

Wyniki kontroli
przeprowadzonych w 2008 r. przez
Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
dotyczących zamówień współfinansowanych
ze środków Unii Europejskiej

Szanowni Państwo,

Procedura udzielania zamówień publicznych stanowi istotny etap realizacji projektów współfinansowanych z funduszy Unii Europejskiej. Od prawidłowości przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne w dużej mierze uzależniony jest końcowy sukces beneficjenta środków unijnych.

Niniejsza publikacja zawiera omówienie kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w 2008 r. oraz przykłady naruszeń stwierdzonych w wyniku tych kontroli. Przekazanie Państwu tej publikacji ma na celu przede wszystkim zwrócić uwagę na te obszary zamówień publicznych, które w największym stopniu narażone są na powstanie nieprawidłowości.

Kontrole zamówień publicznych wykazują szereg nieprawidłowości o różnym znaczeniu dla ostatecznej oceny prawidłowości realizacji projektu. Występujące naruszenia mają często odmienne skutki począwszy od nieistotnych uchybień o charakterze jedynie formalnym skończywszy na rażących naruszeniach prawa. Właściwa kwalifikacja naruszeń stanowi trudną umiejętność, od której uzależniony jest rodzaj stosowanej sankcji i jej wymiar. Publikacja w sposób celowy wyodrębnia rodzaje naruszeń ze względu na ich skutki mając pomóc instytucjom kontroli we właściwej ich kwalifikacji.

Mam nadzieję, iż publikacja pomoże instytucjom kontrolującym łatwiej diagnozować naruszenia przepisów prawa, z drugiej zaś strony okaże się cenną wskazówką dla beneficjentów środków unijnych, jak w sposób prawidłowy stosować procedury ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jacek Sadowy

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Spis treści:

Dział I – Zagadnienia ogólne.

I	Podstawa prawna prowadzenia kontroli przez Prezesa UZP	5
II	Charakterystyka kontroli	6
III	Wyniki kontroli	10

Dział II – Przykłady naruszeń.

IV.	Przykłady naruszeń mogących skutkować nieważnością umowy lub jej zmiany	14
IV.1.	Naruszenia dotyczące szacowania wartości zamówienia	14
IV.1.1.	Zamówienie na roboty wodno-kanalizacyjne	14
IV.1.2.	Zamówienie na usługę księgową	17
IV.1.3.	Zamówienie na dostawę i uruchomienie urządzeń kardiologicznych.....	18
IV.2.	Naruszenia dotyczące stosowania trybów niekonkurencyjnych	19
IV.2.1.	Zamówienie na usługi sprzątania pomieszczeń biurowych, art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp	19
IV.2.2.	Zamówienie na dostawę zestawów do dializy otrzewnowej, art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp	21
IV.2.3.	Zamówienie na kontynuację budowy stopnia wodnego Malczyce na rzece Odrze, art. 67 ust. 1 pkt 1a i 3 Pzp	22
IV.2.4.	Zamówienie na działania promocyjne, art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp	25
IV.2.5.	Zamówienie na roboty dodatkowe w zakresie odprowadzania wody z sączków usytuowanych na obiektach mostowych, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp	26
IV.2.6.	Zamówienie dodatkowe na usługi inżyniera kontraktu, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp.....	28
IV.2.7.	Zamówienie na roboty dodatkowe do budowy multikulturalnego miejsca spotkań, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp.....	30
IV.2.8.	Zamówienie na roboty dodatkowe / zamienne na budowę kotłowni olejowej w świetlicy wiejskiej, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp	33
IV.2.9.	Zamówienia uzupełniające do przebudowy drogi krajowej, art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp.....	37
IV.2.10	Zamówienie na zakup wyposażenia do SP ZOZ wraz z dostawą i montażem, zapytanie o cenę	39
IV.3.	Naruszenia dotyczące oceny ofert	40
IV.3.1.	Zamówienie na modernizację drogi powiatowej.....	40
IV.3.2.	Zamówienie przebudowę drogi krajowej	43
IV.3.3.	Zamówienie na pełnienie obowiązków menadżera projektu	45
IV.3.4.	Zamówienie na doradztwo w zakresie przygotowania do realizacji przedsięwzięć z udziałem podmiotów prywatnych oraz nadzoru nad ich realizacją	47
IV.4.	Naruszenia dotyczące warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert	49
IV.4.1.	Zamówienie na opracowanie dokumentacji projektowo-wykonawczej	49

IV.4.2.	Zamówienie na wykonanie elewacji wraz z dociepleniem budynku socjalno-sportowego	52
IV.4.3.	Zamówienie na usługę księgowego projektu	53
IV.5.	Naruszenia dotyczące zmiany umowy	54
IV.5.1.	Zamówienie na budowę kanalizacji sanitarnej	54
IV.5.2.	Zamówienie na dostawę piasku do budowy drogi	56
IV.5.3.	Zamówienie na rozbudowę Regionalnego Portu Lotniczego: Port Lotniczy Rzeszów Jasionka w infrastrukturę lotniskową – dostawa sprzętu lotniskowego	58
V.	Przykłady naruszeń nie skutkujących nieważnością umowy	60
V.1.	Naruszenia dotyczące oceny ofert	60
V.1.1.	Zamówienie na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu	60
V.1.2.	Zamówienie na wykonanie usługi menadżera projektu	63
V.1.3.	Zamówienie na dostawę i montaż windy	64
V.1.4.	Zamówienie na przeprowadzenie szkoleń	65
V.2.	Naruszenia dotyczące warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia	67
V.2.1.	Zamówienie na dostawę urządzeń teleinformatycznych, alarmowania i łączności radiowej	67
V.2.2.	Zamówienie na budowę drogi gminnej	68
V.2.3.	Zamówienie na rozbudowę przychodni	69

DZIAŁ I – Zagadnienia ogólne.

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

Ustawa Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 ze zm.), zwana dalej „ustawą”, 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 publicznych¹ 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, na mocy przepisów wprowadzonych nowelizacją ustawy z dnia 4 września 2008 r. Prezes Urzędu prowadzi obligatoryjnie:

- kontrolę uprzednią, jeżeli wartość zamówienia jest równa bądź przekracza 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych (art. 169 ust. 2 ustawy),
- kontrolę doraźną uprzednią lub następczą, jeżeli wniosek o przeprowadzenie kontroli złoży instytucja zarządzająca, o której mowa w przepisach o Narodowym Planie Rozwoju, w przepisach o zasadach prowadzenia polityki rozwoju lub w przepisach o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich i z uzasadnienia wniosku wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 4 ustawy).

Ponadto, Prezes Urzędu może wszcząć fakultatywnie, z urzędu lub na wniosek, kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 ustawy). Wnioski w tej sprawie mogą składać np. instytucje pośredniczące, instytucje wdrażające, czy wykonawcy informujący o uchybieniach w postępowaniach z udziałem środków unijnych. Kontrolę doraźną może poprzedzić postępowanie wyjaśniające w sprawie.

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. Zalecenia usunięcia naruszeń są wydawane, jeżeli stwierdzone naruszenia mają wpływ na wynik postępowania, ale mogą być jeszcze usunięte

¹ Kontroli podlegają zamówienia udzielane przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy zgodnie z art. 3 ust. 1 Pzp i nie wyłączone z zakresu jej stosowania na podstawie art. 4 Pzp.

przed zawarciem umowy z wykonawcą, np. zalecenie wezwania wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zalecenie unieważnienia postępowania wydawane jest w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie może skutkować nieważnością umowy, która ma zostać zawarta, i jego usunięcie jest już niemożliwe, np. zalecenie unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki bez spełnienia ustawowych przesłanek jego stosowania.

Kontrola następcza odbywa się po zawarciu umowy z wykonawcą, dlatego niemożliwe jest wydanie po jej przeprowadzeniu zaleceń wykonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu. Informacja o wyniku kontroli następczej zawiera w związku z tym wskazanie wykrytych w toku kontroli naruszeń bądź informację o braku naruszeń. W razie stwierdzenia określonego naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu może wskazać, że naruszenie to może skutkować nieważnością zawartej umowy, np. z uwagi na jego rażący charakter lub wpływ na wynik postępowania.

Po zakończeniu kontroli następczej Prezes Urzędu może:

- zawiadomić 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 (Dz.U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.),
- nałożyć karę pieniężną, jeżeli zamawiający jest pomiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 – 4 i 7 ustawy i w toku kontroli stwierdzono naruszenia wymienione w art. 200 ustawy,
- wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenia skutkujące nieważnością umowy zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy, a także o stwierdzenie nieważności 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.

II. Charakterystyka kontroli.

W 2008 r. Prezes Urzędu przeprowadził 426 kontroli, w tym 187 kontroli uprzednich, 162 kontrole następcze i 77 kontroli zawiadomień o wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym². Łączna wartość szacunkowa zamówień objętych kontrolą wyniosła ok. 35 mld zł.

176 spośród wszystkich kontroli przeprowadzonych w 2008 r. stanowiły kontrole zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. 41 z nich (23% ze 176) miało charakter kontroli uprzedniej, zaś 135 (77% ze 176) – kontroli następczej.

W 2007 r. zakończono 114 takich kontroli, w tym 75 kontroli uprzednich i 39 kontroli następczych. Oznacza to zatem wzrost łącznej liczby przeprowadzonych kontroli zamówień z udziałem środków unijnych w stosunku do poprzedniego roku o ok. 54%.

² Zgodnie z art. 62 ust. 2 i art. 67 ust. 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia, udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, jest równa lub przekracza tzw. progi unijne (patrz przypis 4), zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu. Zawiadomienie może stać się podstawą wszczęcia przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej (uprzedniej bądź następczej) z urzędu.

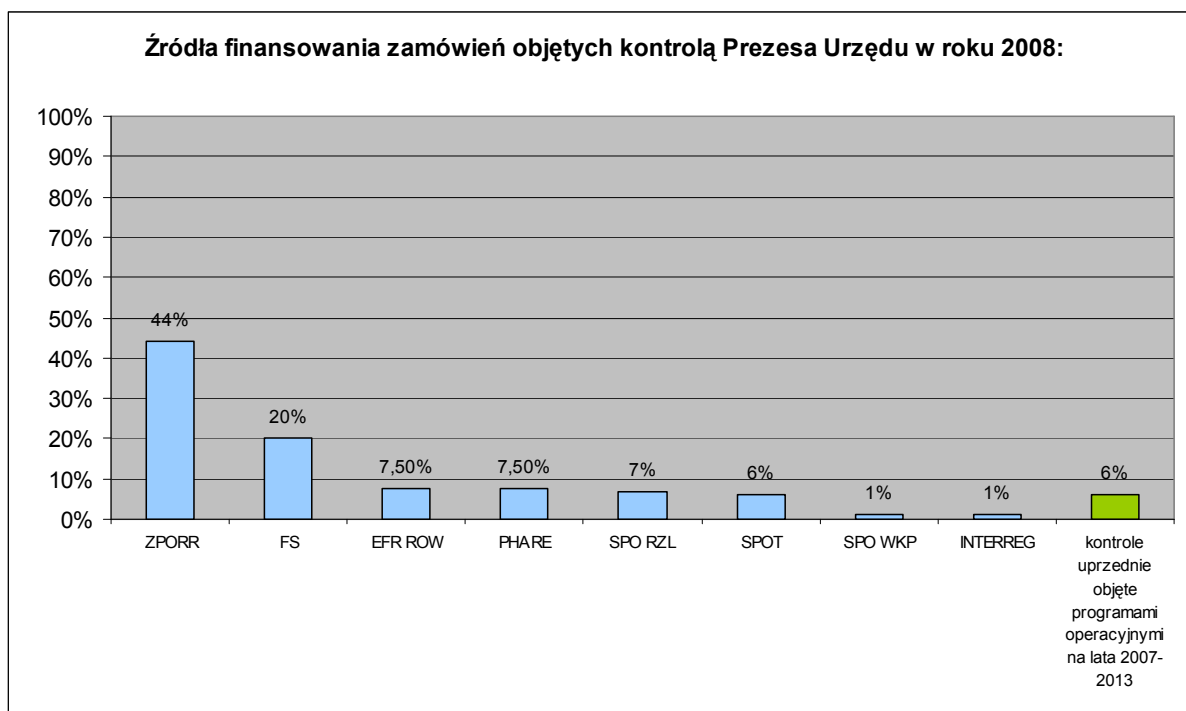
Zamówienia objęte kontrolą uprzednią i następczą Prezesa Urzędu były współfinansowane przede wszystkim ze środków UE przyznanych Polsce w ramach perspektywy 2004 – 2006, w tym:

- 78 zamówień (44%) z ZPORR,
- 36 zamówień (20%) ze środków Funduszu Spójności,
- 13 zamówień (7,5%) z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich,
- 12 zamówień (7%) z SPO RZL,
- 10 zamówień (6%) z SPOT,
- 2 zamówienia (1%) z SPO WKP,
- 2 zamówienia (1%) z INTERREG.

Ponadto przeprowadzono 10 kontroli uprzednich zamówień objętych programami operacyjnymi na lata 2007-2013 (w sumie 6% wszystkich kontroli):

- 5 postępowań z programu Infrastruktura i Środowisko,
- 1 postępowanie z programu Kapitał Ludzki,
- 1 postępowanie z programu Pomoc Techniczna,
- 1 postępowanie z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego,
- 1 postępowanie z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego
- 1 postępowanie z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego.

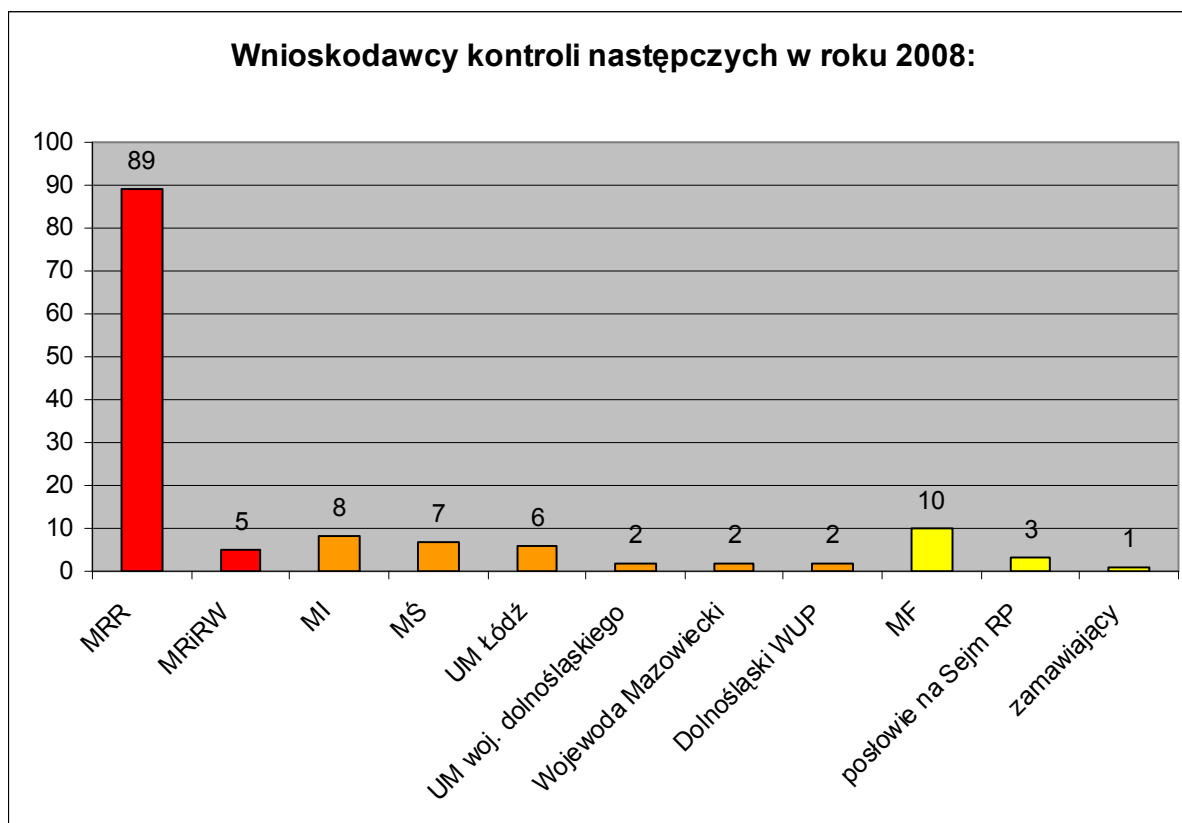
Przeprowadzono także 13 kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Phare (7,5%).



Wszystkie zamówienia o wartości przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych podlegały obowiązkowej kontroli uprzedniej, co oznacza, że sami beneficjenci przekazali dokumentację postępowań do siedziby UZP w celu przeprowadzenia kontroli³.

Kontrole następcze zamówień współfinansowanych ze środków UE były natomiast wszczynane na wniosek. Większość tych kontroli (94 kontrole następnych) zostało wszczętych obowiązkowo na wniosek instytucji zarządzających, o których mowa w art. 165 ust. 4 ustawy, tj. na wniosek Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (89 kontroli) oraz Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi (5 kontroli).

Znaczna część kontroli następnych (27 kontroli) została wszczęta przez Prezesa Urzędu fakultatywnie na wniosek instytucji pośredniczących i wdrażających programy unijne, w tym Ministerstwo Infrastruktury (8 kontroli), Ministerstwo Środowiska (7 kontroli), Urząd Marszałkowski w Łodzi (6 kontroli), Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego (2 kontrole), Wojewodę Mazowieckiego (2 kontrole), Dolnośląski Wojewódzki Urząd Pracy (2 kontrole). Pozostałe kontrole następne zostały wszczęte fakultatywnie na wniosek: Ministerstwa Finansów (10 kontroli), Posłów na Sejm RP (3 kontrole) i zamawiającego (1 kontrola).

