

UZP/DKUE/KD/34/2016

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

Zamawiający:	Gmina Sypniewo ul. Ostrołęcka 27 06-216 Sypniewo
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	zakup i montaż kontenerów modułowych służących jako zaplecze sanitarne boiska sportowego na Stadionie Sportowym w Sypniewie
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp
Wartość zamówienia:	143.526,02 zł (co stanowi równowartość 33.971,46 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Wdrażanie lokalnych strategii rozwoju w zakresie operacji odpowiadających warunkom przyznania pomocy w ramach działania Odnowa i rozwój wsi”

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Wszczęcie w dniu 27 sierpnia 2014 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (oznaczenie sprawy nr UG.271.8.1.2014) pn.: *„Zakup i montaż kontenerów modułowych służących jako zaplecze sanitarne boiska sportowego na Gminnym Stadionie Sportowym w Sypniewie”* zamawiający w protokole postępowania uzasadnił faktem, iż *„przeprowadzono dwa postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie w żadnym postępowaniu nie wpłynęła ani jedna oferta”*. Analogiczne uzasadnienie wskazano w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 sierpnia 2014 r. pod nr 285532-2014.

Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu nie dokonał opisu sposobu oceny spełniania szczegółowych warunków udziału w postępowaniu (tj. w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców oraz w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia). Wykonawca został zobowiązany do złożenia oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 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. z 2013, poz. 231), dalej jako „rozporządzenie”.

Na podstawie przekazanej przez zamawiającego dokumentacji ustalono, iż w dniu 8 lipca 2014 r. zamawiający wszczął w trybie przetargu nieograniczonego (oznaczenie sprawy nr UG.271.7.2014) pierwsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Zakup i montaż kontenerów modułowych służących jako zaplecze sanitarne boiska sportowego na Gminnym Stadionie Sportowym w Sypniewie”*.

Przedmiotem zamówienia był *„demontaż i przestawienie istniejących kontenerów modułowych w ilości 4szt. w miejsce wskazane przez zamawiającego. Rozbiórka betonowych schodów i płyty żelbetowej oraz ścian z cegły do poziomu terenu. Zasypanie piwnicy z zagęszczeniem do ID=0,9 gruzem z rozbiórki oraz piaskiem. Następnie wylewka płyty z betonu B-10 gr. 5cm i izolacja przeciwwilgociowa dyspersyjną masą asfaltowo-kauczukową oraz posadowienie nowych kontenerów modułowych wraz z wyposażeniem i podłączeniem mediów typu: elektryczność, instalacja wodno-kanalizacyjna.”*

Termin wykonania zamówienia określono - *„od dnia podpisania umowy do 31 października 2014 r.”*

Wartość zamówienia ustalono na kwotę 143.526,02 zł na podstawie kosztorysów inwestorskich.

W zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 6.1.b) siwz wymagał od wykonawców wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych za kwotę 175.000,00 zł, z których każda polegała na budowie zaplecza sanitarnego na obiektach sportowych w ramach jednego kontraktu.

W zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 6.1.d) siwz wymagał od wykonawców dysponowania przynajmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia ogólnobudowlane do kierowania robotami budowlanymi. Zamawiający wskazał, że „w zakresie wyżej wymienionych uprawnień zamawiający uzna równoważne kwalifikacje zawodowe (dyplomy) wydawane przez inne niż Rzeczpospolita Polska państwa członkowskie Unii Europejskiej, konfederacji szwajcarskiej oraz państwa członkowskie europejskiego porozumienia o wolnym handlu (EFTA). Powyższa osoba zostanie przez wykonawcę wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy.”

W celu potwierdzenia spełniania opisanych powyżej warunków zamawiający żądał złożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2, 7 i 8 rozporządzenia.

Wykonawca został zobowiązany także do złożenia oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia.

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. 23 lipca 2014 r. nie wpłynęła żadna oferta. W tym samym dniu, zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dokonał unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym, w dniu 23 lipca 2014 r. zamawiający wszczął ponownie w trybie przetargu nieograniczonego (oznaczenie sprawy nr UG.271.8.2014) postępowanie pn.: *„Zakup i montaż kontenerów modułowych służących jako zaplecze sanitarne boiska sportowego na Gminnym Stadionie Sportowym w Sypniewie”*.

Przedmiot zamówienia, jego wartość szacunkowa, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz inne warunki zamówienia nie uległy zmianie w stosunku do pierwszego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Termin wykonania zamówienia ponownie określono „od dnia podpisania umowy do 31 października 2014 r.”

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. 8 sierpnia 2014 r. nie wpłynęła żadna oferta.

W dniu 26 sierpnia 2014 r., zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, po raz drugi unieważnił przedmiotowe postępowanie.

Z opisanego powyżej stanu faktycznego wynika zatem, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający ograniczył stawiane warunki udziału w

stosunku do przetargów nieograniczonych (oznaczonych numerami UG.271.7.2014 oraz UG.271.8.2014), nie formułując warunków szczególnych w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców (podczas gdy w obydwu przetargach nieograniczonych zamawiający wymagał *wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych za kwotę 175.000,00 zł, z których każda polegała na budowie zaplecza sanitarnego na obiektach sportowych w ramach jednego kontraktu*) oraz w zakresie wymaganego personelu (podczas gdy w obydwu przetargach nieograniczonych zamawiający wymagał, *aby wykonawca wykazał, iż dysponuje przynajmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia ogólnobudowlane do kierowania robotami budowlanymi*). Zamawiający również nie żądał przedłożenia *aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert* (tj. żadanego w obydwu przetargach nieograniczonych dokumentu określonego w § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia).

Natomiast przedmiot zamówienia, jego wartość szacunkowa oraz inne warunki zamówienia (poza opisanymi powyżej) nie uległy zmianie w stosunku do postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. Termin wykonania zamówienia ponownie określono „od dnia podpisania umowy do 31 października 2014 r.”

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień jest wyrażona w art. 10 ustawy Pzp, zasada prymatu przetargowych trybów postępowania. Tryby pozaprzetargowe mogą być stosowane wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp). Dlatego też przepisy określające przesłanki udzielania takich trybów powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątki od zasady konkurencyjności.

Zgodnie z brzmieniem art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zachodzi w sytuacji, gdy w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Tym samym, art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp umożliwia udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) przeprowadzono kolejno dwa postępowania o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego;
- b) w postępowaniach tych nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia;
- c) pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Z powyższego wynika, że jedną z obligatoryjnych przesłanek zastosowania art. 67 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp jest brak istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia.

W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie TSUE) należy uznać, że zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu stanowią istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, która uniemożliwia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innych wykonawców (por. orzeczenie z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja przeciwko Grecji*, dotychczas nie publikowany w Zbiorze, pkt 52).

Podkreślenia wymaga okoliczność, że pod pojęciem „warunki zamówienia” rozumieć należy wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe. Zatem, aby mogła zaistnieć podstawa udzielenia zamówienia z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, żadne z nich nie mogą być w sposób istotny zmienione. W tym kontekście obniżenie w ramach postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wymagań stawianych wykonawcom w stosunku do postępowań prowadzonych uprzednio w jednym z trybów podstawowych, w tym przypadku przede wszystkim – poprzez rezygnację z wymogu wykazania określonego doświadczenia oraz dysponowania wymaganym personelem, stanowi istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe oraz dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać, iż zamawiający dokonując zmiany pierwotnych warunków zamówienia w postępowaniu przeprowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki w stosunku do postępowań przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, naruszył postanowienia ustawy Pzp

w powyższym zakresie. Oznacza to, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.