanka niemożności dochowania terminów właściwych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Biorąc pod uwagę fakt, iż możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp występuje wyłącznie w przypadku spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Tym samym zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 70/14).

IV.2.4. Przedmiot zamówienia: utrzymanie placu budowy

Wartość zamówienia: 8 707 166,33 zł (2 166 177,31 euro)

Zamówienie nie było współfinansowane ze środków UE

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, zamawiający przeprowadził w trybie przetargu ograniczonego postępowanie na „Budowę Narodowego (...)”. Umowa z wybranym wykonawcą została podpisana w dniu 22 grudnia 2009 r. W dniu 5 października 2012 r. umowa mająca na celu realizację powyższej inwestycji została rozwiązana przez strony.

W dniu 16 października 2012 r. nastąpiło protokolarnie przekazanie terenu budowy zamawiającemu przez wykonawcę. 19 października 2012 r. zamawiający wszczął postępowanie na wykonanie ekspertyzy w celu określenia zakresu i sposobu niezbędnych prac zabezpieczających teren budowy. Zamawiający otrzymał ekspertyzę w dniu 4 grudnia 2012 r.

W związku z powyższym, zamawiający postanowił udzielić zamówienia na utrzymanie placu budowy wraz z ogrodzeniem i infrastrukturą towarzyszącą na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Termin realizacji robót budowlanych i usług z wyłączeniem montażu okien ustalono na 45 dni, liczonym od dnia protokolarnego przekazania placu budowy. Ponadto przyjęto, iż zakończenie realizacji montażu okien nastąpi w terminie wynikającym z przyjętego harmonogramu montażu, jednak nie później niż do dnia 15 maja 2013 r. Termin dostarczenia dokumentacji powykonawczej został określony w terminie 10 dni od terminu zakończenia robót, a w przypadku dokumentacji powykonawczej montażu okien w terminie do 30 maja 2013 r. Termin utrzymania placu budowy został określony do daty terminu obowiązywania umowy, to jest najpóźniej do dnia 30 czerwca 2013 r., z zastrzeżeniem jej wcześniejszego rozwiązania.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie

zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Po pierwsze, należy podkreślić, że w przedmiotowej sprawie nie została wypełniona przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji szybciej niż pilnie, czyli właściwie z dnia na dzień. Ważnym jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają bowiem natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym, ale nie wymagającym podejmowania działań natychmiastowych, ustawodawca przewidział bowiem inny tryb niż zamówienie z wolnej ręki (np. negocjacje bez ogłoszenia). Art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, czyli pilnej potrzeby zawarcia umowy z wykonawcą (przepis ten nie odnosi się do czasu realizacji zamówienia), natomiast art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia, czyli jego realizacji niemal „z dnia na dzień”. Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia podyktowana musi być koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie wykazał zaistnienia tej przesłanki. Powierzenie wykonania prac zabezpieczających nowemu wykonawcy dokonało się dopiero po niespełna 2 miesiącach od momentu przekazania terenu budowy zamawiającemu, co w żadnej mierze nie ma odniesienia do natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia. Ponadto zwrócić należy uwagę na terminy realizacji zamówienia. Jak wynika z zapisów umowy zamawiający przewidywał 45-dniowy termin realizacji robót budowlanych i usług (z wyłączeniem montażu okien, przewidzianych terminem realizacji najpóźniej do dnia 15 maja 2013 r.), 10-dniowy termin dostarczenia dokumentacji powykonawczej od dnia zakończenia robót (w przypadku dokumentacji dotyczącej okien – do dnia 30 maja 2013 r.), oraz utrzymanie placu budowy do daty zakończenia obowiązywania umowy, to jest najpóźniej do dnia 30 czerwca 2013 r., z zastrzeżeniem jej wcześniejszego rozwiązania.

Uwzględniając powyższe nie sposób uznać, że w przedmiotowym stanie faktycznym istotnie zaistniała sytuacja skutkująca koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia.

Po drugie, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi ściśle wiązać się z określeniem niezbędnego zakresu przedmiotu zamówienia. Przyjąć należy, iż zakres zamówienia udzielonego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powinien dotyczyć wyłącznie prac koniecznych do zabezpieczenia najważniejszych aktualnych potrzeb zamawiającego. Potwierdza to treść art. 31 pkt 1c dyrektywy 2004/18/WE, gdzie wprost wskazano, iż zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest uzasadnione wyłącznie w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne. Również art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się do zamówienia, którego natychmiastowe wykonanie jest „wymagane”. Oznacza to, że zamówienie z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu może być udzielone jedynie w zakresie niezbędnym do uniknięcia zagrożenia zdrowia i życia, istotnych szkód w mieniu lub środowisku.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu został określony w sposób przekraczający działania zmierzające do utrzymania i zabezpieczenia inwestycji. W trybie z wolnej ręki wykonawcy udzielono bowiem także zamówienia na dostawę i montaż okien zewnętrznych wraz z izolacjami. W ekspertyzie

Politechniki przewidziano co prawda zabudowanie okien w ślusarce aluminiowej, ale opcjonalnie - wobec foliowania okien na elewacji. Powyższe czynności zalecono do wykonania na okoliczność warunków zimowych (załącznik nr 6, punkt 4 wnioski końcowe). Co istotne, jak wynika z harmonogramu zamawiającego, rozpoczęcie szklenia okien z dniem 7 stycznia 2013 r. miało rozpocząć się tylko na elewacji zachodniej, natomiast na pozostałych elewacjach zostały przyjęte odpowiednio: elewacja południowa – rozpoczęcie prac 7 lutego 2013 r., elewacja północna i wschodnia – rozpoczęcie prac 18 marca 2013 r. Trudno zatem zgodzić się z argumentacją zamawiającego, że montaż okien był dokonywany w celu zabezpieczenia budynku w okresie zimowym, gdy prace szklarskie na połowie obiektu miały rozpocząć się w drugiej połowie marca 2013 r. Tym samym nie można uznać, że montaż okien był niezbędny w okolicznościach niniejszej sprawy i musiał być zlecony w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Po trzecie, nie można przyjąć, że w sprawie niemożliwe było zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że przepis odnosi się nie tylko do trybów podstawowych, ale wszelkich trybów innych niż tryb z wolnej ręki. Oznacza to, że w sprawie możliwe było udzielenie zamówienia także w trybie negocjacji bez ogłoszenia, który został przewidziany m. in. dla zamówień, które muszą być udzielone (zawarte umowy) pilnie, a ponadto ze względu na brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu i brak wyznaczonego ustawowo terminu składania ofert, umożliwia w krótkim czasie przeprowadzenie postępowania.

Biorąc pod uwagę fakt, iż możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp występuje wyłącznie w przypadku spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Tym samym zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 81/14).

IV.2.5. Przedmiot zamówienia: budowa kanalizacji deszczowej

Wartość zamówienia: 482 457,04 zł (120 026,13 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień zamawiającego ustalono, iż niniejsze postępowanie przeprowadzono w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przedmiotem zamówienia były roboty dodatkowe przy realizacji inwestycji „Budowa kanalizacji deszczowej w ulicy W. oraz przebudowa istniejącego kanału w Parku, przebudowa kanalizacji deszczowej w części ulicy O.”

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego

wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Mając na uwadze treść przepisu należy wskazać, że ustalony w toku czynności kontrolnych stan faktyczny nie wskazuje, że wykonanie robót dodatkowych było konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Sytuacji niemożliwa wcześniej do przewidzenia, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp to taka, której nie można było stwierdzić przy dochowaniu należytej staranności na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Z ww. przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki mamy zatem do czynienia w sytuacji, gdy konieczność wykonania zamówienia dodatkowego wynika z okoliczności obiektywnie niezależnych od zamawiającego, których zamawiający w ogóle nie mógł przewidzieć przystępując do przygotowywania inwestycji. Klasycznym przykładem dopuszczającym, co do zasady, możliwość udzielania zamówień dodatkowych jest ujawnienie koniecznych do wykonania robót już na etapie wykonawczym np. niezewidencjonowane instalacje, nieprzewidziane kolizje z sieciami kanalizacyjnymi, znacznie gorsze parametry gruntu w stosunku do przewidywanych lub zbadanych na etapie przygotowania dokumentacji zamówienia podstawowego, etc. Przesłanka ta natomiast nie zachodzi, gdy konieczność udzielenia zamówienia na dane roboty była wprost przewidywana, zaplanowana, a zamawiający ponadto poczynił kroki w celu realizacji tego zamówienia zanim wszczął postępowanie w trybie podstawowym.

Zamawiający nie wykazał, iż konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego wynikała z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia podstawowego.

W przedmiotowej sprawie zamawiający już w 2011 r. posiadał wiedzę, iż konieczne jest wykonanie odcinka kanalizacji objętego zamówieniem dodatkowym, o czym świadczy fakt, iż w dniu 19.10.2011 r., tj. na 18 miesięcy przed datą wszczęcia postępowania w trybie podstawowym, została zawarta umowa na opracowanie tego odcinka kanalizacji. Jak wynika z treści przedłożonych w toku postępowania wyjaśniającego dokumentów, zamawiający na etapie prowadzenia postępowania podstawowego oczekiwał na otrzymanie dokumentacji projektowej „zamówienia dodatkowego”. Nierzetelność wykonawcy w zakresie opracowania powyższej dokumentacji projektowej nie może być traktowana jako wypełnienie przesłanki nieprzewidywalności. Również fakt dofinansowania projektu ze środków Unii Europejskiej i określenie terminu jego realizacji (30.09.2014 r.) nie może być traktowany jako sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia i uzasadniająca udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Decyzja o przyznaniu dofinansowania i warunkach jego wykorzystania była znana zamawiającemu co najmniej od czerwca 2011 r. (podpisanie umowy na dofinansowanie). Z tego samego powodu argumentem uzasadniającym zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki nie może być również zły stan techniczny obiektu. Zamawiający bowiem miał pełną świadomość znajdowania się obiektu w takim stanie i przewidywał czynności modernizacyjne na długo przed wszczęciem postępowania w trybie podstawowym.

Ponadto należy zauważyć, że z danych zawartych w Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r. wynika, że

przeciętny czas trwania postępowania na roboty budowlane o wartości nie przekraczającej progów UE, liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy wskazanej w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia wynosi 38 dni. Powyższe oznacza, iż gdyby zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na przedmiotowe zadanie w dniu 29.11.2013 r. (tj. w dniu wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki poprzez przesłanie zaproszenia do negocjacji z wykonawcą zamówienia podstawowego), umowę w sprawie zamówienia mógłby podpisać już na początku stycznia 2014 r. Zatem przedłużenie terminu realizacji zamówienia o czas niezbędny na przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, tj. o 38 dni nie stanowiło zagrożenia dla terminowej realizacji całego projektu, tj. do 30.09.2014 r.

Reasumując należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy nie zostały spełnione przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający naruszył ww. przepis oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 119/14).

IV.2.6. Przedmiot zamówienia: wykonanie robót uzupełniających

Wartość zamówienia: 1 730 857,68 zł (450 861,60 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego było wykonanie robót budowlanych dla zadania „Hala (...)”. Zamawiający w pkt IV siwz oraz w projekcie umowy wskazał, że „przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp”. W ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym brak jest informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. W pkt II.2.1 ogłoszenia „Całkowita wielkość lub zakres” wpisano jedynie: „Powyżej równowartości kwoty 4 845 000,00 euro a poniżej równowartości kwoty 20 000 000,00 EUR”.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że stosownie do postanowienia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielenia w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Z powyższego przepisu wynika, że warunkiem bezwzględnym udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki, jest w szczególności, obok uwzględnienia jego wartości przy ustalaniu szacunkowej wartości dla zamówienia podstawowego, przewidzenie takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Zgodnie z dyspozycją

art. 41 pkt 15 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 – tj. zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej – zawiera obowiązkowo informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień.

Obowiązek zamawiającego w tym zakresie aktualizuje się również w odniesieniu do ogłoszeń przekazywanych Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (UOPWE) [obecnie: Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej] do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (DzUUE). Powyższe znajduje potwierdzenie na gruncie postanowień Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (tzw. dyrektywa klasyczna). Wykładnia systemowa Dyrektywy nakazuje przyjąć, że termin „wznowienia” zamówienia, którym posłużył się ustawodawca wspólnotowy, jest odpowiednikiem „zamówień uzupełniających”, o których mowa w przepisach ustawy Pzp. A zatem, przy obliczaniu wartości szacunkowej wartości zamówienia uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia (art. 9 ust. 1 akapit pierwszy Dyrektywy, por. także art. 31 ust. 4 lit. b Dyrektywy). W zakresie ogłoszeń, ustawodawca wspólnotowy wskazał, że zawierają one informacje wymienione w załączniku VII A oraz, o ile ma to zastosowanie, wszelkie inne informacje, które instytucja zamawiająca uzna za przydatne, według formatu standardowych formularzy przyjętych przez Komisję (arg. z art. 36 ust. 1 Dyrektywy). Uwzględniając zatem treść przywołanego Załącznika VII A zawierającego „Informacje, które należy zamieścić w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych”, należy zwrócić uwagę, że w przypadku zamówień na roboty budowlane i usługi, zamawiający jest zobligowany do zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji na temat liczby ewentualnych wznowień (por. punkt 6 lit. a oraz lit. c ogłoszenia o zamówieniu). Również ogłoszenie o zamówieniu, które zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE (UOPWE), zgodnie ze standardowym wzorem obowiązującym w dniu wszczęcia zamówienia podstawowego a określonym w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, przewiduje w Sekcji II 2.2) Załącznika II: Formularz standardowy 2 pn. „Wielkość lub zakres zamówienia”, rubrykę: „Liczba możliwych wznowień (jeżeli dotyczy) lub zakres”. Przy czym, niezależnie od powyższego, należy przyjąć, że dopuszczalnym miejscem do zamieszczenia informacji w tym zakresie, jest także pkt 3) Informacje dodatkowe w Sekcji VI: Informacje uzupełniające.

Reasumując należy wskazać, że wymogi Dyrektywy co do treści ogłoszenia o zamówieniu przekazywanego do UPUE, są spójne z wymogami wynikającymi w tym zakresie z ustawy Pzp i uzależniają możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego od spełnienia przez zamawiającego w szczególności obowiązku polegającego na zamieszczeniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, na swojej stronie internetowej oraz w siedzibie nie przewidział możliwości udzielenia zamówień uzupełniających, a tym samym w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zaszła obligatoryjna przesłanka umożliwiająca mu udzielenie ww. zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Nie można w szczególności uznać, że wpisanie zakresu zamówienia poprzez podanie wartości „powyżej równowartości kwoty 4 845 000 euro a poniżej równowartości

kwoty 20 000 000 euro” jest wystarczające dla uznania, że zamawiający przewidział udzielenie zamówień uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym zamawiający nie będąc uprawnionym do udzielenia przedmiotowych zamówień w tym trybie, naruszył ww. przepis oraz zasadę prymatu trybów konkurencyjnych wyrażoną w art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 14/14).

IV.2.7. Przedmiot zamówienia: połączenie ulic wraz z przebudową mostu

Wartość zamówienia: 270 950,16 zł (67 407,24 euro)

Zamówienie nie było współfinansowane ze środków UE

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, pn.: „Zamówienie uzupełniające: Połączenie al. Rejtana z ul. Szopena wraz z przebudową mostu”. W uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zamawiający wskazał, że „(...) W trakcie realizacji zamówienia podstawowego zaobserwowano liczne zniszczenia nawierzchni ul. Naruszewicza na odcinku nieobjętym przebudową. Dla poprawy bezpieczeństwa wszystkich uczestników ruchu oraz aby okolica nowo wybudowanego mostu była estetyczna niezbędny jest remont ww. ulicy. W związku z tym, iż wykonawca - firma S. realizuje wszystkie roboty zamówienia podstawowego oraz teren budowy został przekazany dotychczasowemu wykonawcy do czasu zakończenia inwestycji, stąd wskazane jest, aby roboty uzupełniające wykonywał ten sam wykonawca”.

Należy zauważyć, że stosownie do postanowienia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielenia w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

W przedmiotowej sprawie nie została spełniona przesłanka zgodności zamówienia udzielonego w trybie wolnej ręki z zamówieniem podstawowym. Nieuprawnione jest bowiem działanie zamawiającego polegające na zleceniu w trybie wolnej ręki w ramach zamówień uzupełniających realizacji innych robót budowlanych niż objęte i zgodne z zamówieniem podstawowym. Zamawiający może więc udzielić zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane tylko w zakresie zamówienia podstawowego. Tymczasem zamawiający wskazując w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia przyczyny wyboru trybu z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt. 6 informuje, iż w trakcie realizacji zamówienia podstawowego zaobserwował liczne zniszczenia nawierzchni ul. Naruszewicza na odcinku nieobjętym zamówieniem podstawowym. Także z analizy dokumentacji oraz wyszczególnionego zakresu przedmiotu zamówienia uzupełniającego wynika jednoznacznie, iż odcinek ulicy objęty tym zamówieniem nie znajdował się w zakresie przedmiotu zamówienia podstawowego. Zamówienie podstawowe obejmowało m. in. przebudowę ul. Naruszewicza od ulicy Szopena do mostu przez rzekę Wisłok. Natomiast zamówienie uzupełniające obejmowało wykonanie nowych warstw nawierzchni z betonu asfaltowego w ciągu ul. Naruszewicza na odcinku od

skrzyżowania z ul. Targową (ulica ta przechodzi w ulicę Szopena na skrzyżowaniu z ul. Naruszewicza) do ul. Zamenhoffa. Były to inne, nie pokrywające się odcinki ul. Naruszewicza. Tym samym zamówienie uzupełniające w zakresie, w jakim dotyczyło nowego odcinka ulicy Naruszewicza, nie było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, gdyż wykraczało poza zakres zamówienia podstawowego. W istocie zamówienie uzupełniające stanowiło nowe zamówienie, niezwiązane z zamówieniem podstawowym i powinno być udzielone w trybie konkurencyjnym.

Reasumując, z okoliczności faktycznych sprawy wynika, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 67 ust. 1 pkt 6 oraz art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 3/15).

IV.3. Naruszenia dotyczące oceny ofert, w tym podmiotów trzecich.

IV.3.1. Przedmiot zamówienia: budowa kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej

Wartość zamówienia: 26 506 541,91 zł (6 273 886,22 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający żądał wykazania przez wykonawcę, że dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, tj.:

- a) co najmniej 1 osobą na stanowisku Kierownika Budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, posiadającą co najmniej trzyletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w wymaganej specjalności,
- b) co najmniej 1 osobą na stanowisku Kierownika Robót Drogowych, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, posiadającą co najmniej trzyletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w wymaganej specjalności,
- c) co najmniej 1 osobą na stanowisku Kierownika Robót Elektrycznych posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych, posiadającą co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w wymaganej specjalności.

Wykonawca P. zaproponował na ww. stanowiska odpowiednio osoby: p. Janusza D., p. Mariusza K. oraz p. Marka D. Z załączonego do oferty wykazu osób wynikają następujące informacje w zakresie doświadczenia ww. osób:

- a) Janusz D. – „Doświadczenie zawodowe 5 lat”;
- b) Mariusz K. – „Doświadczenie zawodowe 10 lat”;
- c) Marek D. – „Doświadczenie zawodowe 12 lat”.

Z załączonego wykazu osób nie wynika zatem, ile lat doświadczenia w pełnieniu odpowiednich funkcji posiadają osoby zaoferowane przez ww. wykonawcę.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 zd. pierwsze 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.

Jak wynika z opisu warunku dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia, zamawiający wymagał 3 - letniego doświadczenia w pełnieniu ściśle określonych funkcji. Niewątpliwie, z wykazów osób przedstawionych przez ww. wykonawcę nie wynika, że wskazane osoby posiadają 3 – letnie doświadczenie w pełnieniu wymaganych funkcji. Ogólna informacja, że dana osoba posiada np. 5 lat doświadczenia, nie oznacza, iż doświadczenie to zostało nabyte przy pełnieniu wymaganych przez zamawiającego funkcji.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zalecił zamawiającemu wezwanie ww. wykonawcy, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia informacji dotyczących doświadczenia osób proponowanych na stanowiska: Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych i Kierownika Robót Elektrycznych.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyników kontroli.