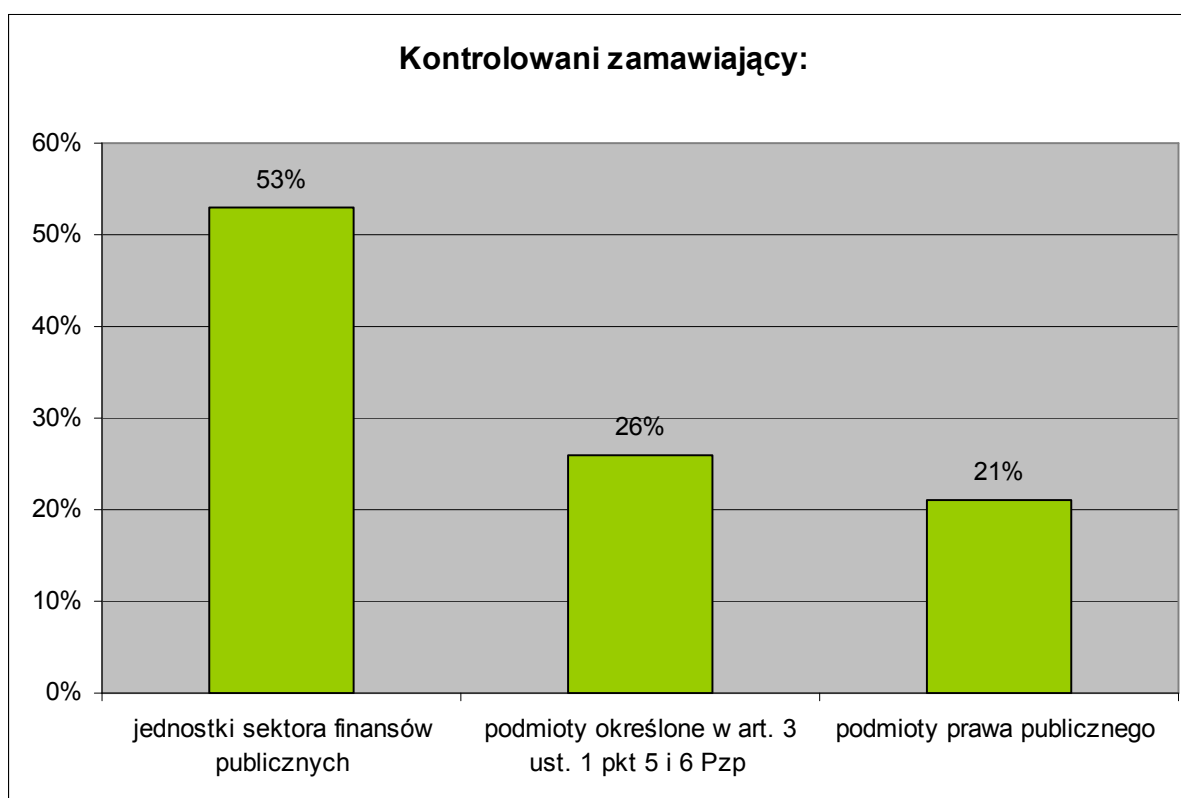


³ Zgodnie z art. 170 ust. 1 w zw. z art. 169 ust. 2 Pzp zamawiający udzielający zamówienia o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu na wybór najkorzystniejszej oferty albo upływie terminu na jego wniesienie, a przed zawarciem umowy, przekazuje Prezesowi Urzędu dokumentację postępowania w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej.

Łączna wartość szacunkowa skontrolowanych zamówień współfinansowanych ze środków UE wyniosła ok. 12 mld złotych, w tym wartość zamówień poddanych kontroli uprzedniej – ok. 11,6 mld zł, zaś wartość zamówień poddanych kontroli następczej – ok. 350 mln złotych.

Wysoka łączna wartość zamówień poddanych kontroli uprzedniej wynika z faktu, że wartość każdego z nich przekraczała 10 mln dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych. Natomiast wartość zamówień objętych kontrolą następczą była znacznie niższa, wahała się od ok. 6.000 euro do ponad 5.000.000 euro, często nie przekraczając tzw. progów unijnych⁴ i średnio wynosiła ok. 2,6 mln zł dla jednego zamówienia.

Większość skontrolowanych postępowań (94, tj. 53%) została wszczęta przez beneficjentów należących do sektora finansów publicznych. Wśród nich przeważały jednostki samorządu terytorialnego, w tym gminy (36 postępowań), powiaty (2 postępowania) i związki gmin (2 postępowania) oraz Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (19 postępowań). Drugą - pod względem liczby skontrolowanych zamówień - grupę beneficjentów stanowiły jednostki, których zamówienia przed nowelizacją ustawy z 7 kwietnia 2006 r. w ponad 50% były finansowane ze środków publicznych, tj. środków UE i przyznanie tych środków zostało uzależnione od stosowania procedur określonych w ustawie (podmioty określone w art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy) – postępowania przez nich wszczęte (46) stanowiły 26% wszystkich skontrolowanych postępowań. Pozostałe 36 skontrolowanych postępowań zostało wszczętych przez podmioty prawa publicznego, w tym udzielające zamówień sektorowych (21%).



⁴ Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.12.2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 241, poz. 1762) progi te wynoszą 133.000 euro lub 206.000 euro lub 412.000 euro dla dostaw i usług – w zależności od rodzaju zamawiającego oraz 5.150.000 euro dla robót budowlanych.

III. Wyniki kontroli.

Kontrole przeprowadzone przez Prezesa Urzędu w 2008 r. dotyczące zarówno zamówień finansowanych ze środków krajowych, jak i wspólnotowych, wykazały, że:

- w 22% (93 z 426) kontrolowanych postępowań zamawiający nie popełnili żadnych naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,
- w 50% (214 z 426) kontrolowanych postępowań doszło do naruszeń nie mających wpływu na ich wynik,
- w 28% (119 z 426) kontrolowanych postępowań zamawiający dopuścili się naruszeń mogących skutkować nieważnością zawartych umów lub zmian tych umów, przy czym 80 takich naruszeń zostało wykrytych w toku kontroli następczych, zaś 39 – w toku kontroli uprzednich⁵. W przypadku kontroli uprzednich dziewięciokrotnie zalecano unieważnienie postępowania, natomiast w pozostałych sprawach zalecano usunięcie stwierdzonych naruszeń z uwagi na możliwość ich usunięcia przed zawarciem umowy.

Odnosząc ww. dane wyłącznie do kontroli zamówień współfinansowanych z funduszy unijnych wyniki te przedstawiają się następująco:

W 20 kontrolach zamówień współfinansowanych ze środków UE nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych (11% ze 176 kontroli). 15 spośród tych zamówień było objętych kontrolą uprzednią i 5 z nich – kontrolą następczą. Oznacza to, że ok. 36% skontrolowanych przez Prezesa Urzędu największych zamówień o wartościach powyżej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych zostało udzielonych bez naruszenia procedur, natomiast w przypadku zamówień o niskich wartościach wskaźnik ten wynosił jedynie ok. 4%⁶.

Większość kontroli – w sumie 123 (70% ze 176 kontroli) wykazała naruszenia o charakterze formalnym, nie mające wpływu na wynik postępowania. Dotyczyło to 22 kontroli uprzednich (54% wszystkich kontroli uprzednich) oraz 101 kontroli następczych (75% wszystkich kontroli następczych). Naruszenia te polegały w szczególności na:

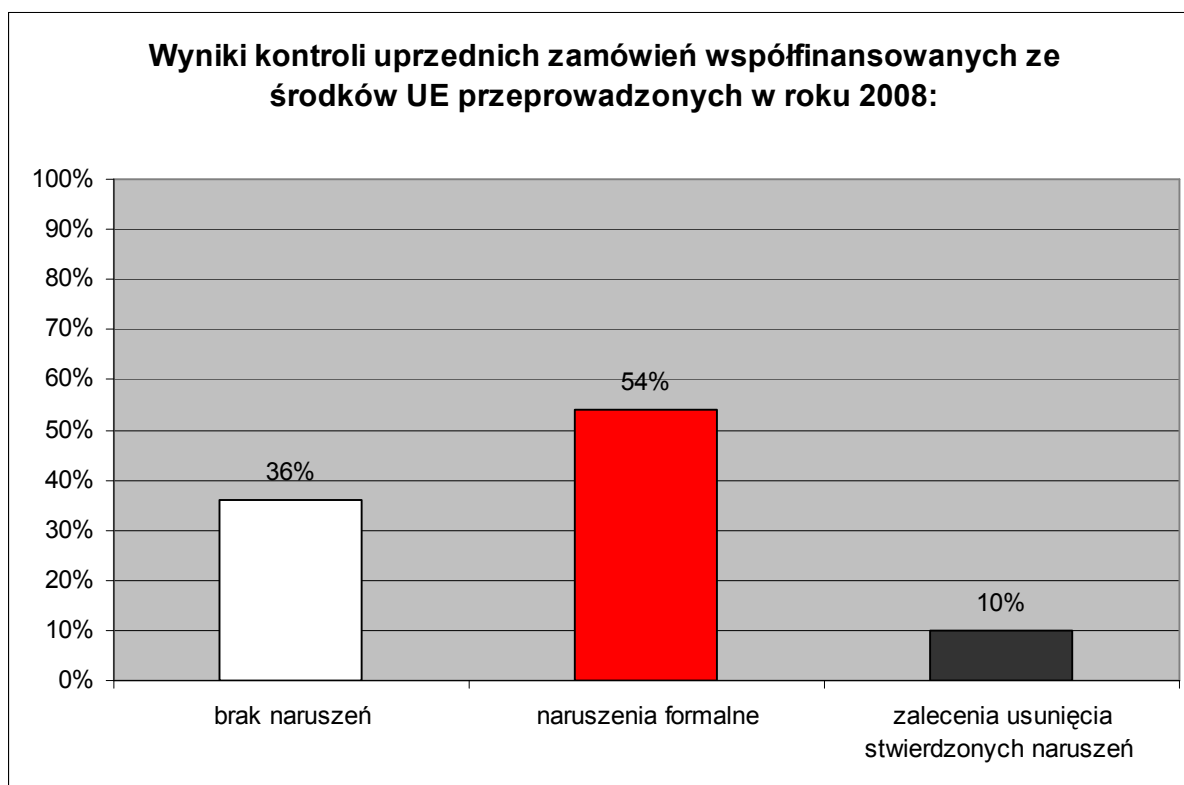
- niepełnej treści ogłoszeń o zamówieniu,
- żądania od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania,
- szacowania wartości zamówienia wg niewłaściwego kursu euro, bez uwzględnienia zamówień uzupełniających, po wszczęciu postępowania lub w kwocie brutto,
- określania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję, jeżeli nie miało to wpływu na wynik postępowania,
- niezgodności ogłoszeń z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- niezłożenia przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu oświadczenia o braku podstaw do wyłączenia z postępowania oraz niewyłączenie się tych osób z postępowania, mimo takiego obowiązku,
- wartości kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podawanej bezpośrednio przed otwarciem ofert,
- zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli nie miało to wpływu na wynik postępowania.

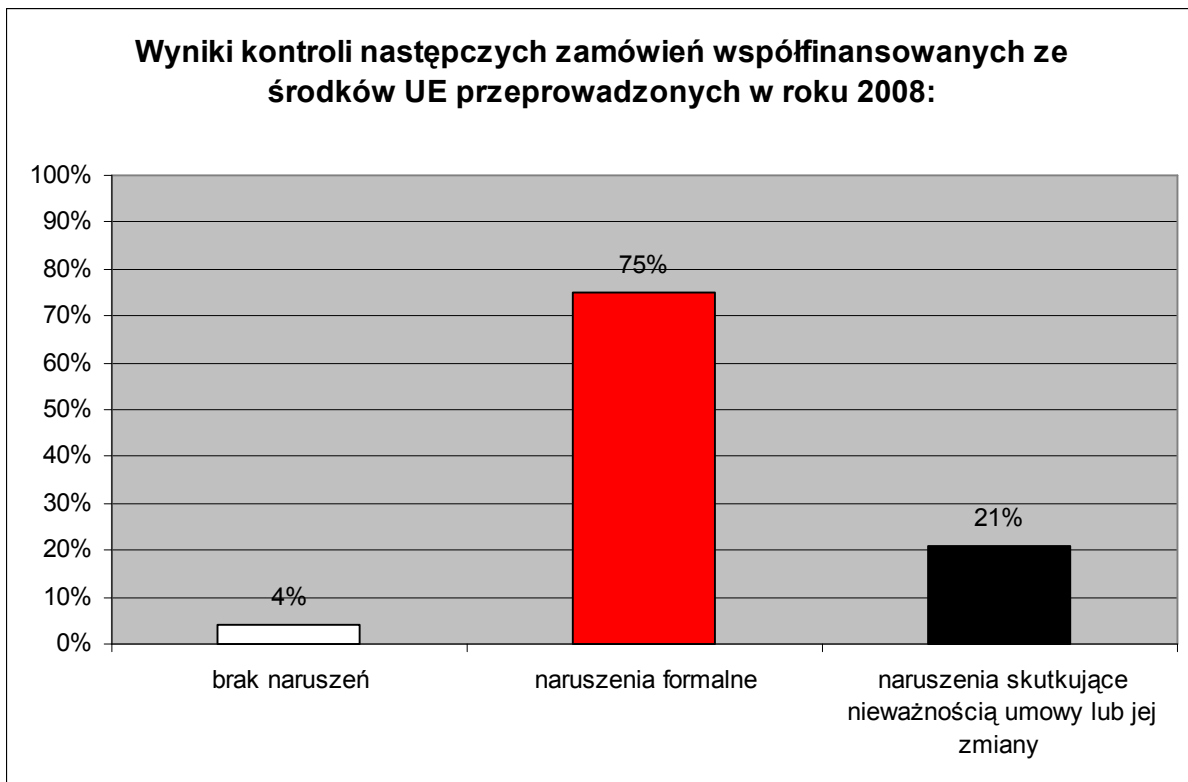
⁵ Dotyczy łącznie: kontroli uprzednich zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług i 20 mln euro dla robót budowlanych oraz kontroli uprzednich zawiadomień o wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym.

⁶ 15 spośród 41 kontroli uprzednich – 36%, 5 spośród 135 kontroli następczych – 4%.

W pozostałych 33 kontrolach zamówień z udziałem środków unijnych stwierdzono naruszenia mogące skutkować nieważnością zawartych umów bądź zmian tych umów. W przypadku kontroli uprzednich (4 kontrole, tj. 10% kontroli uprzednich), czyli dotyczących zamówień o największych wartościach, były to jednak naruszenia możliwe do usunięcia przed zawarciem umowy, dlatego też zgodnie z zaleceniami wydanymi przez Prezesa Urzędu zostały one przez beneficjentów usunięte, co doprowadziło do przywrócenia w badanych postępowaniach stanu zgodnego z prawem i umożliwiło zawarcie ważnych umów z wykonawcami. Naruszenia te dotyczyły oceny ofert, w szczególności konieczności wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W żadnej kontroli uprzedniej zamówienia z udziałem środków UE nie stwierdzono w 2008 r. naruszeń powodujących konieczność unieważnienia postępowania.

W przypadku kontroli następczych, którym poddawane są zamówienia o mniejszych wartościach, nieprawidłowości mogące skutkować nieważnością umowy lub jej zmiany stwierdzono w 29 spośród nich (21% ze 135 kontroli następczych). Z uwagi na charakter kontroli następczej, która odbywa się po zawarciu umowy z wykonawcą, co uniemożliwia wydanie zaleceń usunięcia ewentualnych naruszeń, w zależności od stwierdzonych nieprawidłowości i okoliczności sprawy, zawiadamiany był rzecznik dyscypliny finansów publicznych bądź podejmowano decyzję w zakresie wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy.





Naruszenia skutkujące nieważnością umowy lub zmiany umowy zawartej z wykonawcą zostały określone w art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli:

- ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że z przepisów ustawy nie wynika taki obowiązek (pkt 1);
- zamawiający zawarł umowę bez wymaganej zgody wyrażonej w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (pkt 2);
- zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy (pkt 5);
- w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (pkt 6);
- zamawiający zawarł umowę przed upływem terminów, o których mowa w art. 94 ust. 1, z zastrzeżeniem art. 94 ust. 1a (pkt 7).

Dodatkowo art. 144 ust. 2 ustawy stanowi, że zmiana umowy dokonana z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy, jest nieważna.

Przeprowadzając kontrolę udzielania zamówień Prezes Urzędu uwzględnia ww. skutki stwierdzonych naruszeń zalecając ich usunięcie lub unieważnienie postępowania w przypadku kontroli uprzedniej, bądź też wskazując, że zawarta z wykonawcą umowa lub jej zmiana może być uznana za nieważną – w przypadku kontroli następczej.

Stwierdzone w toku kontroli nieprawidłowości mogące skutkować nieważnością umowy lub zmiany umowy w świetle art. 146 ust. 1 i art. 144 ust. 2 Pzp w szczególności polegały na:

- udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki lub zapytania o cenę w przypadku braku przesłanek ich zastosowania,
- dzielenia zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla określonych wartości progowych,
- dokonania niezgodnej z przepisami oceny ofert, w szczególności niezasadne odrzucenie najkorzystniejszej oferty lub niezasadne wykluczenie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę,

- opisu przedmiotu zamówienia lub sformułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję, co mogło mieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty,
- dokonania niedozwolonej zmiany umowy zawartej z wykonawcą.

Ww. nieprawidłowości wskazują na obszary, w których zamawiający powinni dochować szczególnej staranności, aby nie narazić się na zarzut nieprawidłowego wydatkowania środków publicznych. Ma to szczególne znaczenie dla beneficjentów środków unijnych, którym w przypadku dopuszczenia się określonych naruszeń przepisów o zamówieniach publicznych, poza przewidzianymi prawem konsekwencjami w postaci m.in. odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, grozi także nałożenie korekt finansowych.

W przypadku kontroli postępowań o udzielenie zamówień współfinansowanych ze środków UE, należy zauważyć, że największa liczba stwierdzonych naruszeń skutkujących nieważnością umowy lub jej zmiany, a także najmniejsza liczba kontroli, w których nie stwierdzono żadnych naruszeń, miała miejsce w grupie zamówień o najniższych wartościach. Kontrole Prezesa Urzędu wykazują, że najmniej błędów w ww. zakresie popełniają zamawiający udzielający zamówień o najwyższych wartościach, objętych kontrolami uprzednimi. Należy przypuszczać, że wyniki te mają związek z poziomem wiedzy i doświadczenia kadry udzielającej zamówień w ramach poszczególnych projektów. „Dużi” zamawiający, dysponujący personelem znającym przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych - również od strony praktycznej, znacznie rzadziej dopuszczają się naruszeń w zakresie podstawowych zasad udzielania zamówień mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający ci ponadto są świadomi konieczności poddania prowadzonych przez nich postępowań obowiązkowej kontroli uprzedniej⁷, jak też prawdopodobieństwa przeprowadzenia kontroli przez inne niż UZP organy kontrolne, w tym audyt Komisji Europejskiej, kontrole NIK, czy Instytucji Zarządzającej.

W przeciwieństwie do ww. zamawiających, beneficjenci wydatkujący środki unijne o mniejszych wartościach, częściej mają trudności z doбором doświadczonej w udzielaniu zamówień kadry. Szczególną grupę beneficjentów stanowią tu podmioty stosujące przepisy ustawy na podstawie art. 3 ust.1 pkt 6 i 5 Pzp w brzmieniu sprzed 25 maja 2006 r., tj. podmioty, których zamówienie w ponad 50% finansowane było ze środków UE bądź zostały zobowiązane do stosowania procedur ustawowych w umowie o dofinansowanie projektu. Dotyczy to w szczególności firm szkoleniowych, stowarzyszeń, fundacji, itp. Podmioty te są w najmniejszym stopniu przygotowane do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych i w najmniejszym stopniu świadome możliwości przeprowadzenia kontroli i ich konsekwencji. Stąd też wykrywalność naruszeń mogących skutkować nieważnością umowy lub jej zmiany jest większa w przypadku zamówień o mniejszych wartościach udzielanych przez mniej doświadczone podmioty, w tym także małe gminy i inne jednostki sektora finansów publicznych.

Wyniki kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP i inne organy kontrolne w zakresie udzielania zamówień współfinansowanych ze środków przyznanych Polsce w okresie programowania 2004 – 2006 mogą stanowić podstawę do podjęcia odpowiednich działań w okresie 2007 - 2013. Istotne jest zwłaszcza zwrócenie uwagi beneficjentów na te obszary udzielania zamówień, w których powinni oni zachować szczególną staranność w celu uniknięcia korekt finansowych. Jednocześnie wyniki kontroli wskazują, które z działań podejmowanych przez zamawiających powinny pozostawać pod ściślejszym nadzorem organów kontrolnych.

⁷ Dotyczy zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych, zgodnie z art. 169 ust. 2 Pzp.

DZIAŁ II – Przykłady naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV. Przykłady naruszeń skutkujących nieważnością umowy lub jej zmiany.

Poniżej przedstawione zostały przykłady naruszeń mogących skutkować nieważnością umowy lub zmiany umowy zawartej z wykonawcą w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Większość opisanych przykładów dotyczy naruszeń stwierdzonych w ramach kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, ale część z nich dotyczy także zamówień finansowanych ze środków krajowych. Naruszenia stwierdzone w kontrolach zamówień finansowanych ze środków krajowych, z uwagi na możliwość wystąpienia podobnych okoliczności faktycznych i prawnych w procedurach z udziałem środków unijnych, mogą być również wzięte pod uwagę przez wydatkujących je beneficjentów.

IV.1. Naruszenia dotyczące szacowania wartości zamówienia:

- IV.1.1. Zamawiający:** Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp zo.o. w Lubinie,
Przedmiot zamówienia: 4 roboty wodno-kanalizacyjne na terenie miasta Lubina,
Wartość zamówienia: łącznie 21.158.000,00 PLN (5.228.328,55 euro)
Data wszczęcia postępowań: kwiecień – czerwiec 2005 r.
Projekt ZPORR, „Rozbudowa infrastruktury technicznej celem zwiększenia atrakcyjności Lubina po zakończeniu eksploatacji rud miedzi”⁸

Z dokumentów przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż zamawiający przeprowadził pięć postępowań w trybie przetargu nieograniczonego w ramach projektu „Rozbudowa infrastruktury technicznej celem zwiększenia atrakcyjności Lubina po zakończeniu eksploatacji rud miedzi”. Przedmiotem zamówienia jednej z części projektu była modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody nr 5, w pozostałych czterech przedmiotem zamówienia była budowa sieci wodnokanalizacyjnej w Lubinie:

- budowa sieci wodnokanalizacyjnych na terenie kompleksu usług motoryzacyjnych Leśna - Legnicka, Budowa kolektora sanitarnego wzdłuż drogi nr 3, Budowa kolektora sanitarnego w ulicy Małomickiej i Budowa kanalizacji w ulicy Towarowej,
- budowa sieci wodnokanalizacyjnej na terenie kompleksu usługowo-mieszkaniowego Krzeczyn,
- budowa sieci wodnokanalizacyjnej na terenie strefy aktywności gospodarczej w rejonie ulic Hutnicza, Niepodległości i Budowa kanalizacji deszczowej na osiedlu Ustronie,
- budowa sieci wodnokanalizacyjnej na terenie kompleksu usługowo-mieszkaniowego Zalesie.

Szacunkowa wartość czterech kontrolowanych zamówień w zakresie budowy sieci wodnokanalizacyjnej została ustalona przez zamawiającego odrębnie dla każdego postępowania na podstawie kosztorysów inwestorskich odpowiednio:

- na kwotę: 6 174 000,00 PLN (tj. 1 525 649,90 EUR),
- na kwotę: 3 850 000,00 PLN (tj. 951 368,98 EUR),
- na kwotę: 5 101 000,00 PLN (tj. 1 260 502,12 EUR),
- na kwotę: 6 033 000,00 PLN (tj. 1 490 807,55 EUR),
co łącznie daje kwotę 21 158 000,00 PLN (tj. 5 228 328,55 EURO)

⁸ Dane dotyczące środków, z których współfinansowane są przedstawione w Raporcie zamówienia – wg informacji podanych przez beneficjentów.

Podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia jest, zgodnie z art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, całkowite szacunkowe wynagrodzenie bez podatku od towarów i usług ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, przy czym w przypadku udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartość zamówienia stanowi łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia ww. postępowania, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro dla robót budowlanych oraz 130 000 euro dla dostaw i usług, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, a niezwłocznie po tym przekazuje ogłoszenie o zamówieniu również Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

W piśmie z dnia 21.10.2008 r. zamawiający wyjaśnił, iż jego zdaniem art. 32 ust. 4 ustawy nie ma zastosowania do przedmiotowego projektu, ponieważ nie było w nim ofert częściowych, ani zamówień udzielonych w częściach, gdyż w projekcie wyszczególniono całkowicie odrębne zadania, a przedmiot każdego z zadań (robót budowlanych) nie był podzielny. Każde z zadań posiadało odrębną lokalizację, osobną dokumentację techniczną, a także osobne pozwolenie na budowę. Zdaniem zamawiającego jedynym elementem łączącym te postępowania była wspólna nazwa projektu, w związku z tym nie może być mowy o podziale, czy konieczności łączenia wartości poszczególnych zamówień. Ponadto zamawiający podkreślił, iż zgodnie z definicją Prawa Budowlanego każda z ww. robót jest odrębnym obiektem budowlanym, czyli odrębnym zamówieniem. Z uwagi na powyższy sposób szacowania wartości zamówienia, żadna z wartości postępowania nie przekraczała 5 mln euro, a więc zamawiający nie był zobowiązany do przekazywania ogłoszeń o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W przedmiocie sztucznego podziału zamówienia na części wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 5 października 1998r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). Przedmiotowy wyrok zapadł na gruncie dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. L 199, str. 84), lecz znajduje on zastosowanie również na gruncie obowiązującej wtedy – i mającej zastosowanie w kontrolowanym projekcie - dyrektywy z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (93/37/EWG). Stosownie do art. 14 pkt 13 dyrektywy 93/38/EWG, zamawiający nie mogli obchodzić postanowień przedmiotowej dyrektywy poprzez dzielenie zamówienia na części lub używania specjalnych metod obliczania wartości zamówień. Podobna regulacja odnosząca się do dzielenia zamówienia na części została przewidziana w dyrektywie 93/37/EWG. Zgodnie z art. 6 pkt 4 tej dyrektywy, obiekt budowlany lub zamówienie nie mogło być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania dyrektywy. Natomiast w świetle art. 6 pkt 3, jeżeli obiekt budowlany podzielony został na kilka części, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego zamówienia, wartość każdej z tych części powinna być uwzględniona przy obliczaniu wartości, od której stosowało się procedury przewidziane w dyrektywie w celu udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane. Jeżeli łączna wartość części była nie mniejsza niż wartości, od której należało przestrzegać postanowień dyrektywy, przepisy dyrektywy stosowało się do wszystkich części. Wyjątkiem była sytuacja, gdy zamawiający mógł odstąpić od stosowania przepisów przedmiotowej dyrektywy w odniesieniu do tych części, których szacunkowa wartość, bez podatku od towarów i usług była mniejsza niż 1 000 000 euro, pod warunkiem, że łączna wartość szacunkowa tych części nie przekraczała 20% łącznej wartości wszystkich części.

Zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasadnicze znaczenie dla odpowiedzi, czy mamy do czynienia z zamówieniem na jeden obiekt budowlany należy przypisać okoliczności, czy wynik całości robót budowlanych lub inżynierskich może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Wynika z tego, iż ocena czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które będzie spełniał.

Stwierdzenie takiej okoliczności powoduje, iż całość robót budowlanych udzielanych w kilku postępowaniach należy brać pod uwagę w kontekście ustalenia obowiązku stosowania przepisów dyrektywy. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał w omawianym wyroku, iż istnienie jednego podmiotu zamawiającego i możliwość przeprowadzenia przez przedsiębiorstwo wspólnotowe całości robót opisanych w odnośnych zamówieniach może stanowić dowód potwierdzający istnienie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy. Zauważył również, iż jest zrozumiałe, że z powodów administracyjnych lub innych, program robót budowlanych zmierzających do wykonania obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy może być przedmiotem kilku procedur, których inicjatywa pochodzi od różnych zamawiających. Może tak być na przykład w przypadku budowy drogi przechodzącej przez terytorium kilku władztw lokalnych, z których każdy odpowiada administracyjnie za jej odcinek. W takim bowiem przypadku zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości cel dyrektywy nie zostałby osiągnięty, jeżeli zakres stosowania dyrektywy byłby wyłączony z tego powodu, że szacowana wartość każdego odcinka obiektu budowlanego byłaby niższa od progu zastosowania dyrektywy. Z wykładni *a maiori ad minus* wynika, iż tym bardziej nie zostałby osiągnięty cel dyrektywy, jeżeli za odrębne zamówienia uznać budowę sieci wodnokanalizacyjnej w obrębie jednego władztwa lokalnego.

W świetle powyższych ustaleń należy ocenić, czy w przypadku projektu realizowanego w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego nr Z/2.02/1/1.2/38/04 pn. „rozbudowa infrastruktury technicznej celem zwiększenia atrakcyjności Lubina po zakończeniu eksploatacji rud miedzi” doszło do sztucznego podzielenia zamówienia na części. Za taką ewentualnością przemawiają następujące argumenty. Przedmiotowe roboty wodno-kanalizacyjne wykonywane były w obrębie jednego miasta, które samodzielnie spełnia funkcję techniczną i gospodarczą. Poszczególne zamówienia odnosiły się do robót wykonywanych na tym samym obszarze geograficznym. Wszystkie zamówienia zostały udzielone przez jednego zamawiającego. Zamówienia na budowę sieci wodnokanalizacyjnych na terenie Lubina z uwagi na ich podobieństwo mogły być wykonane przez jedno przedsiębiorstwo. Do ich realizacji niezbędna była analogiczna wiedza fachowa oraz jednakowego rodzaju potencjał techniczny. Dodatkowo należy zauważyć, że wszczęcie postępowań na roboty budowlane w każdej części nastąpiło w bliskich odstępach czasu (15.04.2005 r.; 01.06.2005 r.; 03.06.2005 r.; 08.06.2005 r.), podobnie jak zawarcie umów (09.09.2005 r. i 22.09.2005 r.). Również terminy wykonania robót w zakresie każdej części zostały wyznaczone na ten sam okres tj. 31.07.2006r. i 31.08.2006 r. We wszystkich czterech postępowaniach oferty złożyli niemal ci sami wykonawcy, co świadczy także o jednolitym charakterze robót stanowiących przedmiot zamówienia w każdym z tych postępowań.

Łącznie szacunkowa wartość kontrolowanych zamówień w zakresie budowy sieci wodnokanalizacyjnej na terenie Lubina wynosiła 5 228 328,55 euro. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenia art. 32 ust. 4 ustawy. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na nie opublikowaniu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stanowiło naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dotyczy postępowań na roboty wodnokanalizacyjne, bez zakładu uzdatniania wody).

Jednocześnie należy zauważyć, że zgodnie z przepisami wspólnotowymi w okresie wszczęcia ww. postępowań obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji WE dotyczył zamówień o wartości przekraczającej dla robót budowlanych kwotę 5.923.624 euro. Tym samym ustawa Prawo zamówień publicznych przewidując obowiązkową publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE od progu 5.000.000 euro, zaostrzała rygory stosowania dyrektywy 93/37/EWG. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na nie opublikowaniu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, było jedynie naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast nie stanowiło naruszenia przepisów wspólnotowych.

- IV.1.2. Zamawiający:** Stowarzyszenie Edukacyjne „Salus”,
Przedmiot zamówienia: usługa prowadzenia księgowości projektu,
Wartość zamówienia: łącznie 40.000 zł (9.884,35 euro),
Data wszczęcia postępowania: 2 umowy zawarto w grudniu 2004 i styczniu 2005, trzecie postępowanie wszczęto 2 grudnia 2005 r.
Projekt ZPORR, działanie 2.1., „Doskonalenie zawodowe pielęgniarek i położnych w zakresie zarządzania usługami opieki zdrowotnej”.

W dniu 2 stycznia 2006 r. zamawiający zawarł z wykonawcą Panią Barbarą B. umowę zlecenia nr 3 na obsługę księgową projektu ZPORR działanie 2.1 (umowa 19/95303). Na podstawie dokumentacji kontroli ustalono, iż zamawiający zawarł z wykonawcą z Panią Barbarą B. także dwie inne umowy - w dniu 6 grudnia 2004 r. oraz 3 stycznia 2005 r. (tj. przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania), obie również na prowadzenie księgowości projektu – kurs specjalizacyjny dofinansowany z EFS (umowy zostały zawarte na kwoty: 1 600,00.zł oraz 19 200,00 zł). Z powyższego wynika, iż Pani Barbara B. w okresie od 6 grudnia 2004 r. do 31 grudnia 2005 r. na podstawie dwóch umów zlecenia prowadziła księgowość projektu, będącego także przedmiotem kontrolowanego postępowania.

Zgodnie z treścią art. 32 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Z udzielaniem zamówienia w częściach mamy do czynienia w przypadku, gdy zamawiający z góry przewiduje zakres całego zamówienia i możliwe jest jego jednorazowe udzielenie, lecz z jakichś względów (np. organizacyjnych, technicznych, gospodarczych) podejmuje decyzję o udzielaniu go sukcesywnie. Wtedy, dla każdego odrębnego postępowania prowadzonego w celu udzielenia części zamówienia, przyjmuje się wartość całego zamówienia i ona jest decydująca dla zastosowania określonych przepisów ustawy.

W świetle powyższego zamawiający powinien był dokonać oszacowania wartości zamówienia zgodnie z art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wynika z §3 umowy o dofinansowanie Projektu nr 19/9533 „Doskonalenie zawodowe pielęgniarek i położnych w zakresie zarządzania usługami opieki zdrowotnej”, zawartej w dniu 2 grudnia 2004 r., okres realizacji projektu został ustalony na czas od 1 grudnia 2004 r. do 31 grudnia 2006 r. Należy zatem stwierdzić, iż zamawiający w chwili szacowania wartości usług (obsługa księgową) na okres od 6 grudnia 2004 r. do 31 grudnia 2004 r. oraz na okres od 3 stycznia 2005 r. do 31 grudnia 2005 r. był świadomy, że ich wykonywanie będzie kontynuowane w dalszym okresie, tj. także w 2006 r. Tym samym zamawiający powinien był zsumować wartość ww. trzech części zamówienia.