IV.3.2. Przedmiot zamówienia: zagospodarowanie centrum wsi

Wartość zamówienia: 713 569,34 zł (177 522,47 euro)

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak ustalono w toku przeprowadzonej kontroli, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia miało charakter kosztorysowy, na co wskazują m.in. poniższe zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz):

- w § 8 projektu umowy zamawiający zapisał, iż „za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie w wysokości (...) na podstawie kosztorysu ofertowego (...);”;
- w § 9 projektu umowy zamawiający zapisał, iż „rozliczenie za wykonane roboty odbywać się będzie fakturami częściowymi wystawionymi po zakończeniu i odbiorze robót protokołem. Podstawą do wystawienia faktury końcowej i końcowego rozliczenia będzie protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy”;
- w § 12 projektu umowy zamawiający zapisał, iż „po zakończeniu robót (...) wykonawca zawiadomi zamawiającego o gotowości odbioru. Przy zawiadomieniu wykonawca

przedłoży zamawiającemu następujące dokumenty: (...) rozliczenie końcowe budowy z podaniem wykonanych elementów, ich ilości i wartości, kosztorys powykonawczy”;

- w pkt 4 formularza ofertowego zapisano, iż „(...) oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z kosztorysem ofertowym stanowiącym integralną część niniejszej oferty”.

Ponadto zamawiający w pkt IX.C.1. siwz wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą przedłożyli kosztorys ofertowy.

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał ww. wykonawców o uzupełnienie kosztorysów ofertowych:

- a) Zakład s.c. – gdyż: „w złożonym kosztorysie widnieją niezgodności między przedmiarem robót a kosztorysem (...). Jednocześnie informujemy, że wartości cenowe zawarte w ofercie nie mogą być zmienione”;
- b) Przedsiębiorstwo – gdyż: „brak kosztorysu ofertowego – etap III. (...). Jednocześnie informujemy, że wartości cenowe zawarte w ofercie nie mogą być zmienione”.

W odpowiedzi wykonawcy uzupełnili żądane kosztorysy ofertowe.

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiającym 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. Tym samym, zamawiający może żądać od wykonawców uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie oświadczeń i dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a wyszczególnionych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanym dalej „rozporządzeniem”. Wzywając do uzupełnienia kosztorysów, zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie, odnośnie braków i/lub błędów w kosztorysach ofertowych załączonych do ofert ww. wykonawców, należy zauważyć, co następuje:

Ad. a) Zakład s.c.

W kosztorysie ofertowym dotyczącym etapu II, przedłożonym przez ww. wykonawcę wraz z ofertą, w pozycjach 1.29 i 1.30 wykonawca wskazał ilość 489,600 m² (i ceny jednostkowe – odpowiednio: 0,832 oraz 42,119, co dawało wartość ww. pozycji odpowiednio: 407,35 zł oraz 2061,46 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w każdej z tych pozycji roboty budowlane w ilości 789,600 m² (zgodnie z przedmiarem robót).

W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego z dnia 28 maja 2013 r. wykonawca złożył poprawiony kosztorys ofertowy, w którym w pozycjach 1.29 i 1.30 wskazał prawidłowe ilości (tj. 789,600 m²), lecz zmniejszył ceny jednostkowe tych pozycji – odpowiednio na: 0,516 i 26,116, dostosowując się do wymogu zamawiającego, by wartość pozycji (tj. iloczyn „ilości” i „ceny jednostkowej”) pozostała niezmienną.

W przedstawionym stanie faktycznym zamawiający zobowiązany był zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie wykonawców

inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona.

Błędy w ilości jednostek miary pozycji przedmiarowych nr 1.29 i 1.30 w ofercie wykonawcy Zakład s.c. miały charakter omyłek, o jakich mowa w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, że prawidłowo obliczone (tj. z zastosowaniem prawidłowej ilości) wartości ww. pozycji w ofercie ww. wykonawcy wynosiły:

- w pozycji 1.29 kosztorysu ofertowego - 656,95 zł netto zamiast 407,35 zł netto, tj. wzrost o 249,60 zł netto (tj. 307,01 brutto);
- w pozycji 1.30 kosztorysu ofertowego - 33.257,16 zł netto zamiast 20.621,46 zł netto, tj. wzrost o 12.635,70 zł netto (tj. 15.541,91 brutto).

Jak wynika z powyższego, cena zaoferowana przez ww. wykonawcę wzrosłaby z kwoty 589.919,28 zł, do kwoty 605.768,20 zł (brutto). Tym samym, cena zaproponowana przez wykonawcę Zakład s.c. nie byłaby już najniższa (a tym samym jego oferta nie byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętego kryterium oceny ofert – cena: waga 100%), gdyż stałaby się droższa od oferty wykonawcy PHU z ceną 598.306,33 zł.

Zamawiający poprzez zaniechanie poprawienia oferty wykonawcy Zakład s.c. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji wybór wskazanej oferty jako najkorzystniejszej naruszył dyspozycję wskazanego przepisu.

Ad. b) Przedsiębiorstwo:

Wykonawca nie przedłożył wraz z ofertą kosztorysu ofertowego – etap III.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, który przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji, obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt 2 wskazana została okoliczność, kiedy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli wynagrodzenie jest ustalane na podstawie wykonanych prac, po cenach przedstawionych w kosztorysie (wynagrodzenie kosztorysowe), to jakiegokolwiek braki w tym kosztorysie, których nie można uznać za omyłki w myśl art. 87 ust. 2 ustawy Pzp powodują, że oferta jest niezgodna z siwz. W takich okolicznościach zamawiający powinien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe oznacza dla zamawiającego, który przewidział w siwz oraz we wzorze umowy wynagrodzenie kosztorysowe, obowiązek odrzucenia oferty, w której nie zawarto wyliczenia wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego – tj. w przypadku niniejszej oferty – kosztorysu ofertowego – etap III.

W związku z powyższym należy uznać, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie dokonania powyższej czynności stanowi naruszenie ww. przepisu.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 85/14).

IV.3.3.Przedmiot zamówienia: budowa świetlicy wiejskiej

Wartość zamówienia: 983 452,77 zł (244 664,33 euro)

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in. kosztorysu ofertowego oraz harmonogramu rzeczowo-finansowego. Wykonawcy zobowiązani byli sporządzić kosztorys ofertowy opracowany metodą kalkulacji uproszczonej na podstawie przedmiaru robót załączonego do siwz. Ponadto, „cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należało przedstawić w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Integralną częścią Formularza ofertowego jest kosztorys ofertowy wypełniony i podpisany przez wykonawcę.”

W projekcie umowy wskazano m.in., że:

§ 1.5 - „przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy”;

§ 4.2 – „ostateczna wartość przedmiotu umowy (...) zostanie ustalona po odbiorze robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy, zatwierdzonym protokołem odbioru końcowego, na podstawie przeprowadzonego obmiaru oraz kosztorysu powykonawczego (...) zgodnie z przyjętymi cenami jednostkowymi i czynnikami cenotwórczymi wyszczególnionymi w kosztorysie ofertowym oraz rzeczywiście wykonanymi i odebranymi ilościami robót”;

§ 5.1 – „wynagrodzenie wykonawcy (...) rozliczone będzie na podstawie faktury częściowej VAT, wystawianej po zakończeniu etapu I ujętego w harmonogramie rzeczowo – finansowym stanowiącym załącznik nr 1 do umowy oraz na podstawie faktury końcowej VAT wystawionej po zakończeniu i odbiorze końcowym robót”.

W wyniku oceny ofert zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp m.in. ofertę wykonawcy Firma, który zaoferował najniższą cenę za realizację przedmiotu zamówienia (przy czym jedynym kryterium oceny ofert była cena – waga: 100%), w uzasadnieniu wskazując, iż „do złożonej przez wykonawcę w dniu 22 lutego 2013 r. oferty został dołączony harmonogram rzeczowo-finansowy. Dołączony dokument zawiera jednak istotne w prowadzonym postępowaniu uchybienia. Załączony do oferty dokument nie zawiera wartości brutto w pozycji nr 5. Ponadto pozycja A5 harmonogramu rzeczowo-finansowego zawiera rozbieżność z kosztorysem ofertowym wykonawcy. Pozycja dotycząca „podłoża i posadzek” w niniejszym dokumencie została określona na wartość 26.746.16 zł, natomiast w kosztorysie ofertowym Dział 5 „Podłoża i posadzki”, w tym Dział 5.1. „piwnice” określone zostały na kwotę 26.746,16 zł, dział 5.2. „parter” na kwotę 67.755,24 zł, co łącznie daje kwotę 94.501,40 zł. Dołączenie poprawnie wypełnionego harmonogramu rzeczowo – finansowego stanowiło wymóg merytoryczny, gdyż dokument ten stanowił treść oferty”.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona.

Wykazanie w harmonogramie rzeczowo-finansowym w pkt A.5 „podłoża i posadzki” jedynie kwoty 26.746,16 zł odpowiadającej wycenie kosztorysowej ww. pozycji 5.1 „piwnice”, zamiast sumy kwot pozycji 5.1 „piwnice” oraz pozycji 5.2 „parter część dobudowana” (przy czym suma tych kwot wynosi 67.775,25 zł, a nie 67.755,24 zł, jak wskazał zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty), stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jest

to bowiem widoczna omyłka wykonawcy, która polega na przeniesieniu do harmonogramu rzeczowo – finansowego wartości tylko z jednej pozycji kosztorysu, zamiast z dwóch. Zamawiający jest jednak w stanie poprawić tę omyłkę poprzez zsumowanie wartości ww. pozycji i przeniesienie ww. sumy do harmonogramu.

Z kolei, w kwestii braku wskazania kwot brutto w kolumnie nr 5 harmonogramu rzeczowo-finansowego należy zauważyć, iż skoro ww. wykonawca w kosztorysie ofertowym wskazał wysokość stawki VAT – 23% dla wszystkich zaoferowanych robót, tym samym również wartość poszczególnych pozycji wskazanych w harmonogramie była możliwa do uzupełnienia przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Podobnie należało poprawić braki w zakresie podsumowań wartości brutto i netto robót zawartych w poszczególnych pozycjach (pozycja: Suma A, Suma B, Suma C, Suma kosztów inwestycyjnych) zarówno dla całego zadania, jak i dla poszczególnych etapów.

W toku kontroli dokonano także sprawdzenia kosztorysu ofertowego oraz harmonogramu rzeczowo-finansowego przedłożonych przez wykonawcę Firma i ustalono jak poniżej.

Po zsumowaniu poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego ustalono, iż został on wyliczony na kwotę 936.880,53 zł netto i jest to kwota, którą wykonawca wskazał w formularzu ofertowym, jednak kwota brutto wskazana w formularzu ofertowym została błędnie wyliczona, gdyż przy zastosowaniu wskazanej w formularzu ofertowym stawki VAT 23%, zamiast wskazanej kwoty 1.152.233,02 zł brutto, powinno być 1.152.363,02 zł.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Poprawienie omyłki rachunkowej wymaga uwzględnienia wszelkich konsekwencji rachunkowych wprowadzonych zmian, co może wiązać się m.in. z koniecznością dokonania przez zamawiającego powtórnej kalkulacji ceny oferty. W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, iż fakt, że poprawienie omyłki rachunkowej może wywrzeć wpływ na cenę oferty, nie może stanowić przeszkody w jej poprawieniu. Wyznacznikiem dopuszczalności dokonania modyfikacji ofert wykonawców nie powinna być również wysokość ceny oferty, jaka zostanie ustalona w następstwie wprowadzonej zmiany, gdyż art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie uzależnia obowiązku poprawienia omyłki rachunkowej od tego, jak istotnie to poprawienie wpłynie na cenę oferty.

W związku z powyższym, wyżej opisane błędne wyliczenie kwoty brutto, stanowi omyłkę rachunkową, którą zamawiający winien poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto, w porównaniu kosztorysu ofertowego oraz harmonogramu rzeczowo-finansowego, oprócz wyżej opisanej niezgodności w pozycji A5 harmonogramu, ustalono jeszcze nw. niezgodności, tj. w szczególności:

- w pozycji A9 harmonogramu – „elewacja” – wykonawca wpisał kwotę 52.623,98 zł, natomiast zgodnie z kosztorysem ofertowym powinno być 52.632,98 zł;
- w pozycji B7 harmonogramu – „instalacja gazowa” – wykonawca wpisał kwotę 3.603,45 zł, natomiast zgodnie z kosztorysem ofertowym powinno być 3.603,46 zł;
- w pozycji B8 harmonogramu – „instalacja wentylacyjna i klimatyzacyjna” – wykonawca wpisał kwotę 38.117,39 zł, natomiast zgodnie z kosztorysem ofertowym powinno być 38.177,39 zł;

- w pozycji B9 harmonogramu – „technologia kotłowni” – wykonawca wpisał kwotę 23.314,80 zł, natomiast zgodnie z kosztorysem ofertowym powinno być 23.314,82 zł.

Mając na uwadze wyżej opisane niezgodności pomiędzy kosztorysem a harmonogramem, należy wskazać, iż zamawiający w oparciu o prawidłowo sporządzony kosztorys ofertowy, powinien był poprawić ww. pozycje harmonogramu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Charakter ww. niezgodności, zwłaszcza zaś niewielki wzrost wartości ww. pozycji po poprawkach, świadczy o tym, że są to omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W związku z powyższym należy uznać, iż zamawiający poprzez odrzucenie oferty wykonawcy Firma oraz zaniechanie poprawienia ww. omyłek rachunkowych i innych omyłek naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 42/14).

IV.3.4. Przedmiot zamówienia: remont boiska oraz budowa trybun na stadionie

Wartość zamówienia: 417 684,42 zł (103 911,94 euro)

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak ustalono w wyniku kontroli przedmiotowego postępowania, zamawiający za realizację przedmiotu zamówienia przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. W pkt 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający zapisał, iż kosztorys ofertowy, który wykonawcy powinni załączyć do oferty, „powinien zawierać ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów robót. Wartość działów z narzutami oraz wartość całkowitą robót stanowiącą wynagrodzenie ofertowe. Do kosztorysu ofertowego należy dołączyć również zestawienie robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzuty. Kosztorys ofertowy musi zawierać tabele elementów scalonych dla całości kosztorysu (uwzględniającą wszystkie branże i działy)”. Sporządzony w powyższy sposób kosztorys ofertowy miał stanowić integralną część oferty (zgodnie z pkt 10 formularza ofertowego). Z pkt 10.4 siwz wynika, że „oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej specyfikacji”. Z § 11 ust. 2 projektu umowy wynika, że „wszelkie zwiększenie lub zmniejszenie zakresu robót będzie powodowało korektę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1. W takim przypadku wynagrodzenie będzie zmienione z zastosowaniem stawek cenowych robocizny, materiałów, pracy i sprzętu i narzutów w wysokościach przyjętych w kosztorysie ofertowym”.

Wykonawca Ogród (którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza – dla obydwu zadań) załączył do oferty jedynie wypełniony przedmiar robót.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań

zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, w pierwszym rzędzie należy stwierdzić, że wymogi podania ww. zestawienia robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzutów miały charakter istotnych postanowień siwz, których niespełnienie obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty, natomiast nie były to wyłącznie wymogi o charakterze informacyjnym lub formalnym, których niespełnienie nie mogło spowodować odrzucenia oferty. W postępowaniu przewidziano bowiem wynagrodzenie kosztorysowe, przy którym, mimo że wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu wykonanego zgodnie z projektem, to jednocześnie następuje to w ramach wynagrodzenia objętego kosztorysem ofertowym. Zmniejszenie lub zwiększenie rozmiaru prac niesie za sobą zmianę zakładanej kwoty wynagrodzenia, w oparciu o rzeczywiście wykonany zakres robót. Podanie w ofercie zestawienia robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzutów, miało mieć praktyczne zastosowanie w toku rozliczania robót, gdyż zgodnie z cytowanym powyżej zapisem § 11 ust. 2 projektu umowy: „wszelkie zwiększenie lub zmniejszenie zakresu robót będzie powodowało korektę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1. W takim przypadku wynagrodzenie będzie zmienione z zastosowaniem stawek cenowych robocizny, materiałów, pracy i sprzętu i narzutów w wysokościach przyjętych w kosztorysie ofertowym”. Oznacza to, że brak wskazania w ofercie ww. informacji stanowił niezgodność z treścią siwz i nie była to niezgodność o charakterze wyłącznie formalnym, gdyż ww. informacje były niezbędne do rozliczenia zamawiającego z wykonawcą, w szczególności w sytuacji zmniejszenia lub zwiększenia faktycznie wykonanych prac. Ww. brak w ofercie nie mógł też być poprawiony lub wyjaśniony z wykonawcą, gdyż w każdym przypadku wymagałoby to uzupełnienia oferty o zestawienie robocizny, materiałów, prac sprzętu oraz narzutów, co nie jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy uznać, iż w ustalonym stanie faktycznym, gdy wykonawca załączył do oferty kosztorys ofertowy w formie uproszczonej i nie wskazał zestawienia robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzutów pomimo wymogu zamawiającego w tym zakresie, zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym należy uznać, iż zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ogród stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 79/14).

IV.3.5. Przedmiot zamówienia: budowa boisk wielofunkcyjnych i placów zabaw wraz z rewitalizacją parku

Wartość zamówienia: 435 787,89 zł (108 415,74 euro)

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Zamawiający dokonał odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy Firma (oferta z najniższą ceną), w uzasadnieniu wskazując, iż „treść oferty nie odpowiada treści siwz – oferta nie zawiera kosztorysu ofertowego wymaganego przez zamawiającego w siwz”. W dokumentacji postępowania zamawiający za wykonanie przedmiotu zamówienia przewidział rozliczenie ryczałtowe, co wynika przede wszystkim z następujących zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz):

- pkt 16.3 siwz – „(...) ponieważ za realizację zamówienia wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe określone w ofercie”;
- pkt 16.7 siwz – „cena oferty stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia i nie podlega zmianom w okresie realizacji umowy”;
- pkt 1 projektu umowy – „oferujemy wykonanie całości zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w dokumentacji przetargowej, za cenę ryczałtową”;
- pkt 7 projektu umowy – „wynagrodzenie, o którym mowa w niniejszej ofercie pokrywa wszystkie nasze zobowiązania wynikające z zamówienia a także wszystko co może być konieczne dla właściwego wykonania przedmiotu zamówienia”;
- § 4 pkt 1 projektu umowy – „za wykonanie całości przedmiotu umowy, zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe (...).

Ponadto zamawiający w pkt 16.2 siwz zapisał, iż „wykonawca na podstawie przedmiaru robót sporządzi kosztorys ofertowy – uproszczony plus zestawienie materiałów, urządzeń i wyposażenia wraz z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi podstawę do wykonania kosztorysów, który należy dołączyć do oferty. Kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie informacyjne i pomocnicze i nie będzie weryfikowany w czasie badania i oceny złożonych ofert. Kosztorys ofertowy będzie niezbędny do rozliczenia uzyskanej dotacji”.

Przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia (w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego), żądanie zamawiającego załączenia kosztorysu zasadniczo powinno służyć wykonawcom co do zasady jedynie jako materiał informacyjno - pomocniczy dla opracowania oferty, co podkreśla sam zamawiający w zapisach siwz. Wykonawca kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie, biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i postanowieniami projektu umowy. Przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również pozycje, które faktycznie nie zostały ujęte w jego kosztorysie ofertowym, ale są ujęte w przedmiarze robót, projekcie technicznym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (wyrok KIO z 24 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1439/09).

Reasumując, w świetle ustalonego w siwz wynagrodzenia ryczałtowego, załączenie lub niezłączenie przez wykonawcę kosztorysu ofertowego pozostawało bez wpływu na ważność oferty. Wykonawca bowiem, i tak był zobowiązany do wykonania całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną w ofercie cenę. Tym samym, oferta wykonawcy Firma nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na to, iż nie zawierała kosztorysu.

W toku prowadzonej kontroli ustalono także, iż zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy Trawa na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (wykonawca zaoferował ceną niższą od ceny wybranej oferty), w uzasadnieniu wskazując, iż „złożone na wezwanie dokumenty – wykaz robót w oryginale oraz referencje, zaświadczenie z ZUS i US w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem zostały podpisane w sposób, który uniemożliwił weryfikację, czy podpisu dokonała osoba uprawniona do reprezentowania wykonawcy. Na dwóch dokumentach widnieje pieczęć: trawa (...) oraz podpis W., zaś w pozostałych widnieje pieczęć j. w. oraz parafy nieczytelne – nieidentyfikowalne”.