W omawianym przypadku należy zatem stwierdzić, że możliwe było przeprowadzenie trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże wartość szacunkowa zarówno pierwszego, drugiego jak i trzeciego zamówienia powinna zostać zsumowana uwzględniając całość zamówienia i każde postępowanie w związku z tym powinno zostać przeprowadzone z uwzględnieniem tejże zsumowanej wartości, tj. powyżej 6 000 euro z zastosowaniem przepisów ustawy. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż zamawiający szacując wartość zamówienia odrębnie dla 3 postępowań naruszył przepis art. 32 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy, ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty jeżeli zamówienie jest finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie. W §13 ww. umowy o dofinansowanie Projektu zamawiający zobowiązał się do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przy wydatkowaniu przyznanych środków. Jednocześnie zamawiający mimo obowiązku stosowania przy udzielaniu zamówień ustawy Prawo zamówień publicznych, zawarł z wykonawcą Panią Barbarą B. dwie umowy - w dniu 6 grudnia 2004 r. oraz 3 stycznia 2005 r.

na prowadzenie księgowości bez zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, iż zamawiający udzielając zamówienia publicznego w dniach 6 grudnia 2004 r. i 3 stycznia 2005 r. wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, naruszył przepis art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV.1.3. Zamawiający: Akademia Medyczna im. Piastów Śląskich we Wrocławiu

Przedmiot zamówienia: dostawa i uruchomienie na Oddziałach Centrum Klinicznego AM urządzeń podzielonych rodzajowo na części A-D: część A – aparaty EKG, część B – system telemetryczny, część C – stymulatory endokawitarne dwukomorowe, część D – defibrylatory dwufazowe

Wartość zamówienia: łącznie 383 709,83 euro

Zamówienie nie finansowane ze środków UE.

Zamawiający oszacował przedmiotowe zamówienie publiczne na kwotę 899 335,00 zł, co stanowi równowartość 205 000,00 euro, a następnie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego według procedury właściwej dla tak oszacowanego zamówienia, tj. procedury właściwej dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych wskazanych w wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W toku kontroli ustalono, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest piątym z kolei postępowaniem, dotyczącym tego samego przedmiotu, a urządzenia medyczne zamawiane w ramach kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. *Aparaty EKG 12 kanałowe, System telemetryczny z 6 nadajnikami, Stymulatory endokawitarne dwukomorowe, Defibrylatory dwufazowe* zamawiane były wcześniej w ramach jednej części zamówienia (PN-24/07, PO-28/07, PO-35/07, PO-37/07) łącznie z urządzeniami, których dotyczy postępowanie PN 61/07, tj. Pompami do kontrpulsacji wewnątrzortalnej i Aparatami do autotransfuzji.

Szacunkowa wartość w euro zamówienia udzielanego w postępowaniu PN 61/07 wynosi 178 709,83 euro, więc łączna szacunkowa wartość wszystkich zamawianych urządzeń medycznych w dwóch postępowaniach PN 60/07 i PN 61/07 wynosi 383 709,83 euro, czyli przekracza kwotę 211 000 euro dla zamówień na dostawy lub usługi określoną w § 1 pkt 2a ww. rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, że zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwie części, lecz nie zsumował wartości tych części w celu zastosowania przepisów właściwych dla łącznej wartości podzielonego zamówienia przekraczającej progi unijne. Wskutek odrębnego oszacowania wartości zamówienia dla każdej z części zamawiający zastosował przepisy właściwe dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych.

Podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia jest, zgodnie z art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, przy czym w przypadku udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Jeżeli więc zamawiający decyduje się udzielać zamówienia w częściach i organizuje odrębne postępowania, wówczas dla każdego odrębnego postępowania przyjmuje się łączną wartość zamówienia. Jeżeli więc przedmiot zamówienia składa się z dwóch części, wartość zamówienia stanowi suma wartości tych dwóch części. W związku z tym prawidłowo określona wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego, udzielonego w dwóch częściach, powinna uwzględniać łączną wartość obu części zamówienia.

Podkreślenia wymaga przy tym fakt, iż prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia ma zasadnicze znaczenie dla właściwego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przekroczenie bowiem przez szacunkową wartość zamówienia określonych ustawowo wartości progowych zobowiązuje zamawiającego do zastosowania w prowadzonym postępowaniu bardziej rygorystycznych przepisów. Odnoszą się one m.in. do miejsca publikacji o ogłoszeniu, terminu składania ofert, terminu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Ustalenie wartości zamówienia poniżej progów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy i usługi uniemożliwia również wykonawcom składanie odwołań od rozstrzygnięć protestów przez zamawiającego.

Wszystkie zamawiane w dwóch postępowaniach PN 60/07 i PN 61/07 urządzenia są stosowane w kardiologii oraz kardiochirurgii i służą do diagnozowania, monitorowania lub korygowania wad serca lub centralnego układu krążenia. Ponadto wszystkie zamawiane urządzenia nabywane są w ramach jednej inwestycji realizowanej przez zamawiającego, tj. wyposażania w sprzęt medyczny nowego Centrum Klinicznego Akademii Medycznej we Wrocławiu. Zamawiający dokonał zgrupowania wszystkich przedmiotowych urządzeń w ramach jednej z części wcześniej prowadzonych postępowań: PN-24/07, PO-28/07, PO-35/07, PO-37/07 co potwierdza, że możliwe było jednoczesne, odpowiednio wczesne zaplanowanie zamówienia. Z ustaleń kontroli wynika również, że oba postępowania są adresowane do tej samej grupy wykonawców. W wyjaśnieniach z dnia 19 lutego 2008 r. zamawiający potwierdza, że połączenie zamawianych urządzeń w ramach jednej części jednego postępowania uzasadniały względy organizacyjne oraz potrzeba natychmiastowej dostawy urządzeń.

Dokonany przez zamawiającego podział zamówienia udzielanego uprzednio w ramach jednej z części zamówienia (postępowanie PO 37/07) skutkowało zastosowaniem do każdego z odrębnych postępowań przepisów właściwych dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych. W rezultacie m.in. wykonawcy zostali pozbawieni możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej: odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej oraz skargi do Sądu Okręgowego na rozstrzygnięcie KIO.

Zamawiający tym samym naruszył przepis art. 32 ust. 1 oraz art. 32 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wykazał bowiem w toku kontroli uzasadnienia dla traktowania obu zamówień jako odrębnych. Wręcz przeciwnie, wcześniej przyjęty sposób prowadzenia postępowań wskazuje, iż traktował je jako jedno zamówienie.

Dokonany przez zamawiającego podział zamówienia miał wpływ na zastosowane procedury, z tego też względu należy uznać, że przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest wadą postępowania w rozumieniu art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy Pzp, umowy zawarte przez zamawiającego w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia należy uznać za nieważne.

W związku z tym, iż powyższe naruszenie art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający naruszył jednocześnie przepis art. 17 ust. 1 pkt 2b i pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).

IV.2. Naruszenia dotyczące stosowania trybów niekonkurencyjnych:

IV.2.1. Zamawiający: JDJ Bachalski Sp. z o.o.

Przedmiot zamówienia: Usługi sprzątania pomieszczeń biurowych wykorzystywanych na potrzeby projektu

Wartość zamówienia: 28.032,79 zł (6.938,80 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp

Projekt ZPORR, Priorytet 2 – Wzmocnienie rozwoju zasobów ludzkich w regionach, nr projektu ZPORR/2.30/II/2.1/16/04

W toku kontroli następczej stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *usługę sprzątnia pomieszczeń biurowych wykorzystywanych na potrzeby realizacji projektu* przeprowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów ustawy. Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy, zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest możliwe w przypadku, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. W związku z tym, że przepis wyraźnie wskazuje na istnienie tylko jednego wykonawcy – wyłączenie spod obowiązku stosowania pozostałych procedur nie będzie dotyczyło sytuacji, gdy w danym miejscu i czasie na rynku działa dwóch lub większa liczba podmiotów mogących zrealizować zamówienie publiczne. Nie jest zatem wystarczające subiektywne przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym zdolnym do wykonania zamówienia. Dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie wskazanego przepisu ustawy uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Niezwykle istotną kwestią jest więc istnienie obiektywnego monopolu podmiotu do wykonania zamówienia. Taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzezwykłalny.

Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy - niezbędne jest dodatkowo zaistnienie przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które wprost uniemożliwiają powierzenie realizacji zamówienia innemu wykonawcy. Z przyczynami takimi mamy do czynienia, gdy świadczący usługi ma monopol naturalny na dany typ usługi. Wiąże się to także z koniecznością zachowania tych samych norm, standardów czy parametrów technicznych, a ich niepowtarzalność i charakter nie pozwalają na jakiegokolwiek odstępstwa. Odmiennie będzie w przypadku istnienia zbliżonych parametrów czy norm jakości – w takiej sytuacji zamawiający nie będzie mógł uznać, że na rynku istnieje tylko jeden wykonawca będący w stanie prawidłowo zrealizować jego zamówienie. Przepis ten nie może więc znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie publiczne. W takich okolicznościach zamawiający winien podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w którym przyjmuje się, że stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia o obiektywnym charakterze oraz tego, aby owe szczególne przyczyny techniczne czyniły udzielenie zamówienia tylko jednemu wykonawcy bezwzględnie koniecznym⁹.

Zamawiający uzasadniając legalność wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał, iż nie miał możliwości funkcjonalnego, jak i fizycznego oddzielenia pomieszczeń wykorzystywanych na rzecz projektu od pozostałych pomieszczeń, w których prowadzi działalność nie związaną z realizowanym projektem. W przekonaniu zamawiającego pomieszczenia te stanowiły funkcjonalną całość, gdyż przebywały w nich zarówno osoby zaangażowane w projekt, jak również osoby, które nie pracowały na rzecz jego realizacji. W związku z powyższym, zdaniem zamawiającego, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze usługi sprzątnia pomieszczeń wykorzystywanych na rzecz projektu, mogły być świadczone przez jednego wykonawcę – a mianowicie przez firmę, która na podstawie odrębnej umowy sprząta wszystkie pomieszczenia w budynku wynajmowanym przez zamawiającego.

Po pierwsze, należy zaznaczyć, że w rozumieniu ustawy „przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze” pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia publicznego. Obiektywnie rzecz biorąc, świadczenie standardowych usług sprzątnia pomieszczeń biurowych nie posiada na tyle specyficznych i nietypowych cech technicznych, by mogły być one świadczone tylko przez jednego

⁹ Orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie KE przeciwko Republice Grecji, C-394/02

wykonawcę. Nie ulega wątpliwości, że na rynku funkcjonuje duża ilość podmiotów świadczących, co najmniej podstawowe usługi sprzątające, a tym samym wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia.

Ponadto zgodnie ze stanowiskiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości nie jest wystarczające udowodnienie przez zamawiającego, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji zamówienia, należy jeszcze wykazać, że tylko on jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać¹⁰. Tak więc, w przypadku przedmiotowego zamówienia, nie może być mowy o istnieniu faktycznego monopolu wskazanego podmiotu, jak wymaga tego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Po drugie, z uwagi na fakt, iż „przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze” pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia, należy odróżnić od nich przyczyny organizacyjne czy gospodarcze. Przyczyny organizacyjne same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Wskazana przez zamawiającego okoliczność braku możliwości fizycznego i funkcjonalnego wydzielenia pomieszczeń wykorzystywanych do szkolenia, nie mieści się w zakresie znaczeniowym pojęcia „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”. Przywołane przez zamawiającego okoliczności dotyczą ustalonego porządku prowadzonego szkolenia, przyjętych rozwiązań lokalowych, a tym samym mają charakter organizacyjny. Wobec tego, nie mogą one stanowić uzasadnienia odstąpienia od procedur konkurencyjnych i zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w oparciu o wskazane podstawy prawne.

Wątpliwości budzi ponadto istnienie potrzeby sprzątnięcia pomieszczeń wykorzystywanych na potrzeby szkolenia, które były już sprzątnięte przez określonego wykonawcę.

Konkludując, z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy wynika jednoznacznie, że przesłanka prawna jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca. Przepis ten nie dotyczy jednak sytuacji, w której – obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie istnieje dwu lub więcej wykonawców mogących świadczyć usługi sprzątnięcia pomieszczeń biurowych, będące przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich udzielić zamówienia powinna być podjęta w trybie konkurencyjnym. Zatem istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego.

Stwierdzić zatem należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, co skutkuje nieważnością zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy, tj. z powodu rażącego naruszenia przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

IV.2.2. Zamawiający: Akademicki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu

Przedmiot zamówienia: dostawa zestawów do dializy otrzewnowej dla dorosłych

Wartość zamówienia podstawowego: 694.380,87 zł (279.098,00 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 a Pzp

Zamówienie nie finansowane ze środków UE.

W toku kontroli zamawiający nie wykazał, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy spełnione zostały przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy – Prawo zamówień publicznych, umożliwiające udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę zestawów do*

¹⁰ Sprawa Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Włochy (C-199/85, ECR 1987, s. 1039)

dializy otrzewnowej dla dorosłych w trybie zamówienia z wolnej ręki. Z analizy dokumentów i wyjaśnień przedłożonych przez zamawiającego nie wynika, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z „przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze” determinującymi wybór wykonawcy zamówienia, o których mowa w ww. przepisie.

Z wyjaśnień i dokumentów zgromadzonych w toku kontroli wynika, że przedmiotowe zamówienie obejmuje w swym zakresie zestawy do dializy otrzewnowej przeznaczone do kontynuacji leczenia dotychczasowych pacjentów oraz do rozpoczęcia leczenia nowych pacjentów zamawiającego. Analiza sprawy prowadzi do stwierdzenia, że w odniesieniu do zamówienia w zakresie zestawów przeznaczonych do leczenia „nowych” pacjentów nie zachodzi sytuacja, w której uzasadnione jest powierzenie wykonania zamówienia w trybie z wolnej ręki ze względu na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Znalazło to potwierdzenie w opinii przekazanej przez Ministerstwo Zdrowia, zgodnie z którą udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) uzasadnione jest jedynie w zakresie zakupu zestawów, które będą wykorzystywane do leczenia „starych” pacjentów. Wiąże się to z koniecznością kontynuacji terapii za pomocą sprzętu i preparatów o tych samych parametrach. W przypadku natomiast rozpoczęcia leczenia „nowych” pacjentów nie występuje przesłanka konieczności stosowania wcześniej wykorzystywanych urządzeń i preparatów. Stąd też, w celu udzielenia zamówienia na zestawy do dializy dla tej grupy pacjentów, zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym. Należy podkreślić, że jak wynika z ww. opinii, na rynku funkcjonują obok firmy Fresenius również inni wykonawcy, dostarczający zestawy do dializy otrzewnowej dla dorosłych tj. firma Baxter i firma Gambro. Co więcej, z rozeznania przeprowadzonego przez Ministerstwo Zdrowia wynika, że w Akademickim Szpitalu Klinicznym im. J. Mikulicza-Radeckiego terapię za pomocą dializy otrzewnowej stosuje się z użyciem zestawów firm Fresenius, jak również Baxter. Stanowi to potwierdzenie funkcjonowania na rynku więcej niż jednego podmiotu będącego w stanie zrealizować zamówienie na dostawę zestawów do dializy otrzewnowej. Tym samym, nie można uznać za uzasadnione stwierdzenie zamawiającego, że jedynym dystrybutorem zestawów do dializy otrzewnowej dla dorosłych jest firma Fresenius Medical Care Polska S.A.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy uprawniającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, skutkiem przeprowadzenia postępowania w stanie faktycznym nie kwalifikowanym przez ustawę Prawo zamówień publicznych, jako uzasadniającym zastosowanie trybu z wolnej ręki, jest nieważność zawartej po jego przeprowadzeniu umowy. Powołana norma uzależnia nieważność umowy od naruszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania. Nieważność umowy podyktowana jest zastosowaniem niedopuszczalnego w przedmiotowych okolicznościach trybu udzielenia zamówienia. Nie znajdująca uzasadnienia decyzja podjęta przez zamawiającego w tej materii skutkowałą naruszeniem przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na jego wynik (poprzez zastosowanie przepisów normujących postępowanie w trybie, nie znajdującym zastosowania w tych okolicznościach).

IV.2.3. Zamawiający: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu

Przedmiot zamówienia: kontynuacja budowy stopnia wodnego Malczyce na rzece Odrze

Wartość zamówienia: 252.634.548,27 zł (65.160.699,56 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1a i 3 Pzp
Zamówienie nie finansowane ze środków UE.

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „kontynuację budowy stopnia wodnego Malczyce na rzece Odrze” prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i pkt 3 ustawy, zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kontrola uprzednia przedmiotowego postępowania wykazała, iż w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z „przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze” determinującymi wybór wykonawcy zamówienia, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp, ani z wyjątkową sytuacją niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, a która wymaga natychmiastowego wykonania zamówienia i nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a)

Dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Niezwykle istotną kwestią jest więc istnienie obiektywnego monopolu podmiotu do wykonania zamówienia. Taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzewidywalny.

Trzeba przy tym zauważyć, iż zarówno w świetle przepisów ustawy Pzp jak i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby owe szczególne przyczyny techniczne czyniły udzielenie zamówienia określonemu wykonawcy bezwzględnie koniecznym.

Zgodnie z przyjętymi przez Komitet Europejski Rady Ministrów na posiedzeniu w dniu 17 listopada 2006 r., a opracowanymi przez Urząd Zamówień Publicznych w oparciu o orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i sądów polskich Wytocznymi dotyczącymi interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, podstawą zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może ono być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względu np. na specyficzne cechy techniczne zamówienia jest zdolny do realizacji zamówienia. Do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że zamówienie ma charakter złożony (tym bardziej, jeśli jego realizacja została przewidziana w dłuższym okresie czasu).

Ponadto, nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki subiektywne przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie.