Mając na uwadze powyższe uzasadnienie wykluczenia wykonawcy, należy wskazać, iż obowiązujące przepisy prawa, w tym przede wszystkim ustawy Pzp, jak i obowiązującego w dniu wszczęcia postępowania § 6 ust. 1 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. z 2009 r., nr 226 poz. 1817) wskazują, że dokumenty powinny być złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Przywołane przepisy nie określają jednakże technicznych zasad potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów. W szczególności, nie wskazują np., że poświadczenie dokumentów ma odbywać się w określonej dacie, czy też nie nakładają na wykonawców obowiązkowego wymogu określenia przy potwierdzeniu za zgodność z oryginałem stanowiska osoby potwierdzającej. Tym samym przystawienie pieczętki nie identyfikującej osoby poświadczającej dokumenty za zgodność z oryginałem nie może prowadzić od razu do uznania takich dokumentów za nieprawidłowe, czy tym bardziej uznania nieważności takich dokumentów.

Wobec braku definicji „formy pisemnej” w ustawie Pzp, stosownie do art. 14 tejże ustawy zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie zatem z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego przez formę pisemną należy rozumieć złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie. Dla ważności złożonej oferty podpis musi być złożony osobiście przez osobę/osoby umocowaną/e do reprezentowania wykonawcy w obrocie prawnym. Aby uznać dany znak graficzny za podpis, nie zawsze musi być to podpis czytelny, ale musi umożliwiać identyfikację osoby, od której pochodzi, przynajmniej według takich kryteriów, jak cechy indywidualne i powtarzalne. Taką identyfikację osoby składającej podpis nieczytelny zapewnia m.in. pieczętka imienna przystawiona obok tego podpisu.

W związku z powyższym, aby uznać konkretny znak pisarski za podpis, nie można odstąpić od minimum, jakim jest to, by znak pisarski umożliwiał identyfikację osoby, od której pochodzi. Chociaż podpis nie musi być sporządzony czytelnie, to powinien odzwierciedlać cechy charakterystyczne dla osoby, która go składa, i tym samym – wskazywać na tę osobę (postanowienie Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2009 r.; sygn. akt: IV CSK 78/09).

Z treści załączonych do oferty Trawa dokumentów nie wynika w sposób niewątpliwy tożsamość osoby, która poświadczała za zgodność z oryginałem ww. dokumenty. W związku z powyższym należy wskazać na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek wezwać, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. O istnieniu takiego obowiązku świadczy użyte przez ustawodawcę pojęcie "wzywa". Dokumenty, które zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez nieustaloną osobę, były dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym dotyczące ich wątpliwości powinny zostać wyjaśnione z wykonawcą.

W tym stanie rzeczy, Prezes Urzędu zwrócił się do wykonawcy Trawa z prośbą o wyjaśnienie, kto poświadczył „za zgodność z oryginałem” przedmiotowe dokumenty. Jednocześnie wykonawca został poproszony o udokumentowane wyjaśnienie, że w przypadku, gdyby była to osoba inna niż Pan W., to wskazana osoba posiadała stosowne upoważnienie do podpisywania przedmiotowych dokumentów. W odpowiedzi na powyższe, Pan W. wyjaśnił, iż „osobą podpisującą się pod ofertą oraz dokumentami byłem ja H.W. właściciel firmy. Już podczas przetargu próbowałem wyjaśnić całą sytuację z Gminą, aby przez to nasze

niedopatrzanie nie zostać odrzuconym, jednak Gmina nie chciała żadnych wyjaśnień i mimo najkorzystniejszej oferty z postępowania nas odrzuciła”.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, jak również wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Trawa, należy stwierdzić, iż zamawiający poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących części dokumentów i w konsekwencji wykluczenie wskazanego wykonawcy, naruszył treść art. 26 ust. 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 94/14).

IV.3.6. Przedmiot zamówienia: przebudowa budynku dworca kolejowego wraz z infrastrukturą torowo-peronową

Wartość zamówienia: 90 735 821,80 zł (21 476 442,47 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaze, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto (lub równowartość w innych walutach), polegające na opracowaniu projektów budowlanych i wykonawczych budowy albo przebudowy budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej, zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 Nr 75 poz. 690 z późn. zm.) o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m³.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przewidującego możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz jednocześnie wskazał, że „wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien, w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że zasoby, na które się powołuje, zostaną mu udostępnione do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2) - 4) ustawy Pzp zasobami powinno obejmować wykazanie faktu udostępnienia wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, a także wykazanie, że podmiot udzielający zasobu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne rzeczywiście nim dysponuje. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy oraz powinna zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia lub jego braku”. W kolejnym punkcie SIWZ zamawiający uszczegółowił powyższe wymagania określając, że „wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będą wynikać poniższe aspekty:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”

Ponadto, w rozdziale IX ust. 11 SIWZ znalazła się informacja: „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale IX ust. 3 SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów i podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w rozdziale IX ust. 6 pkt 1 – 7 SIWZ” (tj. dokumentów podmiotowych potwierdzających brak istnienia podstaw do wykluczenia z postępowania z uwagi na zaistnienie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp).

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia konsorcjum firm reprezentowane przez W. przedstawiło zobowiązanie podmiotu trzeciego P. do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z treścią przedstawionego dokumentu „wykonawca W. może polegać na potencjale technicznym firmy P. w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego: „Na przebudowę budynku dworca kolejowego wraz z infrastrukturą torową – peronową”, oraz w trakcie jego realizacji. W tym celu firma P. oddaje wykonawcy W. do dyspozycji niezbędne zasoby techniczne, tj. [m. in.]: referencje na prace projektowe dot. obiektów użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 5000 m³ i wartości usługi większej niż 1 000 000,00 PLN brutto, w ramach których opracowano projekty budowlane i wykonawcze przebudowy obiektu”.

W toku kontroli zamawiający wyjaśnił, że „do oferty wykonawca załączył dokumenty, o których mowa w rozdziale IX ust. 6 pkt 1-7 SIWZ, odnoszące się do podmiotu P. [dokumenty podmiotowe]. W związku z tym oraz mając na uwadze postanowienie rozdziału IX ust. 11 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia należy stwierdzić, iż podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. W załączniku nr 7 do SIWZ – Informacja dotycząca zakresu prac, który zostanie powierzony podwykonawcom (strona 170 oferty) wykonawca wskazał, jakie części zamówienia planuje powierzyć do wykonania podwykonawcy – w tym „prace projektowe”. Zamawiający podniósł ponadto, że podmiot P. zobowiązał się też do udostępnienia osób zdolnych do realizacji zamówienia. W konsekwencji, „w ocenie zamawiającego zobowiązanie podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia złożone przez P. nie budzi żadnych wątpliwości oraz nie stoi w sprzeczności z innymi dokumentami, a w szczególności z załącznikiem nr 7 do SIWZ, który został załączony do oferty”.

Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Oznacza to, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi jednoznacznie wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci

udostępnione wykonawcy. Dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli z treści tego zobowiązania ani z innych dokumentów załączonych do oferty nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia bowiem zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. W sytuacji zaś, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia – a do takich zasobów należy doświadczenie - taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. tj. wskazać sposób i zasady, na jakich podmiot będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia.

Należy w tym miejscu podkreślić, że również sam zamawiający żądał od wykonawców, aby zobowiązanie podmiotu trzeciego zawierało „nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia lub jego braku”, a także „zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”.

Z treści zobowiązania podmiotu P. nie wynika informacja, na jakich zasadach zostanie udostępnione doświadczenie oraz czy podmiot udostępniający będzie brał udział w realizacji zamówienia, a jeśli tak, to w jakim charakterze. Zamawiający nie mógł zatem prawidłowo ocenić, czy udostępnienie zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nastąpiło w sposób rzeczywisty, a tym samym, czy jest wystarczające dla uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez konsorcjum W. Wprawdzie do oferty wykonawcy zostały załączone dokumenty podmiotowe dotyczące P., które mogą sugerować udział tego podmiotu w realizacji przedmiotowego zamówienia, jednak należy uznać to za niewystarczające dla jednoznacznej oceny, czy podmiot ten faktycznie będzie brał udział w wykonywaniu umowy, a w szczególności – w jakim charakterze. Brak jest bowiem w ofercie dokumentu, który potwierdzałby taką deklarację samego podmiotu P. Należy podkreślić, że okoliczność dysponowania zasobem podmiotu trzeciego przez wykonawcę musi być jednoznaczna i nie może wynikać z domniemania zamawiającego co do charakteru i sposobu udostępnienia zasobu. Podobnie, nie można domniemywać udziału podmiotu P. w realizacji zamówienia na podstawie wykazu prac przeznaczonych do podwykonania. Nie stanowi to bowiem wystarczającego dowodu na okoliczność, iż „prace projektowe” będą wykonywane właśnie przez ten podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie w zakresie tego rodzaju usług.

Mając na uwadze stan faktyczny zaistniały w przedmiotowym postępowaniu, należy stwierdzić, że zamawiający był zobligowany do wezwania konsorcjum W. do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązania podmiotu trzeciego P., tj. zobowiązania potwierdzającego sposób i zakres uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia. Zaniechanie dokonania powyższej czynności stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zalecił wezwanie ww. wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia zobowiązania podmiotu P. potwierdzającego, że ww. podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w sposób i w zakresie niezbędnym do jego realizacji lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia polegającego na opracowaniu projektów budowlanych i

wykonawczych budowy albo przebudowy budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 93/14).

IV.3.7. Przedmiot zamówienia: rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem

Wartość zamówienia: 381 375 530,55 zł (90 268 534,30 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej w zakresie części nr 2 poprzez wymóg wykazania przez wykonawców, że posiadają środki finansowe lub wykażą się zdolnością kredytową na kwotę nie mniejszą niż 30.000.000,00 PLN. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był przedłożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, tj. dokument o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013, poz. 231).

Ponadto w pkt III.2.1) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający żądał także od wykonawców, aby w przypadku korzystania z zasobów podmiotów trzecich, złożyli dokumenty dotyczące:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W celu potwierdzenia spełniania opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawca - Mosty wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego P. W treści przedmiotowego zobowiązania podmiot trzeci wskazał, iż „zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji wykonawcy (...) na czas udziału w realizacji kontraktu (...) potencjału finansowego w wysokości 30.000.000,00 PLN. Na potwierdzenie dysponowania powyższym potencjałem w załączeniu przedstawiamy stosowną opinię bankową.” Z opinii bankowej, wystawionej przez Bank wynika, że podmiot trzeci posiada zdolność kredytową do 200.000.000,00 PLN.

Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Odnosząc się do przedłożonego zobowiązania, przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż nie wynika z niego, w jaki sposób i na jakich zasadach zdolność kredytowa podmiotu trzeciego zostaje udostępniona: czy podmiot trzeci posiadający zdolność kredytową na wymaganą kwotę zobowiązuje się zaciągnąć kredyt, a następnie wymagane środki udostępnić wykonawcy np. w formie darowizny, pożyczki, zakupu za wymaganą kwotę materiałów potrzebnych do budowy. Tym samym treść ww. dokumentu nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawca ma rzeczywisty dostęp do zdolności finansowej podmiotu trzeciego i czy jest to dostęp na zasadach wystarczających do należytej realizacji zamówienia, a tym samym zamawiający nie ma gwarancji, że wybrany wykonawca spełnia warunek i faktycznie będzie zdolny do realizacji niniejszego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu zalecił zamawiającemu wezwanie wykonawcy – Mosty, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o dokumenty potwierdzające, na jakich zasadach przedmiotowe środki finansowe zostaną udostępnione i czy wykonawca faktycznie nimi dysponuje za pośrednictwem podmiotu trzeciego. W przypadku niezłożenia przez wykonawcę ww. dokumentów, Prezes Urzędu zalecił jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyników kontroli.

IV.3.8. Przedmiot zamówienia: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. Budowa i rozbudowa sieci wodociągowej rozdzielczej oraz kanalizacji sanitarnej

Wartość zamówienia: 51 376 628,59 zł (12 160 436,60 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, w ramach przedmiotowej procedury zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. wykażą się m.in. osiągnięciem średniorocznego przychodu netto ze sprzedaży (liczonego jako średnia arytmetyczna) w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, w wysokości minimum 15 mln zł.

Jak wynika z treści oferty złożonej przez wykonawcę R., na potwierdzenie spełniania powyższego warunku ww. wykonawca przedstawił dokumenty w postaci rachunku zysków i strat oraz bilansu, z których wynika, że w żadnym z lat 2011-2013 nie osiągnął przychodu netto ze sprzedaży w wysokości minimum 15 mln zł. Jednocześnie wykonawca przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego Z. o udostępnieniu "zdolności finansowych" w postaci "przychodu netto ze sprzedaży - bilansu i rachunku zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe", w celu potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca załączył także bilans oraz rachunek zysków i strat za lata 2011-2013 wystawiony dla podmiotu trzeciego Z. Zsumowane potencjały wykonawcy oraz podmiotu trzeciego potwierdziły spełnienie warunku.

Zamawiający wezwał wykonawcę R., w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, m.in. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia podmiotu trzeciego Z. w świetle treści art. 47 ust. 2

Dyrektywy 2004/18/WE oraz do wyjaśnień, czy udostępnienie zdolności finansowych ma charakter realnego wsparcia. W odpowiedzi wykonawca wyjaśnił, że z podmiotem trzecim Z. „wiążą go ściśle więzy organizacyjne, które gwarantują zapewnienie odpowiedniej kondycji finansowej wykonawcy, w tym udzielenie mu w razie potrzeby niezbędnego finansowania, oraz odpowiedniego potencjału ekonomicznego wykonawcy, a udostępniane zasoby bezpośrednio i realnie zostaną wykorzystane do wykonania przedmiotu, celem jego sprawnego, terminowego i niezakłóconego zrealizowania – w razie jego uzyskania przez wykonawcę.” W załączeniu do niniejszych wyjaśnień wykonawca przedstawił Załącznik do zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów do wykonania zadania - obejmujący wyjaśnienia dotyczące dysponowania potencjałem ekonomicznym Z., z którego wynika, iż „(...) możliwość udostępnienia wykonawcy potencjału ekonomicznego przez Zobowiązanego wynika z faktu zawarcia przez Wykonawcę i Zobowiązanego umowy o podwykonawstwo (na podstawie której Zobowiązany będzie uczestniczył w realizacji bardzo istotnej części Zamówienia), jak również z okoliczności zawarcia przez Wykonawcę i Zobowiązanego umowy o wspólnej realizacji przedsięwzięcia (...) Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa zobowiązuje się wspólnie z Wykonawcą wykonać bardzo istotną część Zamówienia i w związku z tym przystąpić - w przypadku udzielenia Wykonawcy Zamówienia - kumulatywnie do długu Wykonawcy względem Zamawiającego w zakresie wykonania Zamówienia, wskutek czego pomiędzy Wykonawcą i Zobowiązującym powstanie stosunek solidarnej odpowiedzialności względem Zamawiającego za wykonanie Zamówienia.(...) Udostępniony przez Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa potencjał ekonomiczny, będzie do dyspozycji Wykonawcy (w razie wyboru jego oferty przez Zamawiającego i podpisania z nim umowy o Zamówienie), umożliwiając mu realne jego wykorzystanie przez cały czas realizacji przedmiotu Zamówienia. W razie potrzeby wykorzystania tego potencjału będzie ono polegało na wsparciu ekonomicznym, kapitałowym i finansowym Wykonawcy przez Zobowiązanego, w szczególności poprzez:

- a) aktywny udział w charakterze podwykonawcy w realizacji istotnej części Zamówienia,
- b) kumulatywne przystąpienie do długu wynikającego z umowy zawartej z Zamawiającym o wykonanie zamówienia w przypadku jego uzyskania przez Wykonawcę, co będzie oznaczało odpowiedzialność solidarną z Wykonawcą za całość realizacji Zamówienia,
- c) udzielanie Wykonawcy przez Zobowiązanego korzystnych pożyczek na czas realizacji Zamówienia,
- d) udzielenie przez Zobowiązanego poręczeń kredytowych i gwarancyjnych dla Wykonawcy,
- e) uzyskanie przez Zobowiązanego wykorzystującego swoją wiarygodność finansową kredytu, którym wesprze działalność Wykonawcy podczas realizacji Zamówienia,
- f) pozyskanie przez Zobowiązanego wykorzystującego swoją wiarygodność finansową inwestorów mogących wnieść wkład finansowy do spółki Wykonawcy,
- g) ułatwienie Wykonawcy nawiązania współpracy z dostawcami, podwykonawcami i specjalistami pozostającymi w stosunkach gospodarczych ze Zobowiązanim,
- h) w razie konieczności - wniesienie dodatkowego kapitału do spółki Wykonawcy poprzez przystąpienie do niej przez Zobowiązanego w charakterze współnika.”

Zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawcy R., na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania wymaganego średniorocznego przychodu netto ze sprzedaży.

Zgodnie z regulacją zawartą w art. 54 ust. 5 dyrektywy sektorowej, jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, ustanowione przez podmioty zamawiające zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami dostępnymi dla zainteresowanych wykonawców, obejmują wymogi odnoszące się do możliwości gospodarczych i finansowych wykonawcy, w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi udowodnić podmiotowi zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów. Należy zwrócić uwagę na fakt, że przepis dyrektywy sektorowej odnosi się do sytuacji gospodarczej (ekonomicznej), jak też finansowej wykonawcy. Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Ponadto należy wskazać, iż możliwość odwołania się do zasobów podmiotów trzecich w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp potwierdza także treść § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), który określa dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w przypadku korzystania m.in. z ekonomicznego potencjału podmiotu trzeciego. Zgodnie z ww. przepisem dokument dotyczący podmiotu trzeciego powinien precyzować w szczególności:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Z całokształtu regulacji dotyczącej korzystania z zasobów podmiotów trzecich, w tym także z zasady prowsólnotowej wykładni przepisów krajowych, wynika że wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, może powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego także w zakresie sytuacji ekonomicznej.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca R. w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej posłużył się zasobami podmiotu trzeciego Z., przedstawiając zobowiązanie do udostępnienia zasobów tego podmiotu oraz załącznik do zobowiązania, który precyzuje wykorzystanie udostępnionego zasobu ekonomicznego przez wykonawcę w razie uzyskania zamówienia, m.in. poprzez podwykonawstwo, kumulatywne przystąpienie do długu, odpowiedzialność solidarną podmiotu trzeciego z wykonawcą za całość realizacji zamówienia, udzielanie korzystnych pożyczek, udzielanie poręczeń kredytowych i gwarancyjnych dla wykonawcy, w razie konieczności wniesienie dodatkowego kapitału do spółki. Z dokumentów załączonych do oferty wynika też, że zsumowane przychody wykonawcy i ww. podmiotu trzeciego osiągają wymaganą przez zamawiającego wartość. Wobec powyższego należy uznać, iż wykonawca R. w wystarczający

sposób udowodnił swoją sytuację ekonomiczną, a wykluczenie go z postępowania przez zamawiającego stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zalecił powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawcę R. i wybór oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyników kontroli.

IV.3.9. Przedmiot zamówienia: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu: Rewitalizacja i modernizacja korytarza kolejowego

Wartość zamówienia: 84 873 215,44 zł (21 114 841,14 euro)

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego

Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający żądał od wykonawców dostępności do nw. narzędzi i urządzeń technicznych w celu realizacji przedmiotowego zamówienia, co najmniej po jednej jednostce:

- wysokowydajna oczyszczarka tłucznia z wagonami taśmociągowymi;
- profilarka tłucznia;
- podbijarka torowa i rozjazdowa lub podbijarka uniwersalna torowo-rozjazdowa również do podbijania rozjazdów na podrozjazdnicach strunobetonowych;
- zestaw do dynamicznej stabilizacji torów z zagęszczaczem, podsypki od czoła podkładów;
- zgrzewarka torowa do szyn;
- dźwig samochodowy lub kolejowy;
- spycharka gąsienicowa;
- kombajn torowy do potokowej wymiany nawierzchni z wagonami do przewozu podkładów i złącz lub pociąg zrywkowo-układkowy;
- zestaw wagonów samowładowczych do przewozu podsypki;
- samochód ciężarowy;
- koparka do robót ziemnych;
- zestaw sprzętu do wykonywania spawów termitowych;
- sprzęt do regulacji naprężeń w torze metodą wymuszoną (naciągania lub podgrzewania);
- ładowarka.

Jak wynika z dokumentacji, wykonawca B. do swojej oferty dołączył „Wykaz narzędzi i wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót w celu realizacji zamówienia”, z którego wynika, iż dysponuje on jedynie spycharką gąsienicową, samochodem ciężarowym, koparką do robót ziemnych oraz ładowarką, a pozostałym wymaganym przez zamawiającego sprzętem będzie dopiero dysponował. Jednocześnie, z żadnego z załączonych do oferty ww. wykonawcy zobowiązań podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnego potencjału technicznego nie wynika, jakie konkretnie urządzenia i sprzęt techniczny zostanie przez nie udostępniony wykonawcy na czas realizacji przedmiotowego zamówienia.

W toku kontroli zamawiający wyjaśnił, iż wykonawca B. „na stronie 130 złożonej oferty przedstawił Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót w celu realizacji zamówienia, w którym przedstawił pełny katalog sprzętu technicznego, łącznie 14 pozycji (po jednej jednostce), wymaganych przez Zamawiającego, wraz z zaznaczeniem informacji o podstawie dysponowania sprzętem - Wykonawca dysponuje („D”) lub Wykonawca będzie dysponował („BD”)”. Jednocześnie, do oferty załączone zostało zobowiązanie firmy F., które wskazuje na fakt oddania do dyspozycji ww. wykonawcy „(...) niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego F. na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia publicznego przez Wykonawcę (...)”. Zamawiający wskazał, że „mimo iż z treści ww. zobowiązania innego podmiotu literalnie nie wynika, jakie konkretnie narzędzia i urządzenia techniczne zostaną udostępnione Wykonawcy na czas realizacji zamówienia, Zamawiający uznał, że zobowiązanie w sposób nie budzący wątpliwości dotyczy pozycji wymienionych w Wykazie narzędzi, do których dodano informację „BD” - „będzie dysponował”.

Mając na względzie powyższe, należy uznać, iż z przedstawionych przez wykonawcę B. dokumentów nie wynika, jakie konkretnie urządzenia i sprzęt techniczny zostanie udostępniony wykonawcy na czas realizacji przedmiotowego zamówienia przez podmiot trzeci F. Tym samym, ww. dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Zaniechanie wezwania wykonawcy B. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyników kontroli.

IV.3.10. Przedmiot zamówienia: zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn: Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych

Wartość zamówienia: 137 900 000,00 zł (34 306 896,21 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na dzień 12.12.2013 r. Jednocześnie, zgodnie z treścią SIWZ, termin związania ofertą został ustalony na 90 dni, co oznacza, że upływał w dniu 11.03.2014 r. Pismami z dnia 01.04.2014 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu z postępowania 9-ciu wykonawców. Zamawiający wykluczył powyższych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że wymienieni wykonawcy do upływu terminu związania ofertą, tj. do dnia 11.03.2014 r., nie dokonali przedłużenia tego terminu, a także nie wnieśli wadium. Przedłużenia terminu związania ofertą z własnej inicjatywy dokonali wykonawcy: konsorcjum R. (w dniu 5.03.2014 r.), którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz konsorcjum S. (w dniu 10.03.2014 r.).

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Z przepisu tego wynika, że przedłużenie ww. terminu jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Jednocześnie należy zauważyć, iż art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza

się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Cytowany przepis określa przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, do których zalicza się brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą, która stanowiła podstawę wykluczenia wykonawców w kontrolowanym postępowaniu. Odniesienie w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp do wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą oznacza zatem, że wykluczenie z postępowania jest następstwem wyłącznie takiej sytuacji, gdy to zamawiający zwrócił się o zgodę na przedłużenie, a wykonawca odmówił wyrażenia zgody. Przepis nie przewiduje natomiast wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy ten nie przedłużył terminu związania ofertą z własnej inicjatywy. Należy przy tym podkreślić, iż przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania nie można interpretować rozszerzająco - należy zatem, przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, interpretować je ściśle.

W konsekwencji należy stwierdzić, że zamawiający wykluczając z udziału w postępowaniu wykonawców z powodu nieprzedłużenia z własnej inicjatywy terminu związania ofertą, naruszył dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który stawia wymóg, by wykluczenie zostało poprzedzone wezwaniem wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą, na które wykonawca odpowie negatywnie.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w ww. zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KU 53/14).

IV.3.11. Przedmiot zamówienia: budowa boiska treningowego o sztucznej murawie

Wartość zamówienia: 575 200,73 zł (143 099,00 euro)

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, w siwz zamawiający wymagał od wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, wniesienia najpóźniej w dniu podpisania umowy, zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny brutto podanej w ofercie. Zamawiający nie sprecyzował żadnych dodatkowych wymagań co do treści gwarancji.

Wybrany wykonawca przed planowanym terminem podpisania umowy złożył ubezpieczeniową gwarancję należytego wykonania umowy kontraktu i usunięcia wad i usterek. Gwarancja zawierała zapis: „niniejszym gwarantuję nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w niniejszej gwarancji zapłatę należności:

- a) w okresie od 17 lutego 2014 r. do 30 października 2014 r. do kwoty 43.844,80 zł do zapłacenia których na rzecz Beneficjenta Gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy;
- b) w okresie od 30 września 2014 r. do 15 stycznia 2018 r. do kwoty 13.153,44 zł do zapłacenia których na rzecz Beneficjenta Gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany w przypadku nieusunięcia lub nienależytego usunięcia wad i usterek, ujawnionych w ww. okresie po podpisaniu protokołu zdawczo-odbiorczego, na zasadach określonych w umowie objętą gwarancją”.

W dniu 19 lutego 2014 r. zamawiający poinformował ww. wykonawcę, iż nie może przyjąć ww. gwarancji, gdyż nie spełnia ona wymagań ustawy Pzp i siwz. Jak tłumaczy zamawiający, „zgodnie z dyspozycją art. 151 ust. 3 ustawy Pzp wymagał zabezpieczenia „roszczeń z tytułu rękojmi za wady”. Zwrot użyty przez ustawodawcę i powielony w siwz stanowi zatem o zabezpieczeniu:

- 1) wszelkich roszczeń – zarówno umownych jak i kodeksowych (wskazanych w art. 556-576 KC);
- 2) z tytułu rękojmi za wady – która to rękojmia obejmuje, zgodnie z art. 556 § 1 i 2 KC:
 - a) rękojmię za wady fizyczne – art. 556 § 1 KC;
 - b) rękojmię za wady prawne – art. 556 § 2 KC.

Przedłożona przez Państwa gwarancja nie jest gwarancją obejmującą wszelkie roszczenia zamawiającego z tytułu wad fizycznych lub prawnych wynikające z KC lub umowy. Przykładowo pkt 1 ppkt b) gwarancji ogranicza odpowiedzialność Gwaranta do nie usunięcia lub nie należytego usunięcia wad i usterek i następnie w pkt 3 jest zapis, iż gwarancja jest ważna w „zakresie usunięcia wad i usterek, o których mowa w pkt 1b”. Tym samym, gwarancja jest ograniczona do wad i usterek (koniunkcja wskazująca na wady fizyczne) i tylko do zakresu usunięcia wad i usterek. Powyższe potwierdza również pkt 4 ppkt 2) gwarancji. Uwzględniając powyższe, przedłożona gwarancja nie spełnia wymagań Pzp i siwz”.

W związku z zastrzeżeniami zamawiającego do ww. gwarancji, wykonawca złożył kolejną gwarancję ubezpieczeniową należytego wykonania kontraktu zawierającą zapis, „niniejszym gwarantuję nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w niniejszej gwarancji zapłatę należności: do kwoty 43.844,80 zł do zapłacenia których na rzecz Beneficjenta Gwarancji, Zobowiązany jest zobowiązany z tytułu zapłaty wymaganych kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy”.

Jednakże zamawiający poinformował ww. wykonawcę, że nie może przyjąć ww. gwarancji, ponieważ nie spełnia ona wymagań ustawy Pzp oraz siwz, gdyż zamawiający zgodnie z art. 147 ust. 2 ustawy Pzp wymagał zabezpieczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Wykonawca przedłożył zabezpieczenie zapłaty wymagalnych kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a tym samym, powyższe jest zakresem węższym niż wymagany w siwz i zapisami Pzp.

Ponadto zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo, że w związku z uchylaniem się pierwotnie wybranego wykonawcy od podpisania umowy, działając w trybie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wybiera ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo jako najkorzystniejszą i prosi o stawienie się na podpisanie umowy.

Mając na uwadze powyższe, zastrzeżenia zamawiającego co do treści pierwszej przedłożonej gwarancji ubezpieczeniowej należy uznać za nieuzasadnione. Ustawa Pzp w art. 151 ust. 2 stanowi jedynie, że zamawiający może pozostawić 30% wymaganej wysokości zabezpieczenia, na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady, po uznaniu robót za należyte wykonane. Zamawiający przewidział taką możliwość w § 11 pkt 3.2 projektu umowy, stanowiącego załącznik do siwz, gdzie zapisał: „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie zwrócone w terminie i kwotach jak niżej (...) w ciągu 15 dni od terminu upływu okresu rękojmi za wady 30%”. Zgodzić się należy z zamawiającym, że rękojmia ta obejmuje zasadniczo wszystkie wady: fizyczne i prawne. Niezasadna jest jednak argumentacja zamawiającego upatrująca w użytym w gwarancji zwrocie „wady i usterek” jedynie wad fizycznych.

Należy bowiem dodatkowo zauważyć, że zgodnie z § 14 projektu umowy (załącznik nr 7 do siwz) – Rękojnia za wady, w pkt 2 sam zamawiający zapisał, iż „wykonawca gwarantuje nieodpłatnie usunięcie usterek i wad w okresie rękojmi”, natomiast w pkt 5 zapisał, iż „w przypadku nie usunięcia przez wykonawcę wad i usterek we wskazanym terminie, zamawiający zleci ich usunięcie innemu wykonawcy, a kosztami obciąży wykonawcę. W tym przypadku koszty usuwania wad i usterek będą pokrywane w pierwszej kolejności z kwoty będącej zabezpieczeniem należytego wykonania umowy, zwanej kaucją gwarancyjną”.

Mając na uwadze powyższe zapisy siwz oraz projektu umowy należy wskazać, iż wykonawca Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. przedłożył ważną gwarancję ubezpieczeniową, która w pełni gwarantowała zapłatę należności w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz w przypadku nieusunięcia lub nienależytego usunięcia wad w czasie obejmującym okres rękojmi, tj. rękojmi w zakresie usunięcia wad i usterek, bez ograniczenia wad tylko do wad fizycznych. Zamawiający nie uznając ww. gwarancji ubezpieczeniowej za ważną i w konsekwencji nie podpisując umowy z pierwotnie wybranym wykonawcą, natomiast podpisując ją z kolejnym wykonawcą Przedsiębiorstwo, dopuścił się naruszenia art. 93 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 120/14).

IV.4. Naruszenia dotyczące opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu kryteriów oceny ofert

IV.4.1. Przedmiot zamówienia: przebudowa budynku dworca kolejowego wraz z infrastrukturą torowo-peronową

Wartość zamówienia: 90 735 821,80 zł (21 476 442,47 euro)

Projekt z Programu Operacyjny Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże m.in., że:

- a. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto (lub równowartość w innych walutach), polegające na opracowaniu projektów budowlanych i wykonawczych budowy albo przebudowy budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej, zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 Nr 75 poz. 690 z późn. zm.) o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m³;
- b. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał minimum dwa odrębne zamówienia (umowy) na roboty budowlane polegające na wykonaniu robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 50 000 000,00 PLN brutto każde (lub równowartość w innych

walutach) obejmujących budowę albo przebudowę budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 Nr 75 poz. 690 z późn. zm.) o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³ każdy. (...)

- c. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał minimum jedno zamówienie (umowę) na roboty budowlane wykonane w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obejmujące budynek użyteczności publicznej zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 Nr 75 poz. 690 z późn. zm.).

Zamawiający nie dopuszczał łączenia spełnienia warunków opisanych w podpunktach a), b) lub c) w jednym zamówieniu.

W toku postępowania jeden z wykonawców zwrócił się do zamawiającego z następującym wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ: „Prosimy o wyjaśnienie (potwierdzenie), że zamawiający uzna za spełnienie warunku w pkt 3 ppkt 1a) jeśli wykonawca przedstawi referencje na obiekt użyteczności publicznej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” z wyodrębnieniem kwoty, która dotyczyła samych projektów, natomiast na spełnienie ppkt 1c) wykaże inny obiekt także w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Wykonawca jest Generalnym Wykonawcą, a więc nie świadczy samych usług projektowych (jedynie wraz z wybudowaniem) i nie umniejsza to w żaden sposób jego wartości jako wykonawcy projektów. Postawienie w ten sposób warunku (że referencja wyłącznie na zaprojektowanie) ogranicza w sposób istotny konkurencję i/lub wymusza na wykonawcach spełniających samodzielnie warunki udziału, korzystanie z potencjału i doświadczenia firm projektowych”.

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający wyjaśnia, iż warunek udziału w postępowaniu opisany w rozdziale IX ust. 3 pkt 1 lit. a) SIWZ w żadnym stopniu nie ogranicza możliwości, aby wymagana dokumentacja projektowa (zawierająca projekty budowlane i wykonawcze) była częścią większego zamówienia, w tym umowy zawartej w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Niemniej nie zwalnia to wykonawcy z konieczności spełnienia wszystkich wymagań dotyczących dokumentacji projektowej, tj. zakres, kubatura budynku, wartość usługi”.

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego należy wskazać, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu będzie realizowany w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, zatem obowiązkiem wybranego wykonawcy będzie zaprojektowanie robót budowlanych, a następnie ich realizacja. Dodatkowo, jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, w skład świadczenia wykonawcy wchodzi również wykonanie robót budowlanych na podstawie dokumentacji projektowej znajdującej się już w posiadaniu zamawiającego oraz aktualizacja tej dokumentacji. Zgodnie natomiast z opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymagał od

potencjalnego wykonawcy wykazania się odrębnie: usługą zaprojektowania (pkt a), realizacją dwóch robót budowlanych (pkt b) oraz realizacją robót budowlanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (pkt c). W konsekwencji, nie istniała możliwość wykazania spełnienia warunku opisanego w punkcie a) i b) poprzez wykazanie jednego zadania, obejmującego projekt i wykonanie robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że o ile przedmiot zamówienia uzasadnia opisanie warunku zarówno w usłudze zaprojektowania, jak i wykonania robót budowlanych, to zakaz łączenia tych dwóch elementów w jednym zamówieniu w celu wykazania spełnienia warunku z punktu a) i b) jest merytorycznie nieuzasadniony. Zamawiający w wyjaśnieniach złożonych Prezesowi Urzędu kładzie nacisk na wielkość i poziom trudności realizacji przedmiotu zamówienia, co jednak nie wyjaśnia zakazu łączenia zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót w jednym zamówieniu. Istotną kwestią w przedmiotowym postępowaniu jest bowiem zbadanie, czy wykonawca posiada doświadczenie w zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych, nie ma przy tym znaczenia, czy wykonał to w ramach jednego czy dwóch odrębnych zamówień. Nie ulega bowiem wątpliwości, że doświadczenie wykonawcy w zakresie realizacji robót w systemie „zaprojektuj i wybuduj” jest takie samo, gdy wykonano usługę zaprojektowania i wykonania robót razem, jak i oddzielnie.

Należy przy tym zauważyć, że zamawiający w wyjaśnieniach przekazanych Prezesowi Urzędu wskazał, że część robót będzie realizowana na podstawie dokumentacji zamawiającego, co mogłoby uzasadniać postawienie wymogu realizacji robót na podstawie dokumentacji przygotowanej przez inny podmiot niż wykonawca, a zatem mogłoby uzasadniać żądanie odrębnie referencji na zaprojektowanie i odrębnie na wykonanie robót budowlanych. Jednak zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ zamawiający dopuścił, aby zarówno referencje na zaprojektowanie, jak i na wykonanie robót były częścią większego projektu zrealizowanego przez tego samego wykonawcę, zatem nie badałyby umiejętności wykonania robót na podstawie cudzego projektu budowlanego.

W konsekwencji wymóg, aby wykonawca wykazał się odrębnie usługą zaprojektowania i odrębnie wykonaniem robót budowlanych spowodował, że w postępowaniu nie mogli brać udziału wykonawcy, którzy posiadali ww. doświadczenie, jednak nabyte w ramach jednego zamówienia. Opisany przez zamawiającego warunek doświadczenia ograniczał zatem dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy posiadali odpowiednie doświadczenie i byliby zdolni do realizacji przedmiotu zamówienia. Należy raz jeszcze podnieść, że wykonawca, który w ramach jednej referencji wykazałby się należyłą realizacją usługi zaprojektowania i wykonania robót budowlanych nie daje mniejszej gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia niż wykonawca, który wykaże się oddzielnie referencją na usługę i oddzielnie na wykonanie robót budowlanych. Jednocześnie należy podkreślić, że zamawiający nie udowodnił, że wykonawca, który wykazałby spełnienie warunku opisanego w punkcie a) i b) w jednym zamówieniu (inwestycji) nie dawałby rękojmi należytej realizacji zamówienia.

W związku z powyższym, niedopuszczenie przez zamawiającego możliwości wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w punkcie a) i b) łącznie w jednym zamówieniu jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i jednocześnie mogło utrudnić uczciwą konkurencję, w związku z tym stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 93/14).

IV.4.2. Przedmiot zamówienia: kompleksowa dostawa, wdrożenie i utrzymanie zintegrowanego Informatycznego Systemu Wspomagania Zarządzania Uczelnią klasy ERP wraz z rozwiązaniem klasy Business Intelligence opartym na hurtowni danych

Wartość zamówienia: 5 550 508,64 zł (1 380 860,94 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

W przedmiotowym postępowaniu w zakresie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawcę wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług poprzez zrealizowanie co najmniej jednej głównej dostawy wraz z wdrożeniem oferowanego Oprogramowania standardowego dla Publicznej Uczelni Wyższej w Polsce zatrudniającej na moment zakończenia wdrożenia co najmniej 1500 osób i o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 PLN brutto. Zrealizowana dostawa wraz z wdrożeniem musi obejmować jednocześnie następujące obszary: kadry-płace, finanse-księgowość, hurtownia danych BI (Business Intelligence).

Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie o udzielenie wyjaśnień, jakie przesłanki zadecydowały o takim opisanie warunku udziału w postępowaniu wskazał, że „(...) ustanawiając taki warunek kierował się przede wszystkim specyfiką Uczelni i to ona miała główny wpływ i znaczenie dla określenia wymagania zawartego w przedmiotowym warunku. Specyfika ta wiąże się ze znaczącymi różnicami uzależnionymi właśnie od faktu, czy uczelnia jest instytucją publiczną, czy też prywatną. W uczelni niepublicznej nie jest realizowany szereg procesów, które wpływają w sposób zasadniczy na wymaganie funkcjonalności systemu, podyktowanych obowiązkiem stosowania przez uczelnię publiczną odpowiednich przepisów prawa. (...) Jako Zamawiający oczekujemy, aby już standartowa wersja aplikacji wspomagała realizację rozmaitych zagadnień, uwzględniając również ich wzajemne powiązania”. Zamawiający wymienił również szereg procesów realizowanych, jego zdaniem, wyłącznie w uczelniach publicznych.

Odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego należy zauważyć, że część z wymienionych procesów zachodzi w obu typach uczelni, tj. publicznych i niepublicznych, ponadto część z tych procesów może zachodzić także w uczelniach niepublicznych, jeżeli ich statut tak stanowi. Przykładowo proces nadawania stopni naukowych, uregulowany w ustawie o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz.U. z 2003 r., Nr 65, poz. 595 ze zm.), czy proces obsługi staży i urlopów naukowych, uregulowany w art. 134 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. z 2012 r., poz. 672 ze zm.) występują w obu typach uczelni. Z kolei np. proces zatrudniania nauczycieli akademickich na podstawie konkursu otwartego, uregulowany w art. 118a ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym, czy proces uzyskania zgody Rektora uczelni na zatrudnienie nauczyciela akademickiego w dodatkowym miejscu pracy, uregulowany w art. 129 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym, występuje obligatoryjnie w uczelniach publicznych, ale może być też stosowany w uczelniach niepublicznych. Powyższe potwierdzają wyjaśnienia Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, przekazane na prośbę Prezesa Urzędu, w których MNiSW wskazało, które procesy spośród wskazanych przez zamawiającego:

- następują w obu typach uczelni;

- nie wynikają z przepisów ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym, natomiast mieszczą się w zakresie praw i obowiązków pracodawców i pracowników i mogą być realizowane przez każdego pracodawcę, tj. zarówno uczelnie publiczne, jak i niepubliczne;
- w uczelniach publicznych są obligatoryjne, zaś w uczelniach niepublicznych są realizowane, jeżeli ich władze tak postanowią;
- następują wyłącznie w uczelniach publicznych;
- następują w uczelniach publicznych, w których nie wydano układu zbiorowego pracy lub regulaminu wynagradzania.

Podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. 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.

Odwołanie się przy opisie warunku doświadczenia do wdrożenia oferowanego oprogramowania standardowego dla Uczelni Publicznej w Polsce jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, naruszającym zasadę uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępności zamówienia dla wykonawców, którzy realizowali dostawy na rzecz uczelni prywatnych o porównywalnej specyfice zamówienia. Jak wskazano w piśmie Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego jedynie 4 z wskazanych przez Zamawiającego 27 istotnych procesów występuje zasadniczo wyłącznie w uczelniach publicznych. Nie ma zatem powodu, dla którego wykonawca posiadający doświadczenie w zakresie realizacji dostawy wraz z wdrożeniem oferowanego Oprogramowania standardowego na rzecz uczelni niepublicznej, nie mógł ich wykonać także w przedmiotowym postępowaniu. Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, jakoby uczelnie publiczne były zamawiającymi na tyle specyficznymi, by podmiot który należycie wykonał podobne rodzajowo zamówienia na rzecz uczelni niepublicznej nie mógł prawidłowo wykonać zamówienia na ich rzecz. Nieuzasadnione jest przyjęcie, w okolicznościach sprawy, że wiedza i doświadczenie nabyte przy wykonywaniu dostaw i wdrożeń opisanych systemów na rzecz uczelni niepublicznych, jest niewystarczające dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Podkreślić przy tym należy, że w postępowaniu ujawnił się wykonawca, który nie zakwestionował możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia w oparciu o wymogi zamawiającego wskazane w opisie przedmiotu zamówienia – wyraził jedynie zastrzeżenia do nadmiernie opisanego warunku.

W przedmiotowej sprawie za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz ograniczające konkurencję uznać również należy odwołanie się zamawiającego przy opisie warunków doświadczenia do projektu obejmującego dostawę wraz z wdrożeniem oferowanego Oprogramowania standardowego dla Publicznej Uczelni Wyższej w Polsce zatrudniającej na moment zakończenia wdrożenia co najmniej 1500 osób.

Odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego w tym zakresie, należy zauważyć, że dla przeprowadzonych wdrożeń bez znaczenia jest, ile w danym momencie uczelnia zatrudnia osób, gdyż liczba ta może być zmienna, w związku z czym przygotowane i wdrożone systemy mogą przewidywać możliwość korzystania z nich przez większą liczbę użytkowników niż w momencie zakończenia wdrożenia. Dla prawidłowego funkcjonowania systemu nie jest istotna ilość pracowników zatrudniona na moment wdrożenia, lecz kluczowe są rozwiązania

techniczne oraz założenia technologiczne programu, który wydajnie obsługiwałby np. co najmniej 1500 osób niezależnie od liczby pracowników uczelni zatrudnionych w chwili wdrożenia systemu. Zatem w świetle celu, jaki chciał uzyskać zamawiający, prawidłowo opisany warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia powinien odwoływać się do złożoności programu (np. liczby użytkowników, który jest w stanie obsłużyć), nie zaś odnosić się do liczby pracowników samego zamawiającego.

Ww. wymogi stanowiące część opisu sposobu oceny spełniania warunków nie były zatem niezbędne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia, tym samym nie były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie tak opisane wymogi mogły utrudniać dostęp do ww. zamówienia, o czym świadczy fakt, że w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, w tym jeden wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego należy uznać, iż zamawiający dokonując w ww. sposób opisu oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie doświadczenia tj. a) zrealizowanie co najmniej jednej głównej dostawy wraz z wdrożeniem oferowanego Oprogramowania standardowego dla Publicznej Uczelni Wyższej w Polsce oraz b) zatrudniającej na moment zakończenia wdrożenia co najmniej 1500 osób, naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KU/18/14).

IV.4.3. Przedmiot zamówienia: usługi doradcze w ramach projektu „Wspieranie powiązań i rozwoju produktów branży AGD”

Wartość zamówienia: 400 000,00 zł (104 193,80 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Jak wynika z siwz zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, żądając od wykonawców, aby wykazali się następującym doświadczeniem:

- posiadaniem „udokumentowanego doświadczenia uczestniczenia w prowadzeniu szkoleń finansowanych ze środków Unii Europejskiej w zakresie kompetencji tematycznej: „Benchmarking”, „Zwiększenie konkurencyjności przedsiębiorstw branży elektronicznej i/lub Rynek produktów elektronicznych w warunkach globalizacji - zarządzanie logistycznym łańcuchem dostaw i/lub Logistyka, jako narzędzie poprawy konkurencyjności, Wymagania i Normy Dotyczące Metrologii - Zarządzanie projektami i/lub Zarządzanie Sprzedażą”;
- wykonaniem „usług doradczych w ramach prowadzonych projektów niefinansowanych ze środków Unii Europejskiej, na rzecz przedsiębiorstwa/ przedsiębiorstw prowadzących dystrybucję artykułów gospodarstwa domowego, w którym ilość indeksów asortymentowych przekracza ponad 1300 indeksów i wartość przychodów rocznych nie jest mniejsza niż 30 mln zł”;

- posiadaniem „udokumentowanego doświadczenia w zakresie prowadzenia usług doradczych, strategicznych, jakościowych, logistycznych na rzecz, co najmniej jednego przedsiębiorstwa z branży AGD (Artykuły Gospodarstwa Domowego) o obrotach rocznych nie mniejszych niż 45 mln zł, w łańcuchu dostaw umiejscowionego w roli ogólnopolskiego dystrybutora lub producenta, posiadającego co najmniej jeden salon sprzedaży detalicznej i u którego zakres produktów stanowi, co najmniej 90%-towy udział w obrotach”.

Natomiast w zakresie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający żądał w siwz, by wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował osobami, które posiadają „uprawnienia konsultanta (osób/osoby) zdolnej do wykonania zamówienia: co najmniej jeden z konsultantów powinien mieć spełnione następujące warunki łączne wymienione poniżej w pkt I-VI:

I. Certyfikaty:

- a. posiadać certyfikat audytora wiodącego (lead Auditor) w zakresie ISO 9000 i BS - 7799 (lub równoważnej np. ISO-IEC 17799, ISO 27001, normy Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji);
- b. posiadać, co najmniej ukończone z wynikiem pozytywnym, szkolenie Europejskiego Systemu Certyfikacji Logistyków (ELA-ECBL) lub równoważny certyfikat ELA-ECBL lub ukończone studia podyplomowe w powyższym zakresie.
- c. posiadać Certyfikat Europejskiego Konsultanta lub równoważny potwierdzający kompetencje w zakresie Środków Unijnych.

II. Kompetencja do realizacji usług doradczych:

- a. posiadać stosowne doświadczenie w realizacji usług doradczych PHARE i SPO WKP lub równoważnych tematycznie kompetencji, poprzez otrzymanie akredytacji w Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (lub równoważnej agencji rządowej) w zakresie:
 - Audyt Technologiczny i
 - Innowacje i Nowe Technologie i
 - Plan Rozwoju Przedsiębiorstwa i Technologii i/lub
 - Wdrażanie pozyskanych Technologii oraz Własnych Innowacyjnych Rozwiązań Technologicznych i
 - Jakość.
- b. posiadać doświadczenia realizowane w ramach zadań monitoringu lub usług doradczych, poprzez akredytację-uprawnienia-uczestnictwo w zakresie audytu lub doradztwa lub monitoringu, nadaną przez jednostkę rządową w randze ministerstwa na bazie stosownego rozporządzenia ministra.

III. Doświadczenie uczestnictwa w projektach podobnych kompetencyjnie do przedmiotu zamówienia:

- a. posiadać stosowne doświadczenie w zakresie Grup Roboczych EDI lub równoważnych w zakresie tworzenia standardów norm o charakterze, co najmniej ogólnopolskim i prowadzonego przez Instytut Naukowo-Badawczy lub jednostkę równoważną.
- b. posiadać stosowne udokumentowane doświadczenia konsorcjalne uczestnictwa w projekcie naukowo-badawczym finansowanych z Funduszy Unijnych (6 Ramowy, 7 Ramowy) lub źródeł międzynarodowych o charakterze równoważnym.
- c. posiadać udokumentowane doświadczenie w realizacji usług na rzecz: Jednostek badawczo-rozwojowych lub Placówek Naukowych Polskiej Akademii Nauk lub jednostek organizacyjnych posiadających status jednostki badawczo-rozwojowej

(jednostki naukowej w rozumieniu art. 2 pkt 9 lit a-f Ustawy z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania nauki (Dz.U. z 2008 r. Nr 169 poz. 1049 z późniejszymi zmianami lub międzynarodowych instytutów naukowych utworzonych na podstawie równoważnych odrębnych przepisów).

IV. Doświadczenie w branży AGD-RTV, której to zagadnienia są przedmiotem usług doradczych:

- a. posiadanie doświadczenia w branży AGD-RTV, poprzez prowadzenie działalności handlowej lub serwisowej lub doradczej wyrażonej otrzymaniem akredytacji lub certyfikacji lub umowy ramowej, zatwierdzone lub nadane, przez co najmniej jedną z korporacji o światowym zasięgu branży AGD-RTV o obrotach w 2009 roku nie mniejszych niż 10mld Euro.
- b. posiadanie udokumentowanego doświadczenia audytora lub doradcy, w zakresie prowadzenia usług doradczych strategicznych, jakościowych, logistycznych na rzecz, co najmniej jednego Przedsiębiorstwa z branży AGD (Artykuły Gospodarstwa Domowego) o obrotach rocznych nie mniejszych niż 45mln zł, w łańcuchu dostaw umiejscowionego w roli ogólnopolskiego dystrybutora lub producenta posiadającego, co najmniej jeden salon sprzedaży detalicznej i u którego zakres produktów AGD stanowi, co najmniej 90%-towy udział w obrotach.

V. „Szkolenia”, których tematyka i merytoryka powstającej dokumentacji jest przedmiotem usługi niniejszego doradztwa:

- a. Posiadać udokumentowane doświadczenie w prowadzeniu szkoleń w roli trenera, finansowanych ze środków Unii Europejskiej na bazie zamówień udzielonych i akredytowanych przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w zakresie kompetencji tematycznej:
 - „Benchmarking”,
 - Zwiększenie konkurencyjności przedsiębiorstw branży elektronicznej i/lub Rynek produktów elektronicznych w warunkach globalizacji,
 - Zarządzanie logistycznym łańcuchem dostaw i/lub Logistyka jako narzędzie poprawy konkurencyjności,
 - Wymagania i Normy Dotyczące Metrologii,
 - Zarządzanie projektami i-lub Zarządzanie Sprzedażą.
- b. Posiadać ukończone szkolenie w zakresie tematycznym Prawo Zamówień Publicznych.

VI. Doświadczenie w zarządzaniu:

- a. powinien posiadać udokumentowane, co najmniej roczne doświadczenie członka zarządu i/lub członka rady nadzorczej, i/lub
- b. Powinien wykonywać usługi doradcze w ramach zarządzania, prowadzonych projektów niefinansowanych ze środków Unii Europejskiej, na rzecz Przedsiębiorstwa-Przedsiębiorstw prowadzących dystrybucję ogólnopolską artykułów gospodarstwa domowego, w którym ilość indeksów asortymentowych przekracza ponad 1300 indeksów i wartość przychodów nie jest mniejsza niż 30 mln zł i/lub
- c. powinien mieć doświadczenie bycia uczestnikiem organu doradczego Rady Powiązania Kooperacyjnego (Klastrowego) lub Rady Organizacji lub Rady Zrzeszenia lub Rady Naukowej.”

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 ustawy - uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1).

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wykazał, że przedstawiony opis sposobu oceny spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania kadrami z odpowiednim doświadczeniem wykonawcy jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. nie wykazał, że inni wykonawcy, nie spełniający ww. warunków, nie byłoby w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia.

Przed wszystkim warunek w zakresie odnoszącym się do źródeł finansowania zamówienia nie jest niezbędny, a przez to nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co potwierdza też uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 43/09). KIO wskazała w ww. uchwale, iż stawianie warunku realizacji inwestycji współfinansowanych ze środków pochodzących z zagranicy (Unia Europejska, Mechanizm Finansowy EOG, Norweski Mechanizm Finansowy, Bank Światowy, itp.) nie znajduje żadnego uzasadnienia, a jedynie stanowi przeszkodę w możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez podmioty, które nie mogą wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu usług, których źródło finansowania było inne niż krajowe.

Należy także zwrócić uwagę na wyniki audytu Komisji Europejskiej z 2005 r. dotyczącego projektów Funduszu Spójności, w którym Komisja Europejska m.in. podniosła niezasadność opisywania przez beneficjentów warunku posiadania doświadczenia w projektach współfinansowanych ze środków UE.

Ponadto nie można uznać za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia opis warunków odnoszący się do cech podmiotów, na rzecz których wykonawca lub konsultant wykonywali usługi. Dla prawidłowego wykonania zamówienia istotne jest bowiem jakiego rodzaju usługi, w jakim zakresie i stopniu złożoności stanowią doświadczenie wykonawcy lub jego personelu, nie zaś - dla kogo były wykonywane. W związku z tym za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia należy uznać te elementy opisu warunków, które odnoszą się do:

- przychodów rocznych przedsiębiorstw i innych podmiotów, na rzecz których prowadzono usługi doradcze,
- salonów sprzedaży i udziałów w obrotach przedsiębiorstw i innych podmiotów, na rzecz których prowadzono usługi doradcze,
- rodzaju jednostek (PAN, jednostek naukowych lub międzynarodowych instytutów), na rzecz których realizowano usługi;
- światowego zasięgu korporacji i ich obrotów w 2009 r.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że dokonany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia narusza art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.4.4. Przedmiot zamówienia: dostawa licencji na opracowanie, wdrożenie i realizację programistyczną Programu Jakościowego „Świat Jakości AGD” i „Gotowanie i Działy”

Wartość zamówienia: 1 700 000,00zł (442 823,65 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Przedmiotem kontrolowanego zamówienia jest dostawa licencji na opracowanie, wdrożenie i realizację programistyczną Programu Jakościowego „Świat Jakości AGD”, „Gotowanie i Działy”, w ramach projektu „Wspieranie powiązań i rozwoju produktów branży RTV – AGD”. Jak wynika z pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia przy użyciu nazw i kodów stosowanych we Wspólnym Słowniku Zamówień wskazując, że w ramach przedmiotu zamówienia należy wykonać:

- 48110000-2 – Pakiety oprogramowania dla punktów sprzedaży;
- 48190000-6 – Pakiety oprogramowania edukacyjnego;
- 48219300-9 – Pakiety oprogramowania administracyjnego;
- 48300000-1 – Pakiety oprogramowania do tworzenia dokumentów, rysowania, odwzorowywania, tworzenia harmonogramów i produkowania;
- 48310000-4 – Pakiety oprogramowania do tworzenia dokumentów;
- 48311000-1 – Pakiety oprogramowania do zarządzania dokumentami;
- 48312000-8 – Pakiety oprogramowania do publikowania elektronicznego;
- 48316000-6 – Pakiety oprogramowania prezentacyjnego;
- 48460000-0 – Analityczne, naukowe, matematyczne lub prognozujące pakiety oprogramowania;
- 48462000-4 – Matematyczne lub prognozujące pakiety oprogramowania;
- 48463000-1 – Pakiety oprogramowania statystycznego;
- 48500000-3 – Pakiety oprogramowania komunikacyjnego i multimedialnego;
- 48700000-5 – Pakiety oprogramowania użytkowego;
- 48200000-0 – Pakiety oprogramowania dla sieci, Intranetu i intranetu;
- 48328000-3 – Pakiety oprogramowania do przetwarzania obrazów;
- 48331000-7 – Pakiety oprogramowania do zarządzania projektami;
- 48333000-1 – Pakiety oprogramowania do zarządzania kontraktami;
- 48445000-9 – Pakiety oprogramowania do zarządzania relacjami z klientami;
- 48515000-1 – Pakiety oprogramowania do wideokonferencji;
- 48516000-8 – Pakiety oprogramowania do wymiany danych;
- 48782000-3 – Pakiety oprogramowania do zarządzania przechowywaniem;
- 72211000-7 – Usługi programowania oprogramowania systemowego i dla użytkownika;
- 72210000-0 – Usługi programowania pakietów oprogramowania;
- 72212000-4 – Usługi programowania oprogramowania aplikacyjnego;
- 72230000-6 – Usługi w zakresie rozbudowy oprogramowania;
- 72260000-5 – Usługi w zakresie oprogramowania;
- 72212500-4 – Usługi opracowywania oprogramowania aplikacyjnego;
- 72212300-2 – Usługi opracowywania oprogramowania do tworzenia dokumentów, rysowania, odwzorowywania, tworzenia harmonogramów i produkowania;
- 72212200-1 – Usługi opracowywania oprogramowania dla sieci, Internetu i intranetu;
- 72212700-6 – Usługi opracowywania oprogramowania użytkowego;
- 72212900-8 – Różne usługi opracowywania oprogramowania i systemy komputerowe;
- 48613000-8 – Elektroniczne zarządzanie danymi (EDM).

Jednocześnie zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 5 do SIWZ. Zgodnie z treścią tego załącznika, w tabeli znajdującej się bezpośrednio pod nagłówkiem „Oferowane oprogramowanie musi posiadać określone poniżej parametry” wskazano, że oferowane oprogramowanie musi posiadać parametry: „Licencja na opracowanie, wdrożenie i realizację programistyczną ‘Programu jakości AGD’ ‘Gotowanie i działy’, o zakładanej liczbie osobodni nakładu niezbędnego na wykonanie modułu 7500”. Ponadto, zamawiający żądał, aby do każdego wdrożenia i oprogramowania został dołączony

komplet wszelkiej dokumentacji projektowej i aplikacyjnej (forma elektroniczna i papierowa), kod źródłowy (forma elektroniczna), skrypty i inne zapisy aplikacyjne lub bazodanowe, instrukcja obsługi dla użytkownika w formie papierowej i elektronicznej. Zamawiający zażądał również załączenia zgody na wykorzystanie autorskich praw majątkowych do koncepcji „Świat Jakości AGD”, o ile wykorzystanie tych praw zostało użyte przy budowie koncepcji, funkcjonalności lub aplikacji. Do opracowania projektu funkcjonalnego wykonawca miał stworzyć odpowiednio w działach, grupę specjalistów/naukowców/technologów o specjalizacji produktowej:

- Gotowanie (garnki, patelnie, czajniki, niezmechanizowane sprzęty na bazie dostarczonych mediów służące do podgrzewania potraw);
- Elektro Systemy Wodne (grupa urządzeń, których głównym lub istotnym medium przetwarzania, użycia jest woda lub substancje);
- Elektro Systemy Energetyczne (grupa urządzeń, których głównym lub istotnym medium przetwarzania, użycia jest energia o niezależnym systemie pochodzenia);
- Niezmechanizowane AGD (zastawy, porcelana, porcelity, szkło, kieliszki, formy, zabezpieczenie żywności, itp.);
- Sprzątanie i Czyszczenie (dozowniki, chemia, urządzenia czyszczące, materiały czyszczące, itp.);
- Pieczenie (grilownice, patelnie, opiekacze, kuchenki, itp.);
- Systemy Przemysłowe (kuchenne, restauracyjne itp.).

Do wykonania aplikacji wykonawca musiał stworzyć odpowiednio w działach grupę osób-specjalistów, którzy zdolni są do wykonania aplikacji programistycznej, co wiąże się z udzieleniem licencji na użytkowanie aplikacji. Oczekiwana specjalizacja programistyczna lub równoważna: programista aplikacji, programista skryptów, grafik komputerowy specjalizacja 3D, projektant systemów informatycznych, programista baz danych, programista sztucznej inteligencji, programista fizyki, programista mechaniki, programista dźwięku (znajomość narzędzi OpenAL, FMOD, BASS i DirectSound), programista systemów sieciowych, programista systemów video.

Stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych musi przy dokonywaniu opisu uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Prawo zamówień publicznych. Przede wszystkim zasadą jest, określony w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zakaz takiego opisywania przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

W związku z wątpliwościami co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię. W sporządzonej ekspertyzie stwierdzono m.in. co następuje: „(...) Przedmiot zamówienia został opisany szczerkowo i chaotycznie. Już samo ogólne określenie przedmiotu zamówienia w pkt 3 SIWZ jest niejednoznaczne i może być interpretowane przynajmniej trójako:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji na koncepcję zwaną „Programem Jakości AGD” „Gotowanie i działy”, na podstawie której może zostać opracowane oprogramowanie i podjęte inne działania, w szczególności opracowanie, wdrożenie i realizacja programistyczna
2. Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji na oprogramowanie;
3. Usługi informatyczne (wbrew treści pkt 3 SIWZ, ale zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ), w wyniku których ma powstać oprogramowanie lub system informatyczny (co potwierdza także §4 pkt 3 umowy, gdzie mowa o systemie, niemniej: nigdzie w materiałach przetargowych nie ma mowy o dostawie sprzętu komputerowego).

(...) W konkluzji: przedmiot zamówienia został opisany fragmentarycznie i niejednoznacznie – de facto, nie wiadomo, co konkretnie zostało zamówione. Przedmiot zamówienia nie został nawet jednoznacznie określony co do rodzaju. Nie opisano też jego właściwości i wymagań, które ma spełniać. Taki opis z całą pewnością nie spełnia wymagań opisanych w art. 29 ust. 1 Pzp, użyte określenia nie są wyczerpujące i jednoznaczne, lecz prowadzić mogą do rozlicznych interpretacji – przykładowe biegly przedstawił powyżej. Opis przedmiotu zamówienia nie określa więc wszystkich istotnych okoliczności i wymagań niezbędnych do sporządzenia oferty (de facto nie określono żadnych wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia, określono jedynie wymagania co do organizacji uczestniczących w jego realizacji) – sporządzenie oferty na podstawie SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia jest de facto niemożliwe.”

Mając na uwadze dokumentację postępowania, w tym opinię biegłego, stwierdzić należy, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i niepełny naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Opis taki prowadził do utrudnienia konkurencji, o czym świadczy także fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty, a w konsekwencji opis ten naruszał również art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym samym postępowaniu, zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z którymi o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj.:

- a) Oferenci powinni mieć przeprowadzone, co najmniej jedno wdrożenie własnego systemu typu CRM;
- b) Oferenci powinni mieć, co najmniej 3 letnie doświadczenie w obsłudze hostingowej, hotelingowej oraz świadczenia usług ISP na terenie Polski;
- c) Oferenci powinni mieć 3 letnie udokumentowane wytworzenie i użytkowanie aplikacji badawczych i wymiany informacji naukowych w ilości nie mniejszej niż 3 aplikacje, które zostały zapłacone i zrealizowane na zlecenie państwowej jednostki badawczej lub PAN (Polska Akademia Nauk) lub równoważnych w innych krajach;
- d) Oferenci powinni mieć 3 letnie doświadczenie w realizacji projektów programistycznych na rzecz co najmniej jednej jednostki w randze ministerstwa, a projekt był finansowany ze środków unijnych;
- e) Oferenci powinni być w okresie 3 lat uczestnikiem konsorcjum projektowo-wykonawczym o tematyce usług programistycznych, w którym brały udział co najmniej dwa państwowe instytuty badawcze i wartość realizowanego projektu nie była mniejsza niż 1mln złotych;

- f) Oferenci powinni mieć przeprowadzone, co najmniej jedno wdrożenie klastra obliczeniowego na rzecz państwowej jednostki uczelnianej lub państwowego instytutu badawczego;
- g) Oferenci powinni mieć doświadczenie w wytworzeniu innowacyjnych aplikacji informatycznych, objętych Wieloletnim Programem na podstawie uchwały Rady Ministrów z dnia 21 kwietnia 2004 roku;
- h) Oferenci powinni posiadać, co najmniej 3 letnie doświadczenie realizacji, co najmniej jednego zlecenia usług programistycznych w zakresie prac/zadań badawczych i/lub rozwojowych opartych o działalność prowadzoną zgodnie z ustawą z dnia 25.07.1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych.

Ponadto zamawiający wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania czynności programowania, w których co najmniej jedna osoba uczestniczyła we wszystkich projektach, w których zdobyła wiedzę i doświadczenie na bazie wiedzy i doświadczenia oferenta wskazanego powyżej w pkt a-h.

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 ustawy: uczciwej konkurencji i równego traktowania. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z wątpliwościami co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu sposobu dokonania oceny spełniania ww. warunków, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię. W sporządzonej ekspertyzie stwierdzono m.in., że wobec niejednoznaczności określenia przedmiotu zamówienia powyższe zagadnienie jest nierozstrzygalne – wymagania względem doświadczenia muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Tym samym „nie można ocenić adekwatności warunków stawianych wykonawcom nie wiadomo jakiego zamówienia. Jeśli przedmiotem zamówienia było wykonanie oprogramowania, nieadekwatne do tak określonego przedmiotu zamówienia jest wymaganie:

- Doświadczenia we wdrożeniu systemu CRM;
- Doświadczenia w usługach hostingowych, dostarczaniu Internetu;
- Wdrożenia klastra obliczeniowego.

Wymienione wyżej wymagania dotyczą bowiem usług innego rodzaju (wdrożenie, usługi infrastrukturalne) niż usługi w zakresie programowania komputerów (wykonanie oprogramowania). A więc warunki stawiane wykonawcom nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jeśli jest nim wykonanie oprogramowania”.

Niezależnie od powyższej opinii biegłego należy zauważyć, że również inne elementy warunku doświadczenia nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, bez względu na to, co nim jest. W szczególności nie można uznać, że nie byłby w stanie wykonać zamówienia wykonawca, który udokumentowałby wytworzenie i użytkowanie aplikacji badawczych i wymiany informacji naukowych dla innych podmiotów (np. uczelni wyższych) niż państwowe jednostki badawcze lub PAN. Nie można też uznać, że nie byłby w stanie wykonać zamówienia wykonawca, który wykonywał usługi programistyczne nie będąc członkiem konsorcjum z udziałem co najmniej dwóch instytutów badawczych. Dla zbadania zdolności

wykonawcy do realizacji zamówienia znaczenie ma bowiem jego doświadczenie w zakresie wykonania zadania o określonej specyfice i stopniu skomplikowania, nie zaś to na czyją rzecz i z kim to zadanie było wykonywane. W konsekwencji, za niezasadny i tym samym nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia należy uznać warunek dysponowania osobą posiadającą doświadczenie we wszystkich projektach opisanych w warunku doświadczenia.

Mając na uwadze powyższe, w tym opinię biegłego, stwierdzić należy, że dokonany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia narusza art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.4.5. Przedmiot zamówienia: budowa przydomowych oczyszczalni ścieków

Wartość zamówienia: 899 742,88 zł (223 838,91 euro)

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Z treści siwz wynika, iż zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał dostarczenia, montażu i instalacji 69 szt. przydomowych oczyszczalni ścieków systemu IN-DRAN. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera projekt budowlany, projekt wykonawczy oraz przedmiar stanowiące załącznik do siwz.

Prezes Urzędu zwrócił się do biegłego w sprawie wydania opinii, czy użyte w opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnego produktu, tj. konkretnej oczyszczalni ścieków systemu IN-DRAN. Biegły wydał opinię, w której przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji dotyczącej przedmiotowego zamówienia oraz wyjaśnień zamawiającego wskazał, iż:

1. „Z całą pewnością parametry oczyszczalni ścieków opisane w siwz ukierunkowane były na konkretny system oczyszczalni, tj. typu IN-DRAN.
2. Tak, jedynym producentem systemu oczyszczalni ścieków systemu IN-DRAN jest firma FANN-VA.
3. Tak, wyłącznym dystrybutorem systemu IN-DRAN na terenie Polski była firma EKODERN. Potwierdza to także oficjalna karta wydana przez firmę EKODERN w której sama przyznaje, że jest jedynym dystrybutorem systemu IN-DRAN na terenie Polski.
4. Pomimo, że zamawiający nie dopełnił swojego obowiązku związanego z opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję (art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) w praktyce możliwe było uznanie złożonych ofert jako urządzenia równoważne zwłaszcza, że zamawiający stawiał wygórowane wymagania odnośnie urządzeń do zamontowania. Zgodnie z projektem budowlanym załączonym do siwz „warstwa ziemi nad osadnikiem nie powinna być grubsza niż 0,6 m”, zapis ten pośrednio potwierdza także rysunek załączony do projektu na którym, przykrycie osadnika wynosi 0,825 m, natomiast zamawiający zupełnie niepotrzebnie wymagał przykrycia na poziomie 1,5 m.
5. Przydomowe oczyszczalnie ścieków firmy Delfin wraz z pakietami SD, mając na uwadze zapisy dokumentacji projektowej, należy uznać za równoważne pod względem technicznym do oczyszczalni systemu IN-DANN. Oczyszczalnie firmy Delfin działają dokładnie tak jak założył projektant w dokumentacji projektowej. (...) W związku z powyższym wyjaśnieniem, zamawiający niesłusznie odrzucił oferty wykonawców: T. oraz

P., którzy oferowali oczyszczalnię firmy Delfin bazującą na oczyszczaniu ścieków zgodnym z założeniami projektanta”.

Biegły w opinii wskazuje również, iż „trudno zgodzić się także z niektórymi wyjaśnieniami [zamawiającego] (...). [Zamawiający] twierdzi, że Gmina zlokalizowana jest na terenie górzystym z osuwiskami, warunki gruntowe to gliny, ropy, skały oraz występujące w wielu miejscach podziemne ciekły wodne. Również w piśmie z dnia 28 marca 2013 r. [zamawiający] twierdzi, że w miejscu realizacji zamówienia występują bardzo trudne warunki gruntowe. Zgodnie natomiast z projektem budowlanym dla przydomowych oczyszczalni ścieków opracowanym we wrześniu 2011 r. stwierdzono, że „projektowane obiekty zakwalifikowane do I kategorii geotechnicznej. Ustalono występowanie prostych warunków geotechnicznych” (pkt 2.1), do których na pewno nie należą tereny osuwiskowe.

Nie sposób zatem zgodzić się z treścią wyjaśnień [zamawiającego], który twierdzi, że zamówienie realizowane było w bardzo trudnych warunkach gruntowych co wymagało, aby system działał w każdych warunkach gruntowych, a osadniki gnilne wytrzymały posadowienie na głębokości 1,5 m pod powierzchnią terenu, skoro projektant uznaje, że obiekty posadowione będą na terenach o prostych warunkach terenowych, a drenaż ma zostać ułożony na głębokości 1,2 m pod powierzchnią terenu, natomiast warstwa ziemi nad osadnikiem nie powinna przekraczać 0,6 m. Potwierdza to także rysunek załączony do Projektu, na którym przedstawiono przykrycie osadnika na poziomie 0,825 m (rys. nr 2 – Przekrój oczyszczalni) (...).”

W podsumowaniu opinii biegły wskazał, iż „w ocenianym postępowaniu, zamawiający postawił zbyt wygórowane warunki dla potencjalnych oferentów nie mające uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach zamawiającego i dzięki temu mógł z łatwością odrzucić inne oferty bazujące na urządzeniach równoważnych, czym przyczynił się do ograniczenia uczciwej konkurencji w omawianym postępowaniu”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, na przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie można go też opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, a jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”, czy inne równoznaczne wyrazy (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazane przepisy służą realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie wymogi zawarte w siwz wskazywały na konkretny produkt, którego jedynym dystrybutorem jest firma EKODERN, tj. wykonawca, którego oferta została wybrana. Zamawiający wprawdzie dopuścił rozwiązania równoważne, ich zaoferowanie było możliwe jednak w świetle wymogów projektu budowlanego, gdyż wymogi zawarte w siwz już tę możliwość ograniczały. Ponadto zamawiający w praktyce nie dopuszczał rozwiązań równoważnych zgodnych z projektem, o czym świadczy odrzucenie ofert oferujących system Delfin.

Należy także zauważyć, że opisanie przydomowych oczyszczalni ścieków nie wymaga wskazania znaków towarowych, patentów czy pochodzenia, gdyż możliwe jest ich opisanie poprzez parametry techniczne i wymagane funkcjonalności. Tym samym nie było zasadne wskazanie nazwy IN-DRAN.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, jak również opinię sporządzoną przez biegłego należy uznać, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 109/14).

IV.4.6. Przedmiot zamówienia: zaprojektowanie, dostawa, montaż i uruchomienie przydomowych biologicznych oczyszczalni ścieków

Wartość zamówienia: 18 706 666,67 zł (4 653 862,74 euro)

Zamówienie nie było współfinansowane ze środków UE

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu było zaprojektowanie, dostawa, montaż i uruchomienie Przydomowych Biologicznych Oczyszczalni Ścieków. Przedmiot zamówienia z uwzględnieniem zmian wprowadzonych przez zamawiającego w stosunku do pierwotnych zapisów siwz został scharakteryzowany poniższymi parametrami:

1. Przydomowa oczyszczalnia ścieków (POŚ) musi być sekwencyjnym reaktorem biologicznym (SBR) składającym się z jednego zbiornika pracującego w ustalonych fazach, do którego ścieki trafiają w ustalonym programie oczyszczania dostosowującego się do zmian ilości ścieków i ładunków zanieczyszczeń;
2. Oczyszczalnia musi tworzyć pojedynczy zbiornik monolityczny z tworzywa sztucznego PE-LLD, w którym poszczególne komory oddzielone są bez zastosowania elementów spawanych lub łączonych inną technologią w późniejszym procesie po wykonaniu całego zbiornika w technologii rotacyjnej. Z wyjaśnienia treści SIWZ wynika, że: „Zamawiający dopuszcza inne modyfikacje PE zgodnie z PN EN 12566-3+A1: 2009 pkt.6.6 i 5 przy zachowaniu cech jakościowych w zgodzie z artykułem 30 ustawy Pzp określonych w siwz w rozdziale II pkt 5 „Szczegółowe wymagania techniczne” pkt.1, 2, 5, 6, 7 i 8”;
3. Nie dopuszcza się zastosowania metalowych obejm zaciskowych wewnątrz zbiornika;
4. Elektrozawory muszą być umieszczone wewnątrz zbiornika oraz muszą znajdować się w hermetycznym zamknięciu lub pozostawać odizolowane od środowiska, w którym znajdują się opary ścieków, blok zaworu ze względu na częstotliwość oraz warunki pracy musi być wykonany ze stali nierdzewnej;
5. POŚ musi być wyposażona w jedną nasadę z tworzywa sztucznego z płynną regulacją wysokości i poziomu, możliwością nachylenia min. 5- stopniowego oraz w pokrywę z uszczelką dostosowaną do warunków przejezdności na danym terenie;
6. Całkowita minimalna pojemność zbiornika musi wynosić: dla RLM od 1do 6 - 4500 litrów, dla RLM od 7do 10 – 7500 litrów, dla RLM od 11 do 12 - 9500 litrów; Po zmianie treści siwz przez zamawiającego pismem IGR.2711.03.07.2012: Całkowita minimalna pojemność zbiornika musi wynosić: dla RLM od 1do 6 - 4500 litrów, dla RLM od 7do 10 – 7500 litrów, dla RLM powyżej 11 - 9500 litrów;
7. Wytrzymałość i pozostałe parametry zbiornika muszą zapewniać możliwość montażu go na głębokości do 5m, bez konieczności stosowania dodatkowych płyt i elementów odciążających;
8. Minimalna grubość ścianek zbiornika musi wynosić 10 mm;
9. Oczyszczalnia powinna posiadać pojemnik umożliwiający pobieranie próbek;
10. Do recyrkulacji ścieków muszą być stosowane podnośniki powietrzne (pompy mamutowe);

11. Odprowadzenie ścieków oczyszczonych musi odbywać się za pomocą studzienki chłonnej o wysokości uzależnionej od warunków geologicznych na danej działce;
12. Studzienka chłonna musi być wykonana z PE i wyposażona w nasadę z tworzywa sztucznego z płynną regulacją wysokości i poziomu, możliwość nachylenia min. 5-stopniowego oraz w pokrywę z uszczelką dostosowaną do warunków przejezdności na danym terenie; Po zmianie treści siwz przez zamawiającego pismem IGR.2711.03.07.2012: Studzienka chłonna musi być wykonana z PE lub betonu i wyposażona w pokrywę z uszczelką dostosowaną do warunków przejezdności na danym terenie, jednak maksymalnie do klasy B 125;
13. Studnia chłonna musi być zaopatrzona w zawór zwrotny lub klapę końcową uniemożliwiającą cofanie się oczyszczonych ścieków ze studzienki chłonnej przy wysokim poziomie wód gruntowych w okresie ulewnych deszczów i roztopów;
14. Urządzenia oczyszczalni muszą być bezobsługowe w okresach pomiędzy przeglądami serwisowymi, tzn. nie mogą wymagać ingerencji użytkownika, częstotliwość obsługi serwisowej musi wynosić nie częściej niż jeden raz w roku;
15. Urządzenie musi mieć możliwość wyjęcia kolumny czyszczącej, powietrznego podnośnika cieczy oraz rury napowietrzającej w celu wyczyszczenia i inspekcji bez wcześniejszego opróżniania zbiornika;
16. Oczyszczalnia musi być wyposażona w szybkozłącza do montażu węży;
17. Oczyszczalnia musi być wyposażona w napowietrzanie za pomocą rury z membraną drobno pęcherzykową umieszczoną na całej długości komory osadu czynnego; Ze zmiany i wyjaśnienia treści siwz wynika, że: „zamawiający uzna również oczyszczalnie, w których zastosowane zostaną inne rozwiązania napowietrzania z zastrzeżeniem, że napowietrzanie to musi być drobnopęcherzykowe, musi obejmować całą powierzchnię komory, oraz musi mieć możliwość wyjmowania w celu inspekcji bez konieczności opróżniania całego zbiornika”;
18. Urządzenie musi posiadać odporność na chwilowe przeciążenie hydrauliczne, oraz okresowy brak dopływu ścieków-tryb urlopowy i/lub oszczędnościowy;
19. Urządzenie musi być oszczędne energetycznie – zużycie do 0,82 kWh/dobę; Z wyjaśnień do siwz wynika, że „Podane maksymalne zużycie energii ma dotyczyć większości oczyszczalni podanych w PFU tj. o wielkości 1 - 6 RLM. Jeśli chodzi o większe oczyszczalnie ścieków zamawiający dopuszcza rozwiązania proporcjonalnie większe(...)”;
20. Sposób oczyszczania musi zapewnić odporność na przerwy w dostawie energii elektrycznej dla okresu min. 2 doby;
21. Oczyszczalnia musi zapewnić możliwość rozruchu przy 25% obciążeniu nominalnym;
22. Oczyszczalnia musi być wyposażona w jednostkę sterowania zaprogramowaną do odpowiedniej wielkości urządzenia z pełną automatyką oraz możliwością przełączania na tryb urlopowy i/lub oszczędnościowy;
23. Menu sterownika musi być w języku polskim;
24. Urządzenie sterownicze musi być wyposażone w licznik godzin pracy oraz wskaźnik błędu;
25. Urządzenie sterownicze musi być wyposażone w moduł GSM do przesyłania informacji do serwera zbiorczego (stacji monitorującej) o prawidłowości parametrów pracy, występujących błędach i awariach, oraz posiadać program komputerowy z pełnym osprzętem do odbioru i przetwarzania informacji z modułów GSM;

26. Oprogramowanie do odbioru oraz przetwarzania informacji z poszczególnych urządzeń musi być zainstalowane na odbiorniku zewnętrznym stanowiącym własność Zamawiającego (komputer PC);
27. Urządzenie sterownicze wraz z modułem i sprężarką powinno być zamontowane w samodzielnej, wolnostojącej poza budynkiem szafce zewnętrznej, odpornej na działanie korozji, zabezpieczonej w sposób umożliwiający jej otwarcie tylko przez zamawiającego, która pozwoli na funkcjonowanie urządzenia w warunkach klimatycznych terenu bez dodatkowego ogrzewania szafki.