W wyjaśnieniach popartych dokumentami przedłożonymi w toku niniejszego postępowania kontrolnego zamawiający nie wykazał, że zamówienie obejmujące „kontynuację budowy stopnia wodnego Malczyce na rzece Odrze” może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zamawiający argumentację zasadności udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oparł na możliwych utrudnieniach organizacyjnych, stratach finansowych oraz potencjalnym zagrożeniu katastrofą budowlaną. Należy jednak podkreślić, że argumenty takie nie stanowią podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie ww. przepisu. Jak wyżej zaznaczono uzasadnieniem zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) jest istnienie faktycznego monopolu na danym rynku tj. nie istnienie żadnego innego wykonawcy, który mógłby zrealizować zamówienie. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Należy zauważyć, że już sam fakt pierwotnego udzielenia zamówienia na realizację inwestycji firmie innej niż tej, którą zaproszono do negocjacji w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki, świadczy o tym, że nie istnieje na przedmiotowym rynku właściwym sytuacja rzeczywistej monopolizacji, która jest podstawą wszczęcia postępowania w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Do wniosku takiego

należy dojść tym bardziej, że postępowanie, w wyniku którego wyłoniono dotychczasowego wykonawcę inwestycji – firmę Maxer S.A., przeprowadzone zostało w trybie przetargu nieograniczonego. Oznacza to, że sam zamawiający miał świadomość funkcjonowania na rynku więcej niż jednego podmiotu, który mógłby zrealizować zamówienie. Argumenty dotyczące przewidywanych konsekwencji udzielenia zamówienia pomiotowi innemu niż generalny podwykonawca, pracujący na placu budowy, w postaci strat finansowych, trudności organizacyjnych, czy też wydłużenia terminu wykonania inwestycji, nie stanowią natomiast okoliczności uzasadniających wybór trybu z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Przyczyny te nie są związane z obiektywnym faktem funkcjonowania na rynku wyłącznie jednego podmiotu zdolnego do wykonania zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie można uznać, że zamawiający wykazał istnienie na rynku trwałego i nieprzezycięzalnego monopolu, ze względu na który przedmiotowe zamówienie może być zrealizowane tylko przez wskazanego wykonawcę. Tym samym przedstawiona przez zamawiającego argumentacja nie wyczerpuje przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a), umożliwiających udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Art. 67 ust. 1 pkt 3

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może udzielić zamówienia w trybie 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.

Wystąpienie nieprzewidywalnej konieczności udzielenia zamówienia na kontynuację budowy stopnia wodnego Malczyce, zamawiający uzasadnił ogłoszeniem upadłości i trwającym procesem likwidacji generalnego wykonawcy – firmy Maxer S.A. Uzasadnienie konieczności natychmiastowego udzielenia zamówienia zamawiający oparł natomiast na przewidywanych stratach finansowych, problemach organizacyjnych oraz potencjalnym zagrożeniu katastrofą budowlaną, jaką pociągałoby za sobą wstrzymanie robót na czas niezbędny do przeprowadzenia procedury w trybie konkurencyjnym.

Należy jednak zwrócić uwagę na to, że generalny wykonawca inwestycji – firma Maxer S.A. postawiony został w stan upadłości z opcją zawarcia układu z wierzycielami już w 2005 r., opcja ta została następnie zmieniona w 2006 r. na opcję likwidacji majątku upadłego. Już zatem od 2006 r. zamawiający świadom był postępującego procesu likwidacji wykonawcy inwestycji, podczas którego Rada Wierzycieli wyraziła zgodę na kontynuowanie inwestycji przez firmę Maxer S.A. w upadłości, zakładając, że zakończy się ona w 2009 r. Co więcej, jak wynika z przedłożonych wyjaśnień i dokumentów, informacja o braku możliwości kontynuowania po 2009 r. realizacji umowy na wykonanie przedmiotowej inwestycji przez firmę Maxer S.A. w upadłości znana była już na początku 2008 r. Nie można w związku z tym uznać, że potrzeba udzielenia przedmiotowego zamówienia wystąpiła nagle na skutek nieprzewidywalnej okoliczności.

Nie można ponadto uznać wiążącej się z hipotetyczną zmianą podmiotu wykonywującego roboty, konieczności przestoju w pracach, problemów organizacyjnych i wynikających z tego strat finansowych za uzasadnienie dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań mających na celu uniknięcie tych skutków. Jednocześnie, jak podkreślił Europejski Trybunał Sprawiedliwości (*orzeczenie C-107/92 Komisja przeciwko Republice Włoch* oraz *C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji*), zamówienie powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia oraz zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Tym samym, zawarcie umowy na 4 lata (do dnia 31.12.2012 r.) w przedmiocie kompleksowego wykonania prac w zakresie niezrealizowanej części zamówienia udzielonego w 1997 r. stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, ze względu na to, że nie odpowiada celowi zamówienia udzielanego w trybie z

wolnej ręki, którym jest wyłącznie zapobieżenie negatywnym skutkom, jakie mogłyby powstać w wypadku nie podjęcia stosowych działań przez zamawiającego. A zatem, jeżeli zachodzą okoliczności wskazujące na możliwości wystąpienia katastrofy budowlanej w przypadku przerwania robót na placu budowy, zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3, ale wyłącznie w zakresie niezbędnym do usunięcia tego zagrożenia. W pozostałym zakresie, obejmującym wykonanie całej inwestycji, zamawiający zobowiązany jest do zastosowania konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia.

Reasumując należy stwierdzić, że w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i pkt 3 ustawy. Tym samym, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki w oparciu o ww. przepis. Konsekwencją przeprowadzenia postępowania w trybie innym niż podstawowy, w stanie faktycznym nie kwalifikowanym przez ustawę jako uzasadniającym jego zastosowanie, jest konieczność unieważnienia tego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Przepis ten przewiduje, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

IV.2.4. Zamawiający: JDJ Bachalski Sp. z o.o.

Przedmiot zamówienia: przeprowadzenie działań promocyjnych na potrzeby projektu.

Wartość zamówienia: 27.000,00 zł (6.671,93 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp

Projekt ZPORR, Priorytet 2 – Wzmocnienie rozwoju zasobów ludzkich w regionach, nr projektu ZPORR/2.30/II/2.1/16/04

Z analizy dokumentów i wyjaśnień zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynika, że zamawiający uzasadniał prawidłowość zastosowania w niniejszym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 wskazując, że z uwagi na toczące się postępowanie formalne związane z przygotowaniem i podpisaniem umowy o dofinansowanie projektu, nie był w stanie określić dokładnej daty podpisania tejże umowy. Z tego też powodu zamawiający nie wiedział, czy realizacja projektu rozpocznie się terminowo, czy wskutek przedłużenia formalności ulegnie przesunięciu. Niemniej jednak, zamawiający przypuszczał, iż umowa o dofinansowanie projektu zostanie podpisana do końca lutego 2005 r., tym samym przewidział rozpoczęcie realizacji projektu na 1 marca 2005 r. Wychodząc z założenia, że akcja promocyjna stanowi jedno z pierwszych działań realizowanych w ramach projektu, które powinno zostać przeprowadzone niezwłocznie po jego rozpoczęciu, zamawiający uznał, iż nie jest w stanie zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynika, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia obejmującego świadczenie usług w postaci działań promocyjnych, nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 67 ust.1 pkt 3 ustawy.

Na wstępie nie można uznać, iż zbliżający się termin rozpoczęcia realizacji projektu, który dodatkowo został ustalony przez samego zamawiającego, stanowi wyjątkową sytuację, której nie można było wcześniej przewidzieć. Z analizy treści wniosku o dofinansowanie projektu wynika, że w dziale 2.3 lit. b) zamawiający zakładał przeprowadzenie akcji promocyjnej gwarantującej skuteczne dotarcie i zapewnienie uczestnictwa w projekcie deklarowanej liczby uczestników. Tym samym, należy uznać, że zamawiający, w chwili sporządzania wniosku zdawał sobie sprawę z konieczności podjęcia czynności zmierzających do wyboru wykonawcy zdolnego do przeprowadzenia akcji promocyjnej na rzecz projektu. Zatem, powyższa okoliczność nie stanowiła wyjątkowej sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne.

Ponadto nie można uznać akcji promocyjnej za usługę, która wymagała natychmiastowego udzielenia. Usługa taka wprawdzie może wpłynąć na podniesienie atrakcyjności realizowanego projektu, niemniej jednak nie stanowi sama w sobie, a tym bardziej termin jej wykonania, potrzeby tak ważnej i niezbędnej, aby można było mówić o konieczności jej natychmiastowego udzielenia.

Reasumując, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie. Oznacza to, że umowa zawarta w niniejszej sprawie jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy, tj. zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

- IV.2.5. Zamawiający:** Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
Przedmiot zamówienia: zamówienie na roboty dodatkowe w zakresie odprowadzania wody z sączków usytuowanych na obiektach mostowych
Wartość zamówienia dodatkowego: 608.318,51 zł (159.900,39 euro)
Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp
Zamówienie nie finansowane ze środków UE.

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty związane z dodatkowym odprowadzaniem wody z sączków usytuowanych na obiektach mostowych, w ramach „Przebudowy drogi krajowej nr 22 na odcinku Elbląg – Grzechotki”. Odcinek III: Elbląg – Chruściel w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wykazał w sposób dostateczny, ażeby zaistniały okoliczności determinujące wybór wykonawcy zamówienia, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, zamawiający może zastosować tryb 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 z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W ocenie Urzędu, zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, jak wymaga tego przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy.

Potrzeba udzielenia zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego tj. prawidłowa realizacja zamówienia podstawowego musi być uwarunkowana wykonaniem zamówienia dodatkowego. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją, gdyż wykonanie zamówienia dodatkowego, polegającego na odprowadzaniu wody z sączków usytuowanych na obiektach mostowych nie ma wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego, którego przedmiotem jest „Przebudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Elbląg – Grzechotki”. Odcinek III: Elbląg – Chruściel, w ustalonym w umowie z wykonawcą zakresie. Zamówienie dodatkowe na roboty związane z dodatkowym odprowadzaniem wody z sączków usytuowanych na obiektach mostowych, w ramach „Przebudowy drogi krajowej nr 22 na odcinku Elbląg – Grzechotki”. Odcinek III: Elbląg – Chruściel stanowi zatem nowe zamówienie publiczne, którego wykonawca powinien być wyłoniony przy zastosowaniu jednego z konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych.

Zamawiający nie wykazał również, iż wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 30.05.2008 r. stwierdził, iż: „wykonanie przedmiotowych robót dodatkowych nie było objęte zamówieniem podstawowym z uwagi na brak opracowania dotyczącego tych robót w dokumentacji projektowej, opisującej przedmiot zamówienia w postępowaniu prowadzącym do podpisania umowy podstawowej. W związku z tym, iż ani zamawiający ani wykonawca biorący udział w postępowaniu na zamówienie podstawowe nie wykryli braków w dokumentacji projektowej zaszła sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia sytuacja, tj. umowa podstawowa nie przewiduje robót związanych z odprowadzaniem wody z sączków usytuowanych na obiektach mostowych”. Ponadto, jak wskazuje zamawiający „wykonanie tych robót stało się możliwe po uzupełnieniu projektu przez jego autora (w ramach bezpłatnego uzupełnienia i poprawienia wad opracowania), co nastąpiło już podczas prowadzenia robót podstawowych”.

Należy stwierdzić, iż niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi mieć charakter obiektywny. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek swych zaniechań, czy też zaniezań powstaje konieczność rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia innego niż pierwotnie zakładany. Nie mamy więc, w powyższej sprawie do czynienia z obiektywną, a tym samym niezawinioną i niezależną od zamawiającego sytuacją. W ocenie Urzędu, prace wskazane w zawiadomieniu powinny być uwzględnione w ramach umowy podstawowej. Fakt nieobjęcia ich zakresem zamówienia podstawowego świadczy o tym, iż we wskazanym stanie faktycznym zamawiający nie działał z należytą starannością określając przedmiot i wartość zamówienia podstawowego.

Ponadto, w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z przyczynami technicznymi czy gospodarczymi, z powodu których oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego rzeczywiście wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, w stosunku do możliwości powierzenia wykonania zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy, jak tego wymaga dyspozycja art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy. W swym zawiadomieniu z dnia 25.04.2008 r. przesłanym do Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający uzasadniał wybór trybu zamówienia z wolnej ręki tym, że „oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, a także spowodowałoby przestój wykonawcy zamówienia podstawowego. Konsekwencje finansowe przestoju byłyby niewspółmiernie wysokie w stosunku do wartości zamówienia dodatkowego”.

Należy wyraźnie odróżnić koszty związane z przestojem wykonawcy zamówienia podstawowego od niewspółmiernie wysokich kosztów związanych z oddzieleniem zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach z dnia 25.04.2008 r. powołał się wyłącznie na wysokie koszty związane z przestojem prac. Tym samym, zamawiający w przedstawionym stanie faktycznym powołał się na przyczyny organizacyjne, które to same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Konsekwencją przeprowadzenia postępowania, w stanie faktycznym nie kwalifikowanym przez ustawę Prawo zamówień publicznych, jako uzasadniającym jego zastosowanie, jest nieważność zawartej po jego przeprowadzeniu umowy, stosownie do art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Powołana norma uzależnia nieważność umowy od naruszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania. Nieważność umowy podyktowana jest zastosowaniem niedopuszczalnego w przedmiotowych okolicznościach trybu udzielenia zamówienia. Błędna decyzja podjęta przez zamawiającego w tej materii skutkowałą naruszeniem przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (poprzez zastosowanie przepisów normujących postępowanie w trybie, nie znajdującym zastosowania w tych okolicznościach).

IV.2.6. Zamawiający: Gmina Bolesławiec,

Przedmiot zamówienia: dodatkowe usługi Inżyniera Kontraktu dla zadań nr 5 i 6 na roboty budowlane ujęte w projekcie „Oczyszczanie ścieków w Bolesławcu”,

Wartość zamówienia dodatkowego: 400.816,85 zł (91.364,68 euro),

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp

Projekt Funduszu Spójności nr 2001/PL/16/P/PE/026.

W dniu 9 grudnia 2004 r., pomiędzy Gminą Miejską Bolesławiec a Société Anonyme Francaise d'Etudes et de Gestion SAFEGE - Lider Konsorcjum i Baltic Project Consulting – Partner Konsorcjum, została zawarta umowa na usługi Inżyniera Kontraktu i pomoc techniczną dla PIU w Bolesławcu dla projektu pn.: „Oczyszczanie ścieków w Bolesławcu”. W załączniku nr II – Zakres zadań, w pkt 1.2, wskazano iż planowane przedsięwzięcie może być podzielone na trzy główne komponenty, zadania:

- Kontrakt na roboty I: modernizacja oczyszczalni ścieków w Bolesławcu oraz budowa nowoprojektowanej części osadowej;
- Kontrakt na roboty II: budowa i remont kanalizacji w mieście Bolesławiec;
- Kontrakt na roboty III: budowa i remont kanalizacji w Gminie Wiejskiej Bolesławiec.

Natomiast w załączniku nr III – Organizacja i metodologia, w pkt 1.2 – opisie prac wskazano, że „...przedmiotem danego kontraktu są usługi wykonywane przez Konsultanta jako Inżyniera Kontraktu, pokrywające zarządzanie oraz nadzorowanie trzech kontraktów na wykonanie prac, realizowanych w ramach projektu, w kooperacji z Instytucją Kontraktującą oraz Jednostką Wdrażającą, jak również dostarczenie pomocy technicznej PIU...”. Zakres prac przypisanych dla poszczególnych kontraktów został wyszczególniony w pkt 1.2.1 niniejszego załącznika.

W dniu 24 sierpnia 2007 r., pomiędzy Gminą Miejską Bolesławiec a konsorcjum Société Anonyme Francaise d'Etudes et de Gestion SAFEGE i Baltic Project Consulting, została zawarta umowa na dodatkowe usługi Inżyniera Kontraktu dla zadań nr 5 i 6 na roboty budowlane ujęte w projekcie pn.: „Oczyszczanie ścieków w Bolesławcu”.

Przedmiot niniejszej umowy został określony jako wykonywanie na rzecz zamawiającego usługi inżyniera kontraktu dla następujących zadań ujętych w projekcie:

- Kontrakt nr 5 – Modernizacja części mechanicznej oczyszczalni ścieków;
- Kontrakt nr 6 – Modernizacja kanalizacji ogólnospławnej w ulicy Kilińskiego w Mieście Bolesławiec.

W ramach powyższych kontraktów przewidziano odpowiednio następujący zakres prac:

- Kontrakt nr 5: przebudowę budynku krat i wymianę urządzeń, budowę nowych piaskowników, modernizację stacji dozowania soli żelaza (PIX-u), budowę punktu zlewowego ścieków dowożonych;
- Kontrakt nr 6: modernizacja uszkodzonego odcinka kanalizacji w ulicy Kilińskiego w Bolesławcu wraz z przypięciem istniejących przyłączy z budynków i istniejących wypustów drogowych.

W dniu 16 lipca 2007 r. kierownik zamawiającego zatwierdził wniosek o ustalenie trybu zamówienia publicznego, określający tryb prowadzenia niniejszego postępowania na zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Do wniosku dołączono uzasadnienie przemawiające za zastosowaniem powyższego trybu. Zamawiający wyjaśniał, iż „...realizując Projekt FS, po rozstrzygnięciu, w 2004 r. przetargów na wykonawstwo robót, uzyskał oszczędności z tytułu zaistniałych różnic pomiędzy kwotami zakontraktowanymi a planowanymi. Fakt ten stworzył możliwość wystąpienia do Komisji Europejskiej, w 2005 r., o modyfikację memorandum finansowego polegającą na rozszerzeniu Projektu o dodatkowe kontrakty na roboty i wydłużenie terminu realizacji Projektu. Pozytywną decyzję Komisji

Europejskiej uzyskano 18 grudnia 2006 r. Wprowadzone do projektu 2 nowe kontrakty na roboty wymagają zapewnienia przez zamawiającego obsługi Inżyniera Kontraktu.”