W trakcie prowadzonego postępowania wykonawcy wielokrotnie wnosili o zmianę przyjętych przez zamawiającego parametrów, m.in. w zakresie: wskazanego sposobu rozsączania ścieków oczyszczonych, wskazanych konkretnych grubości ścian oczyszczalni, wskazanych dokładnych pojemności zbiorników przypadających dla ściśle określonej ilości osób, określonego materiału z jakiego ma być wykonana oczyszczalnia oraz wskazanie technologii produkcji zbiornika. Wykonawcy w zadawanych pytaniach podnosili, iż opis przedmiotu zamówienia określa dokładnie typ oczyszczalni i producenta.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na zapytania wykonawców dokonał modyfikacji siwz zmieniając kilka wymagań wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia dotyczących parametrów materiału z jakiego miał zostać wykonany zbiornik oczyszczalni, wskazanych całkowitych minimalnych pojemności zbiorników, mechanizmu zastosowanego do rozsączania – studzienki, systemu napowietrzania komory, wskazanego zużycia energii.

Zamawiający odrzucił w trakcie postępowania oferty wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia innych producentów niż Kessel AG.

Ze względu na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretny produkt oraz dokonanie oceny ofert nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w powyższym zakresie. Zgodnie z treścią uzyskanej opinii, analiza opisu przedmiotu zamówienia wskazała, iż:

1. w przypadku wymogów dotyczących monolityczności zbiornika wykonanego z tworzywa sztucznego PE-LLD, materiałów i sposobu wykonania studzienki chłonnej, sposobu napowietrzania oraz energochłonności oczyszczalni, zamawiający wyraźnie zawęził krąg wykonawców do producentów niemieckich (np. INNO-CLEAN firmy Kessel AG lub Solid-clAir@Clip oferowaną przez firmę Brawotec WATERSYSTEMS). Jednak w toku postępowania, udzielając odpowiedzi na pytania zamawiający odstąpił od pierwotnie sformułowanych wymagań siwz.
2. w przypadku wymogu dotyczącego minimalnych pojemności oczyszczalni, zdaniem biegłego, podanie minimalnej pojemności zbiornika nie ma żadnego uzasadnienia i jest to błędne opisanie przedmiotu zamówienia – „podanie minimalnej pojemności zbiorników powinno być poparte prezentacją założeń do takich obliczeń lub wręcz ich wstępnym wykonaniem, co uzasadniałoby wymagane wielkości oczyszczalni odniesione do określonego zakresu liczby mieszkańców”.
3. w przypadku wymogów dotyczących:
 - miejsca umieszczenia elektrozaworów (wewnątrz zbiornika w hermetycznym zamknięciu odizolowanym od środowiska ściekowego) – zdaniem biegłego jest to wymóg wpływający na ilość zaproponowanych rozwiązań, przy czym nie ma żadnego

uzasadnienia i prowadzi do wniosku, że zamawiający wyraźnie sprzyjał wykonawcy, który akurat takie rozwiązanie zastosował;

- POŚ musi być wyposażona w jedną nasadę z tworzywa sztucznego z płynną regulacją wysokości i poziomu, możliwością nachylenia min. 5- stopniowego oraz w pokrywę z uszczelką dostosowaną do warunków przejezdności na danym terenie – zgodnie z przekazaną opinią opis tego parametru był bardzo zbliżony do sformułowania przyjętego w tłumaczeniu materiału reklamowego oczyszczalni INNO-CLEAN firmy Kessel AG (różnica w zapisie polega na tym, że zamawiający wymaga możliwości nachylenia nasady min. 5- stopniowego, a w materiałach reklamowych wskazano możliwość nachylenia do 5- stopni);
- wytrzymałość i pozostałe parametry zbiornika muszą zapewniać możliwość montażu go na głębokości do 5 m, bez konieczności stosowania dodatkowych płyt i elementów odciążających – zgodnie z przekazaną opinią „o ile zamawiający może oczekiwać, że zbiorniki będą posadawiane na głębokości 5 m i w związku z tym oczekuje ofert, które będą mogły spełnić taki wymóg, to narzucenie niestosowania w tym przypadku dodatkowych płyt i elementów odciążających jest moim zdaniem naruszeniem zasady uczciwej konkurencji”;
- studnia chłonna musi być zaopatrzona w zawór zwrotny lub klapę końcową uniemożliwiającą cofanie się oczyszczonych ścieków ze studzienki chłonnej przy wysokim poziomie wód gruntowych w okresie ulewnych deszczów i roztopów - zgodnie z przekazaną opinią – „Studzienkę z tego rodzaju wyposażeniem (studzienki przeciwwzalewowe) ma w swojej ofercie firma Kessel AG”. Powyższy wymóg stanowi ograniczenie w takim sensie, że taki zawór zwrotny może być umieszczony także na przewodzie pomiędzy studnią, a odpływem z komory SBR przydomowej oczyszczalni;
- urządzenia oczyszczalni muszą być bezobsługowe w okresach pomiędzy przeglądami serwisowymi, tzn. nie mogą wymagać ingerencji użytkownika, częstotliwość obsługi serwisowej musi wynosić nie częściej niż jeden raz w roku – „jest to wymóg bardzo rygorystyczny, większość producentów oczyszczalni wymaga dwukrotnego serwisowania (przeglądu technicznego) swoich produktów w roku”;
- urządzenie musi mieć możliwość wyjęcia kolumny czyszczącej, powietrznego podnośnika cieczy oraz rury napowietrzającej w celu wyczyszczenia i inspekcji bez wcześniejszego opróżniania zbiornika – „Zastosowanie określenia „kolumna czyszcząca” występuje tylko w materiałach firmy Kessel AG i wynika najprawdopodobniej z niewłaściwego tłumaczenia na język polski. W języku polskim użycie imiesłowu przymiotnikowego w tym przypadku oznacza, że kolumna sama coś czyści, kiedy w istocie jest rozwiązaniem umożliwiającym wyjęcie umieszczonego w niej oprzyrządowania w celu jego wyczyszczenia (bez konieczności opróżniania zbiornika). Inni producenci używają tylko określenia kolumny z dyfuzorami, kolumny umożliwiającej czyszczenie oprzyrządowania bez opróżniania zbiornika itp.”

W zakresie zgodności złożonych ofert z siwz biegły dokonał analizy, w której wskazał braki w każdej ze złożonych ofert. W konkluzji biegły wyraził następujące stanowisko:

„W świetle powyżej sformułowanych uwag jest powód do uznania, że zamawiający formułował zapisy siwz pod kątem możliwości ich spełnienia przez jednego producenta. Najwięcej ze stawianych wymagań spełniało rozwiązanie firmy Kessel AG – oczyszczalnia INNO-CLEAN+”.

„Z analizy niezgodności składanych ofert z wymogami siwz opisanymi w Rozdziale II, pkt.1. opis przedmiotu zamówienia, wynika jednoznacznie, że żadna z firm biorących udział w przetargu nie spełniła 100% zapisów siwz”.

Podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie zamawiający przygotowując postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego powinien opisać jego przedmiot w taki sposób, aby w pełni zrealizować swoje plany i osiągnąć zamierzony cel. Niezmiernie ważne jest dokonanie opisu cech przedmiotu zamówienia, które mają dla zamawiającego istotne znaczenie. Zamawiający powinien wskazać przedmiot zamówienia w sposób jasny i precyzyjny za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 tegoż artykułu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie, dostawa, montaż i uruchomienie Przydomowych Biologicznych Oczyszczalni Ścieków (PBOŚ) zlokalizowanych na 1170 posesjach. Zamawiający pierwotnie opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie szczegółowych wymagań technicznych, które to w znacznej części, zgodnie z treścią opinii biegłego wskazywały na produkt konkretnej firmy - Kessel AG – oczyszczalnia INNO-CLEAN+. W toku postępowania, udzielając dopowiedzi na pytania wykonawców zamawiający zrezygnował z części tych wymogów, pozostawiając m.in. wymóg konkretnej pojemności zbiornika w przeliczeniu na jednego mieszkańca, umieszczenia elektrozaworów wewnątrz zbiornika czy też umieszczenia zaworu zwrotnego w studni chłonnej. Ponadto zamawiający wymagał spełnienia innych, rygorystycznych parametrów, m.in. możliwości montażu PBOŚ na głębokości do 5 m bez dodatkowych elementów odciążających, częstotliwości serwisowania PBOŚ czy też ich energochłonności, które zgodnie z opinią biegłego ograniczają krąg wykonawców zdolnych do realizacji niniejszego zamówienia. Tak przygotowany opis przedmiotu zamówienia wykluczył możliwość spełnienia wszystkich opisanych parametrów przez jakikolwiek produkt dostępny na rynku. Jak wynika z analizy złożonych w postępowaniu ofert pod względem zgodności zaproponowanych rozwiązań z wymogami PFU, żadna spośród dziewięciu złożonych ofert, które zawierały propozycje produktów 4 różnych producentów, nie spełniała wszystkich wymagań PFU. Zamawiający jako najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez L., oferującą produkt firmy Kessel AG. Jednocześnie odrzucił oferty złożone przez wykonawców oferujących produkty innych firm niż Kessel AG.

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób uznać, że w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia został opisany z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Świadczą o tym pytania zadawane przez wykonawców w toku postępowania, modyfikacje parametrów zamówienia wprowadzane przez zamawiającego oraz stanowisko wyrażone w opinii biegłego. Nie można też uznać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób należyty, tj. uwzględniający wszelkie istotne elementy dla jego wykonania i nie budzący wątpliwości

wykonawców, o czym świadczy brak oferty spełniającej wszystkie wymagania zamawiającego, pomimo że w postępowaniu wpłynęło 9 ofert zawierających PBOŚ 4 różnych producentów. Tym samym wszystkie złożone oferty powinny zostać odrzucone w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 100/14).

IV.4.7. Przedmiot zamówienia: dostarczenie 60 komputerów przenośnych (laptopów) wraz z zainstalowanym oprogramowaniem

Wartość zamówienia: 183 000,00 zł (45 526,91 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, a ponadto na potwierdzenie spełniania wymogów przedmiotowych w zakresie zamawianego sprzętu komputerowego, żądał przedstawienia przez wykonawców, m.in.:

- oświadczenia producenta komputera, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem (zgodnie z specyfikacją techniczną),
- oświadczenia wykonawcy potwierdzone przez Producenta, że serwis będzie realizowany przez Producenta lub Autoryzowanego Partnera Serwisowego Producenta.

Ze względu na fakt, iż ustalenie i ocena stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wymagała wiadomości specjalnych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o sporządzenie opinii w zakresie stwierdzenia, czy opis przedmiotu niniejszego zamówienia wskazywał na konkretnego producenta / konkretny produkt oraz czy wymóg przedstawienia oświadczenia od producenta może mieć wpływ na zachowanie konkurencji między wykonawcami, którzy chcieliby ubiegać się o zamówienie. W opinii przekazanej do Urzędu Zamówień Publicznych biegły stwierdził m.in., że opis przedmiotu zamówienia wskazywał na konkretnego producenta - DELL oraz na konkretny produkt - laptop z serii DELL VOSTRO. Ponadto, „w ocenie sporządzającego opinię duża część wymogów zapisanych w załączniku nr 1A do SIWZ została określona w sposób nieznajdujący uzasadnienia w zakresie przeznaczenia sprzętu. W związku z tym postanowiono wskazać zastrzeżenia do poszczególnych pozycji:

L.p. ⁵	Nazwa komponentu	Kwestionowany wymóg	Uzasadnienie
1.	Typ	WLED	W ocenie sporządzającego opinię zawężenie dopuszczalnych typów podświetlenia matrycy do White LED (WLED) nie ma technicznego uzasadnienia. Na rynku dostępne są inne matryce z podświetleniem w technologiach pochodnych od LED o parametrach wystarczających dla planowanego przeznaczenia (L.p. 2 – zał. 1A do SIWZ).

⁵ L.p. zgodnie z załącznikiem nr 1A do SIWZ

6.	Grafika	Direct X 10.1 Shader 4.1 (wynikający z Direct X 10.1) 6EU	W ocenie sporządzającego opinię wszystkie wymienione wymagania wykraczają znacząco poza wymagania oprogramowania użytkowego dla którego wykorzystania sprzęt jest przeznaczony. Wymagana wersja Direct X 10.1 dla karty graficznej w nieuzasadniony z technicznego punktu widzenia sposób ogranicza ilość mogących zostać zaproponowanych kart graficznych - wersja Direct X 10.1 nie jest oficjalnie wspierana przez większość kart graficznych wspierających wersję Direct X 10, natomiast wersje te różnią się w sposób marginalny. Ponadto wymóg 6EU jest zbędny. W ocenie sporządzającego opinię zamawiający powinien ograniczyć się do wymogów dotyczących wydajności. Dodatkowym argumentem przemawiającym dla słuszności niniejszych twierdzeń jest brak wymogu Direct X 11.1, która to wersja jest wspierana przez wymagany system operacyjny Windows 8.
8.	Bateria zasilanie	m.in. parametr Zasilacz min. 65W	W ocenie sporządzającego opinię zamawiający powinien ograniczyć się do określenia wymaganego czasu pracy przy określonym obciążeniu albo wymaganego wyniku wskazanego testu. Wymóg dotyczący mocy zasilacza jest zupełnie nieuzasadniony. Moc zasilacza powinna zostać określona przez producenta zasilanego urządzenia. Zamawiający nie posiada i nie może posiadać (zwłaszcza na etapie przygotowywania SIZW) wiedzy koniecznej do określenia wartości wymaganego parametru.
13.	BIOS	1 myślnik	Sporządzający opinię nie znajduje uzasadnienia dla całości wymogu sformułowanego przez zamawiającego. Odczytywanie wskazanych informacji wizualnie poprzez BIOS nie ma sensu z technicznego punktu widzenia, skoro można te informacje uzyskać w sposób niezależny od BIOS. Sporządzający opinię wielokrotnie miał styczność z komputerami przenośnymi, w których informacje uzyskiwane za pośrednictwem BIOS były bardzo skromne. Szczególnie sytuacja taka występuje w przypadku nowych rozwiązań korzystających z (U)EFI (Unified Extensible Firmware Interface).
13.	BIOS	2 myślnik - WLAN	Sporządzający opinię nie znajduje uzasadnienia dla sformułowanego przez zamawiającego wymogu wyłączania/włączania karty WLAN z poziomu BIOS. Istnieją rozwiązania polegające na włączaniu i wyłączaniu karty WLAN w sposób mechaniczny przy wykorzystaniu przełącznika na obudowie laptopa. Nie

			znaleziono w materiale uzasadnienia dla sformułowanego przez zamawiającego wymogu.
18.	Wymagania dodatkowe	Bluetooth 4.0	Sporządzający opinię nie znajduje uzasadnienia dla sformułowanego przez zamawiającego wymogu. Z materiału nie można wywnioskować, czym taka treść wymogu została podyktowana. Bluetooth 4.0 jako nowa technologia jest korzystnym rozwiązaniem ze względu na jej zalety: zwiększony zasięg oraz zwiększona energooszczędność. W ocenie sporządzającego opinię wymóg powinien zostać jednak sformułowany w sposób uwzględniający rzeczywiste przeznaczenie urządzeń. Zwłaszcza, że zastosowanie wcześniejszych wersji technologii w większości zastosowań nie będzie stanowić znaczącej różnicy w pracy, a sam bluetooth 4.0 może zostać zainstalowany jako adapter na złączu USB bądź np. mini PCI. W obecnej postaci wymóg znacząco ogranicza ilość potencjalnych oferowanych urządzeń w sposób nieznajdujący uzasadnienia z technicznego punktu widzenia.

W powyższej tabeli wykazano tylko niektóre parametry nieuzasadnione w ocenie sporządzającego opinię. Duża ilość spośród wymienionych parametrów powoduje nieuzasadnione z technicznego punktu widzenia wyłączenie niektórych urządzeń z kręgu mogących zostać zaoferowanymi. (...) Wszystkie wymogi wymienione w załączniku 1A do SIWZ zdają się być wypisanymi ze specyfikacji m.in. komputerów DELL VOSTRO.”

Odnosząc się do żądanego przez zamawiającego oświadczenia, biegły stwierdził, że ”wymóg przedstawienia oświadczenia od producenta (pkt. 6.3. k) SIWZ oraz pkt. 17 załącznika 1A do SIWZ może mieć wpływ na zachowanie konkurencji między wykonawcami. (...) W odniesieniu do strony technicznej przedmiotu objętego gwarancją wymóg sformułowany przez zamawiającego w pkt. 6.3.k SIWZ oraz pkt. 17 załącznika 1A do SIWZ nie znajduje uzasadnienia w żadnych okolicznościach. Sama zaś treść żądania złożenia przez oferenta przedmiotowego oświadczenia wydaje się być żądaniem zbędnym w odniesieniu do pkt. 17 załącznika nr 1A do SIWZ - akapit 3, w którym zamawiający żąda, aby firma serwisująca posiadała certyfikat ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych i aby posiadała autoryzację producenta komputera. W praktyce bowiem bardzo rzadko czynności objęte gwarancją są realizowane przez samego producenta. Najczęściej czynności te są przez producenta zlecane firmom współpracującym. Wskazany zapis w ocenie sporządzającego opinię niejako rozwiązuje problem realizacji czynności gwarancyjnych i w tych okolicznościach wymóg zamawiającego zdefiniowany w pkt. 6.3.k SIWZ oraz pkt. 17 załącznika 1A do SIWZ należy uznać za niezasadny”.

Podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 tegoż przepisu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ponadto, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny oraz prawny, w szczególności treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, stwierdzić należy, że przedmiot niniejszego zamówienia dotyczący dostawy sprzętu komputerowego, został opisany w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję. Wobec powyższego zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie zamawiający żądając od wykonawców dokumentów zbędnych w postaci ww. oświadczeń naruszył art. 25 ust. 1 w związku z § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.4.8. Przedmiot zamówienia: informatyzacja Teatru

Wartość zamówienia: 529 515,32 zł (131 733,34 euro)

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego

Przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu był zakup i montaż sprzętu komputerowego, zakup i wdrożenie oprogramowania wspomagającego zarządzanie instytucją, a także promocja Projektu. W ramach zakupu i montażu sprzętu, wykonawcy zostali zobowiązani do dostawy: komputerów stacjonarnych, komputerów stacjonarnych z rozszerzoną grafiką, komputerów stacjonarnych (stacji graficznych), komputerów mobilnych wraz ze stacją dokującą, komputerów mobilnych wraz z modemem 3G, komputera mobilnego, jednostki serwerowej, drukarek, kserokopiarek, skanerów, skanera dokumentowego, plotera tnącego, zasilacza awaryjnego UPS 20 kVA, osprzętu sieciowego (punkt dostępowy, router sieciowy), dodatkowego sprzętu mobilnego-dysk przenośny, dodatkowego sprzętu mobilnego-karty dźwiękowe, monitorów komputerowych, drukarki do płyt CD/DVD.

W związku z koniecznością dokonania oceny m.in. opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu zwrócił się o opinię do biegłego sądowego z zakresu informatyki. Biegły sporządził ekspertyzę, w której wskazał, że większość pozycji specyfikacji technicznej zostało opisanych w sposób naruszający uczciwą konkurencję:

1. Drukarka I – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „parametr: obsługiwane języki drukarek – SIDM ogranicza wyniki wyszukiwania ofert drukarek w Internecie do urządzeń OKI”.

2. Drukarka II – „parametr: obsługiwane języki drukarek – PCL5c + PCL6 + Epson FX + IBM Pro Printer ogranicza wyniki wyszukiwania ofert drukarek w Internecie do urządzeń OKI”.
3. Serwer – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „parametr: Zabezpieczenie pamięci RAM : Memory Rank Sparing + Memory mirror + SBEC ogranicza wyniki wyszukiwania ofert serwerów w Internecie do urządzeń DELL”.
4. Monitor LCD – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „parametr: złącza: 4 x USB 2.0, 1 x USB 2.0 (typ B) ogranicza wyniki wyszukiwania ofert monitorów w Internecie do urządzeń AOC”.
5. Notebook + stacja dokująca – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert notebooków w Internecie do urządzeń DELL. W szczególności dotyczy to wykazu wymagań dodatkowych”.
6. Notebook 13,3” – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert notebooków w Internecie do urządzeń Apple. W szczególności dotyczy to wykazu wymagań dodatkowych – zainstalowany system operacyjny iOS firmy Apple. Ograniczenie to w odniesieniu do specyfiki systemu operacyjnego przeznaczonego dla urządzeń własnych producenta można określić jako wskazanie producenta notebooka z nazwy”.
7. Notebook 15,6” – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert notebooków w Internecie do urządzeń DELL. W szczególności dotyczy to wykazu wymagań dodatkowych”.
8. Tablet – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert tabletów w Internecie do urządzeń Apple. W szczególności dotyczy to wykazu wymagań innych – kamera iSight, a także wskazanie systemu operacyjnego iOS. Ograniczenie to dotyczy składowego urządzenia przeznaczonego dla urządzeń własnych producenta, można je więc określić jako wskazanie producenta tabletu z nazwy”.
9. Urządzenie wielofunkcyjne laserowe kolorowe – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów

wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert urządzeń wielofunkcyjnych w Internecie do urządzeń HP”.

10. Ploter tnący – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją plotera przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert ploterów w Internecie do urządzeń GCC”.
11. Skaner II – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją plotera przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert urządzeń wielofunkcyjnych w Internecie do urządzeń Plustek”.
12. UPS – zasilacz awaryjny – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją plotera przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert zasilaczy w Internecie do urządzeń APC. Szczególnie dotyczy to interfejsu 10/100 Base-T”.
13. Drukarka do płyt DVD/CD – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją drukarki przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert drukarek w Internecie do urządzeń CANON”.
14. Punkt dostępowy, router sieciowy – „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert urządzeń wielofunkcyjnych w Internecie do urządzeń TP-Link”.
15. Router sieciowy – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją routera przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert urządzeń sieciowych w Internecie do urządzeń Mikrotik”.
16. Karta dźwiękowa zewnętrzna – „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia (za wyjątkiem złącza USB, które zostało prawdopodobnie przez przeoczenie pominięte) ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją routera przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert kart dźwiękowych w Internecie do urządzeń ESI Audiotechnik GmbH”.

Zamawiający 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 (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Przedmiotu zamówienia nie można też dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w szczególności poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu

towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Naruszenie zasady wynikającej z treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć zatem charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Niezależnie od powyższego wszelkie czynności zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny oraz prawny, w szczególności treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, jak również fakt, że w postępowaniu wpłynęła do zamawiającego tylko jedna oferta, stwierdzić należy, że przedmiot zamówienia dotyczący dostawy sprzętu komputerowego, został opisany w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję. W odniesieniu do części urzędzeń zamawiający dokonał opisu wymaganych parametrów poprzez dosłowne przeniesienie do siwz specyfikacji technicznych konkretnych produktów. W konsekwencji, jedynie wykonawcy oferujący sprzęt komputerowy danych producentów mogli spełnić wymagania określone przez zamawiającego. Takie zapisy siwz nie znajdują uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia w kontrolowanym postępowaniu, wobec czego należy stwierdzić, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 35/14).

IV.4.9. Przedmiot zamówienia: zakup i dostawa fabrycznie nowej śmieciarki kompaktowej do zbiórki odpadów komunalnych

Wartość zamówienia: 425 000,00 zł (110 705,91 euro)

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez podanie parametrów technicznych zabudowy pojazdu oraz danych technicznych podwozia. „Dane techniczne podwozia” zamawiający opisał w następujący sposób – „Podwozie ciężarowe o DMC w przedziale 15000 – 16000 kg, fabrycznie nowe, rok produkcji 2010 lub 2011, wyposażone w:

- silnik wysokoprężny, 6 cylindrowy z systemem Common Rail z wtryskiem pod ciśnieniem 1600 bar;
- turbodoładowanie z zaworem upustowym oraz intercooler'em;
- moc silnika – min. 155 kW;
- pojemność skokowa silnika – 5800 – 5900 cm³;
- max. moment obrotowy 680 Nm;
- nośność osi przedniej – min. 5,8 tony;
- nośność osi tylnej – min. 10,9 tony;
- rozstaw osi – 4000-4185 mm;
- rozmiar kół – 11R22,5;
- zbiornik paliwa z tworzywa – min. 180 litrów;
- hamulce wentylowane tarczowe dla osi przedniej i tylnej;
- zawieszenie wielopiórowe przednie;
- zawieszenie pneumatyczne tylne;

- blokada tylnego mostu;
- ABS;
- norma emisji spalin EURO 5 (SCR);
- zbiornik AdBlue: max. 25 l – podgrzewany;
- podgrzewany filtr paliwa + podgrzewany filtr wstępny paliwa;
- skrzynia biegów – 6 biegowa;
- blokada mechanizmu różnicowego tylnej osi;
- pionowy wlot powietrza z filtrem powietrza ponad ramą i wydech pionowy;
- fabryczne światła obrotowe na dachu kabiny;
- podgrzewana elektrycznie przednia szyba;
- kolor kabiny: biały logo Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o.”.

W toku postępowania do zamawiającego wpłynęły m.in. następujące pytania odnośnie treści siwz, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, na które zamawiający udzielił nw. odpowiedzi w dniu 9 maja 2011 r.:

Pytanie	Odpowiedź
1. Czy zamawiający dopuści silnik o pojemności 6,7 litra i max. momencie obrotowym powyżej 650? Silnik o takich parametrach charakteryzuje się większą trwałością i większym zakresem wykorzystania mocy, ponadto określone przez zamawiającego parametry silnika wskazują na jednego dostawcę?	NIE
2. Czy zamawiający dopuści opony o rozmiarze 315/80 R22,5 i bieżnikiem do zastosowań komunalnych, są to opony podobne parametrami do R11 R22,5 jednak o innym oznaczeniu?	NIE

Ponadto, zamawiający dopuścił „zbiornik AdBlue większy niż 25 l” i nie zgodził się na pomarańczowy kolor kabiny. W terminie składania ofert złożono tylko jedną ofertę.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię. W sporządzonej ekspertyzie stwierdzono m.in. co następuje:

1. „W świetle ostatecznych postanowień siwz, zamawiający opisując przedmiot zamówienia, użył parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj. konkretnej marki i modelu samochodu ciężarowego, będącego przedmiotem zamówienia”;
2. „Wymóg, aby dostarczony samochód posiadał pojemność skokową silnika 5800-5900 cm wskazywał na konkretną markę i model samochodu ciężarowego”.

Biegły wskazał również, że „w treści opinii przeanalizowano kompletację 28 marek pojazdów oferowanych na polskim rynku w sieci dealerskiej producenta i tylko jeden samochód marki Iveco model EuroCargo spełniał kryteria wskazane w siwz w zakresie pojemności skokowej silnika w zakresie 5800-5900 cm”. Z powyższego jednoznacznie wynika zatem, że opis przedmiotu zamówienia w kontrolowanym postępowaniu został sporządzony w sposób, który preferował samochód marki Iveco model EuroCargo.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający 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. Przedmiotu zamówienia nie można też

dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) oraz poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Niezależnie od powyższego wszelkie czynności zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

W niniejszym stanie faktycznym podkreślenia wymaga fakt, iż określone w siwz wymagania techniczne dotyczące pojemności skokowej silnika w zakresie 5800-5900 cm, są specyficzne dla jednego modelu pojazdu, a tym samym, rozwiązania dotyczące wyposażenia pojazdu wskazują na wybór produktu konkretnego producenta. Ponadto, w aspekcie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, istotne dla potwierdzenia prawidłowości powyższych ustaleń jest wskazanie, że w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył tylko jeden wykonawca, który zaoferował pojazd marki IVECO EURO CARGO 160E22/P. Dlatego też zamawiający opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametrów, które posiada tylko jeden model samochodu ciężarowego, naruszył zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, oferujących produkty innych marek.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 19/14).

IV.4.10. Przedmiot zamówienia: budowa przepompowni

Wartość zamówienia: 6 011 859,74 zł (1 495 636,32 euro)

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, w pkt 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający zapisał, iż wybierze ofertę najkorzystniejszą na podstawie następujących kryteriów oceny ofert: cena – 70% oraz okres gwarancji – 30%. Zamawiający opisał sposób oceny ofert (wg wzoru):

„Cena

$$W_{on-c} = (C_{min}/C_n * 100 \text{ pkt} * \text{waga } 70\%) * I_{ck}$$

gdzie:

W_{on-c} – suma punktów uzyskanych od liczby członków komisji przetargowej dla kryterium cena;

C_{min} – cena minimalna wśród złożonych ofert (w PLN z VAT);

C_n – cena zaproponowana przez wykonawcę – n (w PLN z VAT);

$waga_{xxxx}$ - % kryterium oceny;

I_{ck} – liczba członków komisji.

Okres gwarancji

$$G_n = (G_{min}/G_n * 100 \text{ pkt} * \text{waga } 30\%) * I_{ck}$$

gdzie:

G_n – okres gwarancji zaproponowany przez wykonawcę – n /liczony w latach/;

Gmax – max okres gwarancji wśród złożonych ofert;
 Gn – okres gwarancji zaproponowany przez wykonawcę – n;
 waga_{xxxx} - % kryterium oceny;
 lck – liczba członków komisji.”

Jednocześnie zamawiający zapisał, iż „oferta, która uzyska najwyższą sumę punktów $(W_{on-c} + G_n)$, obliczoną wg powyższych wzorów, będzie ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia i zostanie zaproponowana przez komisję przetargową do zatwierdzenia kierownikowi jednostki. Kierownik jednostki zatwierdzając propozycję komisji przetargowej dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej”.

Mając na uwadze powyższy wzór dotyczący kryterium „okres gwarancji” należy w pierwszej kolejności wskazać, iż zamawiający błędnie zapisał go w sposób „ $(G_{min}/G_n \dots)$ ”, gdyż przyjmując oznaczenie skrótów nadanych przez zamawiającego pod wzorem, wzór ten winien wyglądać w sposób: „ $G_n = (G_{max}/G_n * 100 \text{ pkt} * \text{waga } 30\%) * lck$ ”.

Niemniej, z ustalonego stanu faktycznego wynika, że zamawiający istotnie punktował oferty w kryterium „okres gwarancji” w sposób wskazany we wzorze, tj. brał pod uwagę Gmin – rozumiane jako „minimalny okres gwarancji wśród złożonych ofert”, a nie Gmax (tj. maksymalny okres gwarancji wśród złożonych ofert), jak wynikało z opisu pod wzorem.

Zamawiający po ponownej ocenie ofert, poinformował bowiem wykonawców, iż jako najkorzystniejsza zostaje wybrana oferta wykonawcy H. – z ceną 7.196.364,16 zł oraz okresem gwarancji 5 lat. Należy zwrócić uwagę, że w drugiej ocenianej ofercie złożonej przez wykonawcę P. zaoferowano cenę 6.661.926,00 zł i okres gwarancji 7 lat.

Zgodnie z ww. pismem, punktacja dla ocenianych ofert kształtowała się następująco:

wykonawca	cena	okres gwarancji	razem
H.	194,40	90	284,40
P.	210,00	64,29	274,29

W konsekwencji, zamawiający w oparciu o ww. wzór dokonał wyboru oferty o krótszym okresie gwarancji, przyznając jej w tym kryterium wyższą liczbę punktów. Jednocześnie należy wskazać, iż wybrana oferta była droższa od oferty z najniższą ceną o kwotę 534.438,16 zł.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na przepis art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym „najkorzystniejsza oferta” w rozumieniu ustawy Pzp oznacza ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną. Z ustawy (stan prawny sprzed nowelizacji z 29.08.2014 r.) wynika więc, że zamawiający co do zasady posiada swobodę w zakresie podjęcia decyzji, czy w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako jedyne kryterium oceny ofert będzie stosowane kryterium ceny, czy też oprócz ceny będą brane pod uwagę także inne kryteria oceny ofert. Swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby te kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl której postępowania przygotowuje się i przeprowadza w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający przeprowadzając postępowanie, oprócz kryterium ceny może posłużyć się np. kryterium okresu gwarancji. W

takim przypadku ocena gwarancji powinna być dokonywana poprzez porównanie danych zawartych w ofertach do najdłuższego okresu gwarancji wśród zaproponowanych.

W tym miejscu należy zauważyć, że jedynie wzór zapisany w sposób:

$(Gn/Gmax * 100 \text{ pkt} * \text{waga } 30\%) * lck$, gdzie:

Gn – okres gwarancji zaproponowany przez wykonawcę – n;

Gmax – max okres gwarancji wśród złożonych ofert;

waga_{xxxx} - % kryterium oceny;

lck – liczba członków komisji (tj. w kontrolowanym postępowaniu: 3),

daje możliwość prawidłowego i zgodnego z logiką punktowania ofert w tym kryterium.

Oczywistym jest bowiem, że oferta z dłuższym okresem gwarancji powinna uzyskać wyższą ilość punktów od tej z niższym okresem gwarancji.

Punktacja obliczona wg zaproponowanego powyżej wzoru dałaby następujące wyniki:

wykonawca	okres gwarancji	prawidłowa punktacja w kryterium „okres gwarancji”	prawidłowa punktacja w obydwu kryteriach razem
H.	5	64,29	258,69
P.	7	90	300,00

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zamawiający błędnie opisując wzór dotyczący kryterium gwarancji, doprowadził do wyboru oferty z krótszym okresem gwarancji (a jednocześnie droższej od oferty z najniższą ceną) co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 34/14).

IV.4.11. Przedmiot zamówienia: usługi doradcze w ramach projektu „Wspieranie powiązań i rozwoju produktów branży AGD”

Wartość zamówienia: 400 000,00 zł (104 193,80 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Zgodnie z zapisami pkt 20.2 SIWZ, zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

L.p	Kryterium przedmiotu usługi	Kryterium w kategorii oceny	Max. ilość punktów
1.	Cena	-	90 pkt
2.	Wykonanie z pozytywnym skutkiem jakościowym wdrożenia w zakresie ISO 9000 (5pkt) i wykonanie z pozytywnym skutkiem jakościowym wdrożenia wg normy BS - 7799 (lub równoważnej np. ISO-IEC 17799, ISO 27001, normy Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji) - 5pkt	„jakość wykonywanych usług”	10 pkt
3.	Wykonanie z pozytywnym skutkiem usług doradztwa, których	„jakość	20 pkt

	wynikiem jakościowym są zakończone wdrożenia, systemu oprogramowania Magazynu Wysokiego Składowania w łańcuchu dostaw, opartego na najnowszych rozwiązaniach technologicznych normy obiegu dokumentów elektronicznych EDI. Za każde wdrożone oprogramowanie WMS przyznawane jest - 10pkt	wykonywanych usług”	
4.	Wykonanie z pozytywnym skutkiem jakościowym doradztwa na rzecz Instytucji Naukowo-Badawczych ((czyli jednostki naukowej w rozumieniu art. 2 pkt 9 lit a-f Ustawy z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. z 2008 r. Nr 169 poz. 1049 z późniejszymi zmianami)) lub międzynarodowych instytutów naukowych utworzonych na podstawie równoważnych odrębnych przepisów) w okresie 3 lat, których wynikiem jest odbiór prac, a tym samym osiągnięcie potwierdzonego obrotu. Za każde 50 000zł przyznawane jest - 10pkt	„jakość wykonywanych usług”	20 pkt
5.	Wykonanie analizy rynku gospodarczego lub branżowego na rzecz Instytucji Naukowo-Badawczych ((czyli jednostki naukowej w rozumieniu art. 2 pkt 9 lit a-f Ustawy z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. z 2008 r. Nr 169 poz. 1049 z późniejszymi zmianami)) lub międzynarodowych instytutów naukowych utworzonych na podstawie równoważnych odrębnych przepisów) lub GUS lub Ministerstwa lub Jednostek Samorządu Terytorialnego zakończone jakościowym przyjęciem prac potwierdzonych wypłatą stosownego wynagrodzenia - 20 pkt	„jakość wykonywanych usług”	20 pkt
6.	Jakościowe wykonanie usług doradztwa projektowo-wdrożeniowych w zakresie prowadzenia usług doradczych strategicznych, jakościowych, logistycznych, których efektem-skutkiem jest powstanie zintegrowanej sieci sprzedaży-usług na zasadzie franchisingu lub równoważnej grupy zrzeszonej pod wspólnym logo handlowym. Za każdy efekt jakościowy wdrożenia usług, wyrażony w postaci mierzalnej, skutecznego powstania grupy o której mowa powyżej otrzyma - 5pkt	„jakość wykonywanych usług”	10 pkt
7.	Jakościowa opinia wykonania usług w postaci prowadzenia szkoleń w zakresach tematycznych Benchmarking - 2,5 pkt, i-lub Zwiększenie konkurencyjności przedsiębiorstw branży elektronicznej - 2,5pkt i-lub Rynek produktów elektronicznych w warunkach globalizacji - 2,5pkt i-lub Zarządzanie logistycznym łańcuchem dostaw - 2,5pkt i-lub Logistyka, jako narzędzie poprawy konkurencyjności - 2,5pkt i-lub Wymagania i Normy Dotyczące Metrologii - 2,5pkt i-lub Zarządzanie projektami - 2,5pkt i-lub Zarządzanie Sprzedażą - 2,5pkt realizowanych na rzecz Zleceniodawcy lub spełnieniem kryterium zadowolenia i odbioru usług poprzez wystawienie faktur lub rachunków i dokonanie przez rzeczonoego Zleceniodawcę usług stosownych płatności	„jakość wykonywanych usług”	20 pkt
8.	Wykonanie z pozytywnym jakościowym skutkiem usług doradztwa logistycznego w zakresie analizy popytu ABC, XYZ w łańcuchu dostaw, których wynikiem jakościowym jest implikacja założeń do	„jakość wykonywanych usług”	10 pkt

	systemu oprogramowania logistycznego lub MRP II zarządzającego ścieżką automatyzacji przeliczeniowej uwzględniającego bieżący popyt w wielkości utrzymywania zapasu i pomiarów kosztów gromadzenia zapasu - 10 pkt		
--	--	--	--

Zamawiający wskazał, iż „liczbę punktów w kryterium „Jakość wykonanych usług” przyznaje Komisja Przetargowa. Wybrana zostanie oferta, która dostanie największą ilość punktów.”

Mając na uwadze kryterium „jakość wykonywanych usług” należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy Pzp (stan prawny sprzed nowelizacji z 29.08.2014 r.) kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. W celu prawidłowego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, w myśl art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, zamawiający musi przedstawić w specyfikacji informację o sposobie oceny ofert, tzn. opisać sposób mierzenia stopnia spełniania przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci określonych przez zamawiającego kryteriów.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, co stanowi fundamentalną zasadę Prawa zamówień publicznych. Należy zauważyć, że zgodnie z tą zasadą zamawiający ma obowiązek określić m.in. kryteria oceny ofert oraz znaczenie, jakie im przypisuje, w sposób równy i obiektywny dla wszystkich wykonawców. Sposób oceny ofert powinien być tak sformułowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, że powinna zostać ograniczona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert, umożliwi każdemu znającemu treść ofert, dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny oraz hierarchizacji w rankingu ofert.

Podkreślić należy, iż zastosowanie powyższego kryterium „jakość wykonywanych usług” w rozumieniu zawartym w tabeli „kryterium przedmiotu usługi” nie jest precyzyjne, tj. w szczególności zamawiający nie wskazał, co rozumie pod pojęciem „wykonania z pozytywnym skutkiem jakościowym”, „najnowsze rozwiązania technologiczne”, „mieralne, skuteczne powstanie grupy”. Zastosowany opis pozwala na dowolne obliczanie punktacji przez członków komisji przetargowej w ww. kryteriach.

W związku z powyższym takie określenie kryteriów oceny ofert, utrudnia wykonawcom przygotowanie oferty pod kątem zdobycia jak największej liczby punktów i rzetelnego konkurowania z ofertami innych wykonawców, narażając ich jednocześnie na subiektywną ocenę ofert przez zamawiającego bądź przyznanie mniejszej ilości punktów z powodu braku zaproponowania w ofercie rozwiązania, które byliby w stanie zaoferować, gdyby wiedzieli, że będzie ono oceniane i dodatkowo punktowane.

W konsekwencji niejasno opisane kryteria oceny ofert, w sposób umożliwiający ich dowolną interpretację prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.