Okoliczności związane z możliwością wykonania dodatkowego zakresu robót w ramach udzielonych środków z Funduszu Spójności oraz konieczność zlecenia dodatkowej usługi Inżyniera Kontraktu, zdaniem zamawiającego, nie były możliwe do przewidzenia na etapie udzielania zamówienia podstawowego. Ponadto, udzielenie zamówienia dotychczasowemu wykonawcy zapewni sprawniejsze egzekwowanie odpowiedzialności za uzyskanie i utrzymanie parametrów oczyszczania ścieków. Jeden z dwóch dodatkowych kontraktów na roboty dotyczy wykonania modernizacji części mechanicznej oczyszczalni ścieków, która w połączeniu z częścią ściekową i osadową, realizowanymi w ramach I fazy Projektu, sfinalizuje proces modernizacji oczyszczalni jako całości i będzie ostatnim elementem wpływającym na efekt ekologiczny Projektu.

Zdaniem zamawiającego „... oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów związanych z przygotowaniem postępowania przetargowego, przygotowaniem ofert przez wykonawców, zapoznania się ich ze stanem i efektem dotychczasowej modernizacji oczyszczalni ścieków oraz organizacją miejscowego biura Inżyniera...”.

W dniu 17 marca 2008 r. zamawiający sporządził dodatkowe uzasadnienie dla wyboru Inżyniera Kontraktu w trybie zamówienia z wolnej ręki. W powyższym uzasadnieniu zamawiający wskazuje na fakt, że zamówienie podstawowe obejmuje wykonanie usług Inżyniera kontraktu i Pomocy technicznej dla PIU w zakresie całego Projektu, a nie dla poszczególnych kontraktów oraz, że w ramach usług podstawowych pomocy technicznej inżynier zobowiązany jest, między innymi, do dokonania rozliczenia oraz sporządzenia raportu końcowego dla Projektu (jako całości tzn. z 2 dodatkowymi kontraktami na roboty) i nie ma podstaw do dzielenia w tym zakresie zamówienia podstawowego. Ponadto, zamawiający stwierdza, że przytoczenie przesłanki o „niewspółmiernie wysokich kosztach”, z którymi wiązałoby się oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego nie jest oparte na wyliczeniach, jednak zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 wystarczające jest spełnienie jednej z przesłanek wymienionych pod literami a i b.

Możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wskazanych poniżej okoliczności, zwanych dalej przesłankami obligatoryjnymi:

- 1) wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy,
- 2) przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane,
- 3) zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,
- 4) wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,

5) wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego.

6) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Spełnienie przez zamawiającego ww. przesłanek nie powoduje jeszcze jednak, iż może on udzielić zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki. Muszą bowiem w danym stanie faktycznym zachodzić również okoliczności wymienione w lit. a) lub lit. b) artykułu 67 ust. 1 pkt 5.

Z analizy dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynika, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 67 ust.1 pkt 5 ustawy. Zamawiający nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, iż wykonanie zamówienia podstawowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Przedmiotem zamówienia podstawowego było świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu i pomoc techniczna dla PIU w Bolesławcu dla projektu pn.: „Oczyszczanie ścieków w Bolesławcu.”

Jak wyjaśnia zamawiający możliwość udzielenia zamówień na dodatkowe roboty budowlane na zadania nr 5 i 6 powstała w wyniku uzyskania „oszczędności” z tytułu zaistniałych różnic pomiędzy kwotami zakontraktowanymi a planowanymi w związku z

realizacją inwestycji. Udzielenie nowych zamówień skutkowało koniecznością zapewnienia dla nich obsługi ze strony Inżyniera Kontraktu. Należy zatem uznać, że wykonanie zamówienia dodatkowego (dodatkowe usługi Inżyniera Kontraktu dla zadań nr 5 i 6) nie jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, obejmującego zarządzenie oraz nadzorowanie trzech kontraktów na wykonanie prac, realizowanych w ramach projektu pn.: „Oczyszczanie ścieków w Bolesławcu”. Zamawiający bowiem pierwotnie zakładał wykonanie inwestycji nie obejmującej robót zleconych na podstawie kontraktów 5 i 6. Z powyższego wynika, że realizacja tych robót nie była konieczna dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, a tym samym nadzór nad ich wykonaniem także nie może być uznany za niezbędny do realizacji zamówienia podstawowego. W świetle powyższego świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla zadań nr 5 i 6 jest w istocie nowym zamówieniem, które może być wykonane odrębnie od zamówienia podstawowego.

Usługi świadczone w ramach kontraktu pn. „Dodatkowe usługi Inżyniera Kontraktu dla zadań nr 5 i 6 na roboty budowlane ujęte w projekcie pn.: „Oczyszczanie ścieków w Bolesławcu” – nie są zatem zamówieniem dodatkowym realizowanym w ramach zamówienia na „Usługi Inżyniera Kontraktu i pomoc techniczną dla PIU w Bolesławcu dla projektu pn.: „Oczyszczanie ścieków w Bolesławcu”. Nie są to bowiem usługi, których nie można oddzielić od zadania podstawowego.

Reasumując, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie. Oznacza to, że umowa zawarta w niniejszej sprawie jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy, ponieważ zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy.

IV.2.7. Zamawiający: Gmina Parzęczew

Przedmiot zamówienia: „Multikulturalne miejsce spotkań w Centrum Odnowy Wsi w Parzęczewie” – roboty dodatkowe

Wartość zamówienia podstawowego: 515 513,00 zł (127 387,81 euro)

Wartość zamówienia dodatkowego: 92 985,93 zł (21 195,79 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp

Projekt SPO „Restrukturyzacja i modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich 2004 - 2006”

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2006 r. sporządził protokół konieczności na okoliczność wystąpienia robót dodatkowych na budowie „Multikulturalnego miejsca spotkań w Centrum Odnowy Wsi w Parzęczewie” w części dobudowanej i istniejącej oraz w związku z wydzieleniem garażu z sali widowiskowej obiektu. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, stwierdzając w pkt 3 druku ZP-2, że powodem zastosowania zamówienia z wolnej ręki było „udzielenie dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 20% wartości realizowanego zamówienia niezbędnych do jego prawidłowego wykonania”.

W art. 10 ustawy został określony zamknięty katalog trybów, w których może być udzielone zamówienie publiczne. Jednocześnie – w myśl art. 10 ust. 1 ustawy – zasadą jest, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Oznacza to, iż podmiot udzielający zamówienia powinien stosować przede wszystkim te tryby. W uzasadnionych przypadkach, ale tylko w okolicznościach przewidzianych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy), zamawiający może korzystać z innych trybów udzielania zamówień. Ponadto, zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zastosowanie trybów niekonkurencyjnych, a więc

także trybu zamówienia z wolnej ręki, dopuszczalne jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach, które muszą być interpretowane w sposób ścisły.

Art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy w brzmieniu obowiązujących w dniu wszczęcia niniejszego postępowania umożliwi udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy udziela się temu samemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień publicznych dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, nie przekraczających łącznie 20% 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.

Ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Udzielenie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego. Konieczność jego udzielenia musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji podstawowego zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Zamówienie dodatkowe będzie występowało zawsze wtedy, kiedy bez jego wykonania niemożliwym będzie zrealizowanie zamówienia podstawowego. Sytuacja ta nie powinna być jednak wynikiem zaniedbań lub niestaranności zamawiającego. Nie będzie zatem zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego¹¹.

W toku niniejszego postępowania kontrolnego zamawiający nie udowodnił, iż wykonanie przedmiotowego zamówienia stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia. Przede wszystkim należy zauważyć, że – jak wskazuje sam zamawiający w Protokole konieczności z dnia 22 sierpnia 2006 r. w odniesieniu do robót wykonanych na części dobudowanej, „wykonanie robót dodatkowych spowodowane jest nieuwzględnieniem w przedmiarze robót następujących elementów wynikających z projektu budowlanego lub sztuki budowlanej:

1. dostarczenie i montaż schodów strychowych jednobiegowych wyciąganych w klasie EI30,
2. montaż wkładów kominowych z blachy kwasoodpornej – 9 mb,
3. montaż kraty okiennej zabezpieczającej luksfery – 1,35 m²,
4. wbudowanie siatki wzmacniającej podłoże pod płytki podłogowe terrakoty na parterze – 124,20 m².

Ponadto ustalono zmianę technologii tynków wewnętrznych i zewnętrznych: tynki wewnętrzne gipsowe (mechaniczne) oraz tynki zewnętrzne akrylowe na tynkach kat. III.”

Z kolei roboty w części istniejącej zamawiający pismem z dnia 22 września 2008 r. uzasadniał:

- 1) koniecznością wzmocnienia podłoża betonowego ułożonego na gruncie, aby nie dopuścić do jego pęknięć, a w konsekwencji pęknięć płytek podłogowych w trakcie użytkowania (wbudowanie siatki wzmacniającej podłoże pod płytki podłogowe z terrakoty);
- 2) koniecznością dostosowania elewacji tej części do części nowowynbudowanej (wykonanie tynków zewnętrznych akrylowych w części istniejącej);
- 3) wykorzystaniem istniejącej mocy kotła z pomieszczeń OSP (montaż grzejników stalowych i rurociągów miedzianych);
- 4) zabezpieczeniem przed nadmiernymi stratami ciepła przez zużytą technicznie stolarkę drewnianą użytą przez ok. 30 lat (wymiana stolarki okiennej i drzwiowej w pomieszczeniach OSP).

Wreszcie, jeśli chodzi o „wydzielenie garażu z zaplecza istniejącej sali widowiskowej”, przesłanką do zastosowania zamówienia z wolnej ręki w przekonaniu zamawiającego było

¹¹ Wyrok NSA z dnia 22 marca 2000 r. sygn. akt II SA 2169/99

otrzymanie przez OSP w Parzęczewie samochodu ratowniczo - gaśniczego przekazanego przez Zarząd Główny Związku Ochotniczych Straży Pożarnych, którego odbiór nastąpił w dniu 20 grudnia 2005 r. Konieczność budowy garażu została zgłoszona we wniosku Walnego Zgromadzenia. Ponadto fakt, że nowy pojazd był garażowany poza jednostką OSP powodował utrudnienia przy akcjach ratowniczo – gaśniczych. Pozwolenie na wykonanie robót budowlanych związanych z przystosowaniem zaplecza sali widowiskowej Domu Kultury na garaż uzyskano w dniu 14 sierpnia 2006 r. W powyższych okolicznościach w przekonaniu zamawiającego, wprowadzenie dodatkowego wykonawcy spowodowałoby poniesienie znacznych kosztów niewspółmiernych do wartości zamówienia (kosztorys inwestorski – 50 974,83 zł netto), związanych z wydzieleniem dwóch odrębnych placów budów w istniejącym budynku przy równoległym wykonywaniu robót.

Reasumując, w wyjaśnieniach przesłanych do UZP zamawiający podnosił, że od wykonania części robót dodatkowych było uzależnione wykonanie zamówienia podstawowego, natomiast część robót dodatkowych oddzielonych od zamówienia podstawowego wymagałaby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów.

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień należy zauważyć, że przede wszystkim nie została spełniona przesłanka nieprzewidywalności wykonania robót dodatkowych. Należy bowiem zauważyć, że w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy mowa jest nie o okolicznościach, których zamawiający nie przewidział na etapie planowania zamówienia podstawowego, ale o okolicznościach niemożliwych wcześniej do przewidzenia, czyli takich których mimo zachowania należytej staranności nie można było przewidzieć. Z wyjaśnień zamawiającego nie wynika, że miały miejsce takie okoliczności, które uniemożliwiały mu przewidzenie konieczności wykonania ww. robót dodatkowych.

Przykładowo, nie można uznać, że zamawiający nie był w stanie przewidzieć:

- że źródłem ciepła w budynku jest lokalny piec olejowy, wskutek czego brak wkładów kominowych z blachy kwasoodpornej spowoduje korozję kominów wykonanych z cegły pełnej (robotą dodatkową był montaż wkładów);
- że budynek stoi blisko drogi o dużym natężeniu ruchu, co naraża elewację na znaczne obciążenie kurzem i spalinami (robotą dodatkową było wykonanie tynków zewnętrznych akrylowych);
- że w tylnej ścianie obiektu znajduje się otwór, który umożliwia włamanie, a ponadto, że w budynku zostanie umieszczonych 20 terminali komputerowych (robotą dodatkową był montaż kraty okiennej);
- że w pomieszczeniach OSP będzie następować utrata ciepła (robotą dodatkową była wymiana stolarki okiennej i drzwiowej)
- że dochodzić może do pęknięć płytek podłogowych (robotą dodatkową było wzmocnienie podłoża betonowego siatką).

Ponadto, w odniesieniu do „wydzielenia garażu z zaplecza istniejącej sali widowiskowej” należy podnieść, że pierwotne zamówienie nie przewidywało konieczności wydzielenia garażu dla odebranego w dniu 20 grudnia 2005 r. samochodu ratowniczo – gaśniczego OSP, tym samym, jego wydzielenie nie jest niezbędne do zrealizowania zamówienia podstawowego. Wobec powyższego, wydzielenie garażu (co zostało oszacowane przez zamawiającego na kwotę 50 974,83 zł), stanowi w istocie nowe zamówienie, które mogło być wykonane odrębnie od zamówienia podstawowego. Argument, że „wprowadzenie nowego wykonawcy spowodowałoby poniesienie znacznych kosztów, niewspółmiernych do wartości zamówienia) jest w tej sytuacji argumentem chybionym. Przede wszystkim wskazać należy, iż prace związane z realizacją tego zadania inwestycyjnego nie są zamówieniem dodatkowym realizowanym w ramach zamówienia na „Multikulturalne miejsce spotkań w Centrum Odnowy Wsi w Parzęczewie”, lecz są typowymi robotami ogólnobudowlanymi, niedającymi podstaw do twierdzenia, że nie można oddzielić ich od zadania podstawowego. Skoro bowiem pierwotnie obiekt mógł być rozbudowany i wyremontowany bez wydzielenia garażu, to brak jest podstaw do stwierdzenia, że obecnie jest to niezbędne do zrealizowania inwestycji.

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z

wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie. Oznacza to, że umowa zawarta w niniejszej sprawie jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy, tj. zamawiający dokonał wyboru oferty z rażąco naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy.

IV.2.8. Zamawiający: Gmina Oława

Przedmiot zamówienia: roboty dodatkowe polegające na budowie kotłowni olejowej w wielofunkcyjnej świetlicy wiejskiej z zapleczem socjalnym w Godzikowicach

Wartość zamówienia podstawowego: 1 169 980,00 zł. (278 506,99 euro)

Wartość zamówienia dodatkowego: 84 016,29 zł. (19 151,19 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp

Projekt SPO „Restrukturyzacja i modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich 2004 - 2006”, projekt nr SPO/2.3/95.

W dniu 25 kwietnia 2007 r. zamawiający sporządził protokół konieczności nr 1/2007 dotyczący wykonania robót dodatkowych w wielofunkcyjnym obiekcie wraz z zapleczem socjalnym położonym w miejscowości Godzikowice. Zgodnie z powyższym protokołem, zakres prac wyszczególniony w umowie podstawowej należało pomniejszyć o wykonanie kotłowni węglowej a wartość umowy pomniejszyć o roboty związane z jej budową. Na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 5 lit. a) ustawy postanowiono przeprowadzić postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki i oddzielną umową zlecić temu samemu wykonawcy prace budowlane związane z budową i zmianą technologii kotłowni. Dla uzasadnienia powyższych czynności wskazano: pismo mieszkańców miejscowości Godzikowice oraz opinię projektanta przemawiającą za zmianą technologii kotłowni węglowej na olejową.

Zarządzeniem nr 81/2007 z dnia 25 kwietnia 2007 r. Wójt Gminy Oława „kierując się prośbą mieszkańców m. Godzikowice złożoną w formie prośby, po przeprowadzeniu rozmowy z Radą Sołecką i dokonaniu analizy porównawczej kotłowni węglowej w stosunku do proponowanej kotłowni olejowej” postanowił zmienić technologię kotłowni węglowej na olejową.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż w dniu 8 maja 2007 r. został podpisany aneks nr 1 zmieniający postanowienia umowy Nr 2222/104/2006 z dnia 12 września 2006 r. Ww. aneks zgodnie z § 1, wprowadzał do umowy następujące zmiany:

1. Z przedmiotu umowy na str. 2 i str. 4 skreślono wyrazy „i kotłownię na paliwo stałe”;
2. Skreślono ze str. 3 „1 359 111,66 PLN” a wprowadzono: „1 331 171,52 PLN”.
Skreślono z § 5 „1 359 111,66 zł” a wprowadzono: „1 331 171,52”.
Skreślono z § 5 „245 085,71 zł” a wprowadzono „240 047,33 zł”.
Skreślono z § 5 „1 114 025,95 zł” a wprowadzono „1 091 124,20 zł”.
3. Wprowadzono nowy harmonogram w miejsce poprzedniego.

W dniu 9 maja 2007 r. została zawarta umowa (Nr 2222/31/2007) pomiędzy Gminą Oława a Zakładem Budowlanym Benedykt Koźbiał na budowę kotłowni olejowej.

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie dodatkowego zamówienia publicznego przy realizacji zamówienia na budowę kotłowni olejowej w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 a) ustawy zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po pierwsze, w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z przyczynami technicznymi czy gospodarczymi, z powodu których oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego rzeczywiście wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, w stosunku do możliwości powierzenia wykonania zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy, jak tego wymaga dyspozycja art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy. Zamawiający wyjaśnia jedynie, że wyłączenie kotłowni węglowej z zakresu podstawowego i powierzenie wykonania kotłowni olejowej innemu wykonawcy wiązałoby się z roszczeniami finansowymi wykonawcy robót podstawowych, który w dalszym ciągu zgłaszał gotowość wykonania kotłowni węglowej. Ponadto, zamawiający uzasadnia

skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki sytuacją na rynku wykonawców i problemami z wyłonieniem wykonawcy zamówienia podstawowego (dla podstawowego zamówienia zamawiający był zmuszony przeprowadzić 3 postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, co przedłużyło podpisanie umowy o ok. pół roku i groziło nie wyłonieniem wykonawcy robót w wymaganym terminie i utratą dofinansowania). Należy wyraźnie odróżnić wyżej podane przyczyny od „niewspółmiernie wysokich kosztów związanych z oddzieleniem zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego”. Podane przez zamawiającego argumenty nie są wypełnieniem tej ustawowej przesłanki.

Dalej zamawiający wyjaśnia, że głównym aspektem nieprzewidywalności przy wyborze art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a ustawy był nieoczekiwany protest mieszkańców w fazie wykonawstwa robót budowlanych, który wymusił zmianę rodzaju kotłowni ogrzewającej obiekt, pomimo wcześniejszego zaakceptowania koncepcji i rozwiązań funkcjonalnych obiektu w fazie jego projektowania. Zamawiający nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, iż wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi mieć charakter obiektywny. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek pewnych zaniechań, zaniedbań w rozpoznawaniu zakresu czy charakteru prac powstaje konieczność wykonania innego zakresu czy zmiany elementów niż pierwotnie zakładane. Nie mamy w powyższej sprawie do czynienia z obiektywną a tym samym niezawinioną i niezależną od zamawiającego sytuacją. Należy stwierdzić, iż w wskazanym stanie faktycznym zamawiający nie działał z należytą starannością określając przedmiot i wartość zamówienia podstawowego.

Powyższe uzasadnia fakt, że zamawiający dopiero w fazie wykonawstwa robót podstawowych powziął wiedzę i przekonanie, że kotłownia olejowa będzie bardziej ekonomiczna i sprzyjająca środowisku. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach kierowanych do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego z dnia 17 lipca 2007 r. wywodzi, że „w sytuacji niemożności wykonania kotłowni węglowej – protesty mieszkańców, pozostawienie obiektu bez kotłowni spowodowałoby nieoddanie obiektu do użytkowania. Zmiana technologii kotłowni na olejową była niezbędna do prawidłowego funkcjonowania całego obiektu i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. (...). W swoim pierwotnym zamierzeniu obiekt miał być używany poza okresem zimowym. Na okres przejściowy jesienny i wiosenny, w którym przewidywano nieliczne imprezy, zaplanowano ogrzewanie budynku korzystając z kotłowni węglowej. (...). Z chwilą rozpoczęcia robót budowlanych na obiekcie, zwiększyło się zainteresowanie mieszkańców tą inwestycją. (...). W związku z powyższym sala byłaby wykorzystywana w całym roku a nie tylko w sezonie rozgrywek piłkarskich”. Miało to spowodować zmianę technologii kotłowni.

Reasumując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 a) ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia zamówienia w tym trybie. Oznacza to, iż umowa w przedmiotowej sprawie jest nieważna (art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy).

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, iż w ww. piśmie do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego z dnia 17 lipca 2007 r. zamawiający wyjaśniał także, że „ustawa Prawo zamówień publicznych nie wypowiada się wprost w kwestii robót zamiennych – z jakimi mamy tutaj do czynienia, odsyłając w art. 139 do przepisów kc poprzez art. 648 stanowiący, że zmiana dokumentacji poprzedzającej powstanie i zdefiniowanie robót zamiennych musi być traktowana jako zmiana umowy i tym samym podlegać warunkom określonym w art. 144 ustawy. Zamówienia na roboty zamienne traktuje się analogicznie do robót dodatkowych, z tym że udzielenie zamówienia dodatkowego na roboty zamienne poprzedzone być musi (tak jak w tym przypadku – aneksem) zmianą umowy podstawowej polegającą na wyłączeniu z niej zakresu robót, które nie zostaną wykonane (kotłownia węglowa). Zamówienie dodatkowe to zamówienie nie przewidziane w siwz – w tym przypadku kotłownia olejowa”.

Odnosząc się do powyższego przekonania zamawiającego, należy podkreślić, że w odróżnieniu od udzielenia zamówienia dodatkowego, wykonanie robót zamiennych nie może wykraczać poza przedmiot pierwotnego zamówienia. Roboty zamienne charakteryzują się bowiem tym, iż wykonawca zamówienia podstawowego zobowiązuje się do jego wykonania w sposób odmienny od określonego w umowie. W wyniku wykonania robót zamiennych nie dochodzi do rozszerzenia określonego w ofercie przedmiotu zamówienia, są one bowiem wykonywane w miejsce robót pierwotnie zakładanych. Wykonanie robót zamiennych ma służyć usprawnieniu procesu budowy lub ulepszeniu realizowanego zamówienia jedynie poprzez zmianę sposobu spełnienia określonego świadczenia. Zamówienia na roboty zamienne traktuje się analogicznie do robót dodatkowych a ocena dopuszczalności ich zlecenia powinna być dokonana w świetle art. 144 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Zmiana umowy jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy spełniona jest przynajmniej jedna z następujących przesłanek: wprowadzenie zmian jest konieczne i wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy albo zmiany są korzystne dla zamawiającego. Zmiana umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w zakresie robót zamiennych będzie zasadniczo zmianą w stosunku do treści oferty.

Za zmiany korzystne uznać należy wszelkiego rodzaju nowe postanowienia, które wzmacniają pozycję zamawiającego jako wierzyciela z tytułu świadczenia niepieniężnego (np. wydłużenie okresu rękojmi, skrócenie terminu wykonania zamówienia, obniżenie ceny, podwyższenie kar umownych). Analogicznie należy postrzegać zmiany, które prowadzą do wzmocnienia jego pozycji, jako dłużnika z tytułu świadczenia pieniężnego (np. wydłużenie terminu zapłaty, obniżenie odsetek za zwłokę, obniżenie wskaźników waloryzacyjnych). Zmianami korzystnymi będą również zmiany wzmacniające pozycję procesową zamawiającego w przypadku sporu dotyczącego umowy w sprawie zamówienia publicznego (np. wprowadzenie umownej właściwości sądu właściwego według siedziby zamawiającego).

Odnosząc się do drugiej z przesłanek uzasadniających zmianę umowy o zamówienie publiczne, należy zauważyć, iż przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne. Obowiązek przewidywania takich zdarzeń przez strony zawierające umowę powinien być postrzegany w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować - w świetle art. 355 Kodeksu cywilnego - dłużnik. Niemożność przewidzenia okoliczności powodujących konieczność zmiany umowy powinna być oceniana także z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności konkretnego zamawiającego oraz wykonawcy, będącego - co do zasady - przedsiębiorcą. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia mogą być jednak uznane m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekonunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów.

Inaczej przedstawia się występujące w kontrolowanej sprawie zagadnienie dopuszczalności zlecenia robót zamiennych polegających na zastosowaniu droższych materiałów z jednoczesnym podwyższeniem wynagrodzenia wykonawcy przyznanego mu w umowie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że zmniejszenie zakresu umowy podstawowej o budowę kotłowni węglowej zawartym w dniu 8 maja 2007 r. aneksem istotnie zmniejszyło cenę o 27 940,14 zł. Jednakże umową z dnia 9 maja 2007 r. zawartą w wyniku postępowania na budowę kotłowni olejowej ustalono wynagrodzenie wykonawcy na kwotę 100 478,96 zł. Tym samym w wykonaniu tych 2 umów zamawiający wydał o 72 538,82 zł więcej niż wydałby budując kotłownię węglową.

Zasadniczo podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy nie jest korzystne dla zamawiającego. Na tle art. 144 ust. 1 powstaje jednak wątpliwość, czy „korzyść”, o której jest mowa w tym przepisie odnosi się tylko do wymiaru ekonomicznego, czy też chodzi w tym przepisie o „korzyść” w sensie bilansu uwzględniającego wzrost wynagrodzenia wykonawcy w perspektywie innych korzyści będących następstwem zmiany umowy, takich jak: oszczędność w eksploatacji, wzrost efektywności, poprawa estetyki, polepszenie warunków pracy pracowników oraz komfortu klientów. Na podobne przyczyny (techniczne, eksploatacyjne, ekologiczne i finansowe) powołuje się także zamawiający w swoich wyjaśnieniach przedstawiając tytułem dowodu „Analizę porównawczą kotłowni w Godzikowicach – gmina Oława, pod względem technicznym, eksploatacyjnym, ekologicznym i finansowym” sporządzoną w lutym 2008 r. przez IME Consulting. W opracowaniu tym stwierdza się m. in., że „pomimo znacznego nakładu inwestycyjnego w stosunku do kotłowni węglowej kotłownia olejowa w perspektywie 15 lat eksploatacji jest ekonomicznie korzystniejszym rozwiązaniem. Kotłownia olejowa ma pełną automatyzację procesu spalania i nie wymaga jakiegokolwiek obsługi poza okresowymi przeglądami serwisu. Ponadto zastosowana technologia zmniejsza sumaryczny ładunek zanieczyszczeń odprowadzanego do środowiska o ok. 45 MG/a emisji w stosunku do kotłowni węglowej oraz eliminuje powstanie odpadu w ilości ok. 5 MG/a”.

Niezależnie jednak od powyższego należy zauważyć, że wybór korzystnych z punktu widzenia wielu kryteriów rozwiązań powinien nastąpić na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko w jego ramach zamawiający ma możliwość porównania ofert konkurujących ze sobą wykonawców. W tym kontekście sformułowanie „korzystne zmiany” należy odnosić do najkorzystniejszej oferty wybranej w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Trzeba również mieć pewność, iż zmiana umowy czyni ją korzystniejszą w stosunku do wybranej oferty. Z całą pewnością sytuacja ta zachodzi w przypadku zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy. Nie można jednak mieć tej pewności w przypadku zmiany umowy poprzez dopuszczenie zastosowania innych materiałów i technologii za równoczesnym podwyższeniem wynagrodzenia wykonawcy. Gdyby bowiem zamawiający przewidywał zastosowanie tych materiałów i technologii w przeprowadzonym postępowaniu, to mogłyby wpłynąć oferty, umożliwiające zawarcie umowy na korzystniejszych warunkach, niż przewidziane w umowie aneksowanej na podstawie art. 144 ust. 1 Pzp.

Należy również podnieść, iż dopuszczenie możliwości zmiany umowy z powołaniem się na to, że jest ona korzystna w subiektywnym odczuciu zamawiającego (np. poprawia estetykę, zwiększa komfort obsługi użytkowników), przekreślałoby faktycznie zakaz zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający mógłby w każdym czasie dojść do przekonania, iż zmiana jest dla niego korzystna z uwagi na dowolnie przez siebie wskazane przyczyny. Pozwalałoby to zamawiającemu od nowa uzgadniać z wykonawcą szczegóły wykonania zamówienia oraz związanego z tym podwyższenia przysługującego mu wynagrodzenia.

Mając więc na uwadze, iż zmiana postanowień umowy o zamówienie publiczne ma charakter wyjątkowy należy uznać, iż sformułowanie „korzystne zmiany” należy interpretować ściśle oraz odnosić wyłącznie do obiektywnych i pewnych korzyści zamawiającego w stosunku do wybranej oferty, a nie oceniać w kontekście kryteriów, warunków i wymagań, których zastosowanie mogłoby zmienić wynik poprzedzającego zawarcie umowy postępowania służącego do wyłonienia wykonawcy.

Zamawiający w przekazanych wyjaśnieniach wskazuje, że okolicznością niemożliwą do przewidzenia był nieoczekiwany protest mieszkańców w fazie wykonania robót budowlanych, co wymusiło zmianę technologii kotłowni. Na potwierdzenie powyższych okoliczności zamawiający przedłożył pismo podpisane przez 17 mieszkańców miejscowości Godzikowice. Jak wskazano wcześniej pod pojęciem okoliczności nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne. Zamawiający mając na względzie przeznaczenie obiektu powinien wcześniej – na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego - dokonać wyboru odpowiedniej technologii grzewczej budynku. Wzrost zainteresowania mieszkańców Godzikowic realizowaną na ich terenie inwestycją i ich

chęć wykorzystania obiektu także w sezonie grzewczym nie są okolicznościami, których zamawiający w żadnej mierze nie mógł przewidzieć. Należy również nadmienić, iż zamiana technologii nie była niezbędna z punktu wykonania zamówienia, która obejmowała także uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Z dokumentacji niniejszego postępowania przekazanej przez zamawiającego wynika, iż żadna z przesłanek wskazana w przepisie art. 144 ust 1, umożliwiająca zmianę zawartej umowy, nie została spełniona. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia podstawowego powinien przewidzieć konieczność zastosowania innych technologii, korzystniejszych z punktu widzenia zamawiającego. Należy jeszcze raz podkreślić, że na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy nie można dokonywać zmian, które prowadziłyby w rzeczywistości do udzielenia nowego zamówienia. Tym samym, nie jest możliwym rozszerzenie zakresu zamówienia bądź znaczna zmiana jego przedmiotu (określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) skutkująca tym, iż mielibyśmy do czynienia z nowym zamówieniem w porównaniu do pierwotnie udzielonego. W przypadku, gdy zamawiający dokonuje zmiany określonego w umowie przedmiotu zamówienia, mamy do czynienia już z nowym zamówieniem, które powinno zostać udzielone zgodnie z procedurami prawa zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego należy uznać, że zamawiający zawierając w dniu 9 maja 2007 r. umowę na budowę kotłowni olejowej po dokonaniu w tym samym dniu aneksem zmniejszenia zakresu zamówienia podstawowego na budowę świetlicy wiejskiej wraz z zapleczem socjalnym wiejskiej drużyny piłkarskiej w miejscowości Godzikowie o budowę kotłowni węglowej uchybił także dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy. Należy zatem stwierdzić, że zmiana umowy dokonana z naruszeniem powyższego przepisu jest nieważna na podstawie art. 144 ust. 2 ustawy.

IV.2.9. Zamawiający: Gmina Sosnowiec,

Przedmiot zamówienia: zamówienia uzupełniające do przebudowy drogi krajowej nr 79 na terenie Sosnowca,

Wartość zamówienia podstawowego: 12.430.481,15 zł (3.071.681,61 euro)

Wartość zamówień uzupełniających: 233.000,00 zł (53.111,46 euro),

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp

Projekt SPOT nr SPOT/2.2/63a/04.

W ramach przedmiotowej inwestycji zamawiający udzielił pięciu zamówień w trybie z wolnej ręki. W przesłanej dokumentacji tychże postępowań, zamiennie używał pojęć „zamówienie dodatkowe” i „zamówienie uzupełniające”. W piśmie z dnia 23.06.2008 r. zamawiający stwierdził, że tylko jedno postępowanie - w wyniku którego została zawarta umowa nr WIM. 3420 – 108 – 605/06 dotyczyło udzielenia zamówienia dodatkowego. Pozostałe zamówienia dotyczyły robót uzupełniających.

Odnosnie pierwszego zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki, w wyniku którego strony zawarły umowę nr WIM. 3420– 86 – 418/06, w protokołach konieczności napisano m.in.

- Protokół nr 4/D/06 „na remontowanym obiekcie mostowym przez gminę Mysłowice, oznakowanie poziome wykonywane jest w technologii grubowarstwowej, aby ujednolicić od strony Sosnowca należy oznakowanie cienkowarstwowe ujęte w dokumentacji zamienić na grubowarstwowe. Zakres pozostaje niezmienny, tj. 566,78 m². Do wykonania robót będzie zastosowana masa termoplastyczna wymagająca specjalistycznego sprzętu, ponieważ jest rozkładana na gorąco”,
- Protokół 2/S „właściciel budynku przy ul. Powstańców 2 zgłosił (pismo z dnia 23.03.2006 r.), że jego budynek jest sukcesywnie zalewany przez ścieki sanitarne podczas większych opadów deszczu, kiedy kanalizacja ogólnospławna jest przepełniona. (...) Przyjęto rozwiązanie projektowe podłączenia bezpośredniego budynku nr 2 do studni S-3 (wg rozwiązania

projektowego) na kolektorze głównym. Rozwiązanie to zostało uzgodnione z RPWiK (...)

- Protokół nr S/3 „W trakcie prowadzenia robót kanalizacyjnych i wodociągowych stwierdzono, że część budynków, które są usytuowane przy bocznych uliczkach, które dochodzą do ul. Orłąt Lwowskich nie jest podłączona do kanalizacji. Ponieważ inwestycja jest objęta pięcioletnim okresem gwarancji zdecydowano wykonać przyłącza sanitarne poza pas jezdni i chodnika, zakończone studnią, aby umożliwić w przyszłości podłączenie budynków bez naruszania jezdni.(...)”

Wprowadzone zmiany spowodowały wzrost kosztów łącznie o 215 000 zł.

Odnosnie drugiego zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki, w wyniku którego strony zawarły umowę nr WIM. 3420 – 107 – 567/06, w protokole konieczności napisano m.in. „(...) zachodzi konieczność przepięcia budynków mieszkalnych na tym odcinku do nowego wodociągu oraz przebudowy węzła zasów w ul. Żeglarskiej. Roboty te nie zostały ujęte w dokumentacji technicznej.”

Wprowadzone zmiany spowodowały wzrost kosztów o 18 000 zł.

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania, 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 20% 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu w niej określonego. Aby określone zamówienie na roboty budowlane mogło zostać uznane za zamówienie uzupełniające musi zatem m.in. być przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego i polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju robót, co roboty objęte zamówieniem podstawowym. Robotami uzupełniającymi nie są zatem takie roboty, których wykonania zamawiający nie planował na etapie udzielenia zamówienia podstawowego i których konieczność wykonania pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia podstawowego.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego oraz wyżej przytoczoną treść protokołów konieczności należy stwierdzić, że roboty te nie mogą być uznane za roboty uzupełniające. Za roboty takie nie można uznać przepięcia budynków mieszkalnych do nowego wodociągu (umowa nr WIM. 3420 – 107 – 567/06), które – jak wskazano w protokole konieczności – „nie zostały ujęte w dokumentacji technicznej”. Podobnie rzecz się ma z ww. robotami udzielonymi na podstawie umowy nr WIM. 3420– 86 – 418/06. Nie można bowiem uznać, że wykonanie oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej było przewidziane w specyfikacji zamówienia podstawowego i jest powtórzeniem robót polegających na wykonaniu tego oznakowania w technologii cienkowarstwowej. Wykonanie przyłączy sanitarnych dla części budynków mieszczących się przy bocznych ulicach od ul. Orłąt Lwowskich, czy podłączenie jednego z budynków do studni również nie zostało przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Roboty te zamawiający zlecił w związku z okolicznościami powstałymi w trakcie realizacji zamówienia podstawowego, tj. z uwagi na technologię wykonania oznakowania poziomego sąsiedniej inwestycji lub w związku z potrzebami zgłoszonymi przez mieszkańców na etapie realizacji zamówienia.

Roboty, o których mowa powyżej mogły być zatem przewidziane na etapie przygotowania zamówienia podstawowego i zostać wykonane w ramach umowy podstawowej z wykonawcą. Ewentualnie roboty te mogłyby zostać zlecone jako zamówienie dodatkowe, jeżeli zamawiający byłby w stanie udowodnić, że zachodziły przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, tj. m.in. że roboty te byłyby konieczne do wykonania zamówienia podstawowego i nie można ich było wcześniej przewidzieć. W przedmiotowej sprawie jednakże zamawiający sam w piśmie z dnia 23.06.2008 r. stwierdził, że poza umową

nr WIM. 3420 – 108 – 605/06, w trybie z wolnej ręki udzielał zamówień uzupełniających. Niezależnie od tego trudno też uznać, że wykonanie oznakowania w technologii grubowarstwowej było niezbędne do realizacji zamówienia podstawowego, a konieczności przyłączenia określonych budynków do kanalizacji lub wodociągu nie można było przewidzieć.

W związku z powyższym ww. robót nie można zakwalifikować ani jako zamówienia uzupełniające ani jako zamówienia dodatkowe. Tym samym, jeżeli zdaniem zamawiającego zachodziła potrzeba ich udzielenia, powinny one zostać udzielone w trybie konkurencyjnym, nie zaś w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Z uwagi na fakt, że nie zachodziły przesłanki udzielenia ww. zamówień na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, należy uznać, że w związku z rażącym naruszeniem przez zamawiającego ww. przepisów, zachodzi nieważność umowy nr WIM. 3420 – 107 – 567/06 w całości oraz umowy nr WIM. 3420– 86 – 418/06 w części, w jakiej dotyczy ona robót, dla których sporządzono protokoły konieczności nr 4/D/06 z dnia 5 maja 2006 r., nr 2/S z dnia 26.04.2006 r. oraz nr 3/S z dnia 11 lipca 2006 r.

IV.2.10. Zamawiający: Gmina Ujazd

Przedmiot zamówienia: zakup wyposażenia Samodzielnego Publicznego Gminnego Zespołu Ochrony Zdrowia w Ujeździe wraz z dostawą i montażem,

Wartość zamówienia: 234.300,00 zł (53.407,80 euro)

Tryb: zapytanie o cenę

Projekt ZPORR, Priorytet 3 – „Rozwój lokalny”, działanie 3.5 „Lokalna infrastruktura społeczna”, poddziałanie 3.5.2. „Lokalna infrastruktura ochrony zdrowia”.

Przedmiotem kontrolowanego postępowania na zakup wyposażenia Samodzielnego Publicznego Gminnego Zespołu Ochrony Zdrowia przy ul. Parkowej w Ujeździe wraz z dostawą i montażem, był następujący sprzęt medyczny: pakiet do sterylizacji – 2 szt., inhalator pneumatyczny z wykorzystaniem wibroaerozoli – 1 szt., spirometr pełnozakresowy – 1 szt., nebulizator – 1 szt., elektroniczna waga ze wzrostomierzem – 1 szt., fotel ginekologiczny – 1 szt., aparat do koagulacji – 1 szt., aparat do kriochirurgii – 1 szt., aparat do krioterapii – 1 szt., pipeta automatyczna 1000 mikrolitrów – 1 szt., stoper elektroniczny – 1 szt., pipeta automatyczna 100 mikrolitrów – 1 szt., mikroskop – 1 szt., przyrząd do mieszania zawiesin krwi – 1 szt., unit stomatologiczny – 2 szt., aparat do terapii ultradźwiękowej – 1 szt., aparat do laseroterapii – 1 szt. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku 2 do siwz. Opisując poszczególne przyrządy zamawiający posługiwał się opisem „nie gorsze niż” i podawał konkretne parametry.

Zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie w trybie zapytania o cenę w oparciu o art. 70 ustawy. Wskazany przepis w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania, umożliwia zamawiającemu udzielenie zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Zamawiający uzasadniając wybór trybu zapytania o cenę odwołuje się do wykładni językowej normy art. 70 oraz uzupełniająco do jej wykładni funkcjonalnej. W opinii zamawiającego sformułowanie, iż dostawy i usługi muszą być „powszechnie dostępne” oznacza, że muszą być one łatwo i relatywnie szybko osiągalne dla ogółu, dla wszystkich. Chodzi tu o takie produkty lub usługi, które pospolicie, powszechnie występują w obrocie gospodarczym nie tylko na rynku usług i dóbr dnia codziennego, ale także takie, które są powszechne i dostępne na danym rynku specjalistycznym. Produkty takie odniesione do rynku, na którym odbywa się obrót nimi, muszą wykazywać cechę łatwej, niesprawiającej problemów dostępności. Zamawiający podkreśla, że w celu zbadania występowania przesłanki „powszechnej dostępności” trzeba zbadać możliwości realizacji zamówienia przez podmioty prowadzące działalność na danym rynku, a więc ilość tych podmiotów, ich możliwości produkcyjne, czas oczekiwania na realizację zamówienia. Zamawiający

przyznaje, iż fakt, że dany produkt lub usługa jest dostępna dla wszystkich bez licencji, koncesji czy zezwoleń nie musi automatycznie oznaczać, że są one „powszechnie dostępne”, jednak brak ograniczeń administracyjnych jest w jego opinii jedną z przesłanek przyczyniających się do uznania, że dany produkt lub usługa jest powszechnie dostępna.

W celu potwierdzenia tej opinii zamawiający powołuje się na pismo wyłonionego w drodze postępowania wykonawcy – Spółki „MEDART-BIS”, w którym wykonawca wskazuje, że realizując zamówienie korzystał z ogólnie dostępnej oferty producentów i importerów sprzętu medycznego na rynku polskim oraz, że dostarczony sprzęt nie był ulepszany oraz poprawiany i jest on powszechnie dostępny w wersji katalogowej.

W oparciu o powyższe stanowisko wykonawcy oraz opinie radców prawnych zamawiający interpretuje *ratio legis* regulacji trybu zapytania o cenę jako wprowadzenie uproszczonego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla nieskomplikowanych dostaw i usług zaspokajających zwykłe, nieskomplikowane potrzeby zamawiających, odnosząc te cechy również do dostaw i usług o charakterze specjalistycznym. Zdaniem zamawiającego poziom skomplikowania dostaw i usług należy badać w kontekście potrzeb zamawiającego i rynku na jakim działa. Sformułowanie „ustalone standardy jakościowe” oznacza w jego opinii, iż dostawa lub usługa ma być przeciętnego typu, być przeciętnego, średniego gatunku, odpowiadać typowym, przeciętnym wymaganiom, przy czym „przeciętność” oceniać się powinno według cech odrębnie występujących dla każdego rodzaju produktu, czy usługi zgodnie z utartymi zwyczajowo normami w danych stosunkach.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy podstawowymi trybami udzielania zamówień są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Natomiast pozaprzetargowe tryby udzielania zamówień stanowią wyjątki od trybu przetargowego i przepisy normujące przypadki, w których mogą być stosowane nie powinny być poddawane wykładni rozszerzającej. W związku z powyższym pojęcie „usług i dostaw powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych” należy interpretować literalnie, jako definicję dóbr powszechnie dostępnych, takich, które są w stanie zaspokoić potrzeby wszystkich kategorii odbiorców, posiadających jasno określone, łatwe do zweryfikowania standardy jakościowe. Niedopuszczalne jest rozszerzanie wskazanego pojęcia na produkty specjalnego przeznaczenia, dostępne wyłącznie na rynkach specjalistycznych, takich jak wyroby medyczne. Jak bowiem przyznano w jednej z opinii przedstawionej przez zamawiającego sprzęt ten jest sprowadzany na zamówienie, a jego montaż wymaga posiadania konkretnych umiejętności. Nie można zatem uznać, że są to produkty typowe, o ustalonych parametrach jakościowych, łatwe do porównania z wyrobami innych producentów. Taka rozszerzająca interpretacja przepisów ustawy dotyczących trybów konkurencyjnych mogłaby grozić naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy.

Reasumując należy uznać, że zamawiający udzielając zamówienia w trybie zapytania o cenę naruszył art. 70 ustawy, co skutkuje nieważnością umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy, ponieważ wybór oferty nastąpił z rażącym naruszeniem ww. przepisu.

IV.3. Naruszenia dotyczące oceny ofert.

IV.3.1. Zamawiający: Powiat Wrocławski

Przedmiot zamówienia: przebudowa polegająca na modernizacji drogi powiatowej P1938D, II etap modernizacja drogi powiatowej wraz z odwodnieniem i kładką dla pieszych w Gminie Św. Katarzyna,

Wartość zamówienia: 1 787 438, 52 zł (441 691,84 euro)

Data wszczęcia postępowania: 18 listopada 2005 r.

Projekt ZPORR, działanie 3.1., projekt nr Z/2.02/III/3.1/535/04.

W niniejszym postępowaniu zamawiający wymagał załączenia do oferty formularza kwalifikacyjnego zawierającego m. in. rubrykę - podwykonawcy (nazwa i adres podwykonawcy, opis robót przewidzianych dla podwykonawcy oraz doświadczenie wykonawcy w wykonywaniu podobnych robót).

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, iż z uwagi na fakt, że firma „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych wskazała w swojej ofercie jako podwykonawcę firmę Kolbet Sp. z o.o., zamawiający zwrócił się w dniu 14.02.2006 r. o wyjaśnienia do firmy Kolbet Sp. z o.o., czy wyraziła zgodę na udział w postępowaniu w charakterze podwykonawcy i na złożenie wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających ich przygotowanie do wykonania zamówienia w ofercie firmy Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych.

Firma Kolbet Sp. z o.o. złożyła oświadczenie następującej treści: „Niniejszym oświadczamy, że firma nasza nie składała firmie „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych oferty na podwykonawstwo na wykonanie robót mostowych w ramach ww. postępowania o zamówienie publiczne. W związku z powyższym nie czujemy się zobowiązani do występowania jako podwykonawca na okoliczność udzielenia zamówienia publicznego firmie „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych. Posługiwanie się przez firmę „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych naszymi dokumentami (kosztorysem ofertowym, uprawnieniami zawodowymi kierownika robót mostowych, dokumentem przynależności kierownika robót mostowych do Okręgowej Izby Budownictwa, dokumentami stwierdzającymi doświadczenie zawodowe kierownika robót mostowych, KRS firmy) w ww. postępowaniu jest nieuprawnione”.

W dniu 15.02.2006 r. firma „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych została poinformowana o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, tj. ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W dniu 16.02.2006 r. zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty ww. wykonawcy z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego należy stwierdzić, co następuje:

W stanie prawnym obowiązującym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania, zgodnie z treścią art. 36 ust. 3 ustawy, zamawiający miał obowiązek żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Należy wskazać, iż użycie w art. 36 ust. 3 ustawy wyrażenia „zamierza” dla określenia stosunku wykonawcy do ewentualnego podwykonawcy części zamówienia wskazuje na hipotetyczną możliwość powierzenia podwykonawcy części zadania wynikającego z zawartej z wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak określenia, iż wykonawca ma obowiązek wskazania części zamówienia, którą powierzy podwykonawcy, świadczy o niezobowiązującym charakterze takiej zapowiedzi i nie rodzi po stronie wykonawcy obowiązku powierzenia wykonania tej części zamówienia podwykonawcy (może ją wykonać sam), a tym bardziej – nie rodzi obowiązku powierzenia wykonania części zamówienia konkretnemu, imiennie wskazanemu, podwykonawcy.

Wykonawca wskazuje w ofercie część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy, natomiast nie wskazuje samego podwykonawcy. Na tym etapie postępowania podwykonawca nie jest jeszcze zindywidualizowany. Ewentualne imienne określenie podwykonawcy w ofercie nie ma żadnego wpływu na ocenę wykonawcy oraz jego oferty, gdyż co do zasady, wykonawca sam musi spełniać warunki udziału w postępowaniu. Weryfikacji takiej w żadnej mierze nie może podlegać podwykonawca, a dokonany przez wykonawcę wybór konkretnego podwykonawcy nie może skutkować pozytywną bądź negatywną oceną wykonawcy. Nie ma też przeszkód, by różni wykonawcy składający w postępowaniu oferty wskazali w nich tego samego podwykonawcę jako podmiot, któremu zamierzają powierzyć wykonanie części zamówienia.

W konsekwencji nie ma podstaw, by wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2, ponieważ przepis ten przewiduje wykluczenie wykonawcy pod warunkiem, że podanie przez niego nieprawdziwej informacji będzie miało wpływ na wynik postępowania. W omawianej sytuacji nie można uznać, że złożenie nieprawdziwej informacji odnośnie podwykonawcy ma wpływ na wynik postępowania, skoro wskazanie konkretnego

podwykonawcy nie ma charakteru wiążącego na tym etapie postępowania i wykonawca może następnie wskazać innego podwykonawcę.

Należy bowiem podkreślić, iż na etapie zawierania i wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego zastosowanie będą miały przepisy kodeksu cywilnego, do których wprost odsyłają art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 351 Kodeksu cywilnego, wierzyciel (zamawiający) może żądać osobistego świadczenia dłużnika (wykonawcy) tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia. W przypadku posłużenia się podwykonawcami, wykonawca ponosi – na podstawie art. 474 Kodeksu cywilnego – odpowiedzialność jak za własne działania lub zaniechania za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Kwestię stosunków między inwestorem, wykonawcą a podwykonawcą robót budowlanych reguluje art. 647¹ Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, inwestor i wykonawca ustalają w umowie o roboty budowlane zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców, przy czym na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą wymagana jest zgoda inwestora. Inwestor może w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, zgłosić sprzeciw lub zastrzeżenia. Sprzeciw inwestora wyrażony wobec umowy zawartej z podwykonawcą powoduje jej bezwzględną nieważność, a wyrażony wobec projektu powoduje wyłączenie możliwości przekształcenia go w skuteczną umowę.

Należy także stwierdzić, że przepisy Prawa zamówień publicznych, jak również przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy nie przewidują, aby zamawiający mógł żądać od podwykonawcy złożenia oświadczenia, że zgadza się uczestniczyć w procesie inwestycyjnym objętym postępowaniem o zamówienie publiczne. Należy zatem stwierdzić, iż w sytuacji żądania powyższego oświadczenia przez zamawiającego, jego niezłożenie albo też zanegowanie faktu zgłoszenia jako podwykonawcy nie powinno powodować ujemnych skutków prawnych dla wykonawcy. Przepisy Prawa zamówień publicznych, w szczególności przepis art. 24 ustawy, nie łączą bowiem z brakiem tego oświadczenia obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne.

W dniu 15.02.2006 r. firma „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych została poinformowana o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, tj. ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a konkretnie wskazanie jako podwykonawcy firmy Kolbet Sp. z o.o. Jeszcze raz należy podkreślić, iż wykluczenie „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych jest niezgodne z ustawą, która nie dopuszcza możliwości weryfikacji podwykonawców. Wpisanie przez wykonawcę jako podwykonawcy konkretnej firmy (żądanie czego było sprzeczne z obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania art. 36 ust. 3 ustawy) i oświadczenie tej firmy o braku wyrażenia zgody na podwykonawstwo dla „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych nie może być podstawą do wykluczenia wykonawcy. W szczególności nie można uznać, że złożenie nieprawdziwych informacji co do tożsamości podwykonawcy mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż weryfikacji powinien podlegać wykonawca, zaś podmiot pełniący funkcję podwykonawcy może zostać zmieniony. Tym samym należy uznać, iż zamawiający wykluczając ww. wykonawcę naruszył dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, iż w kontrolowanym postępowaniu złożono 4 oferty, przy czym po zasadnym odrzuceniu dwóch, pozostałe prezentowały się następująco:

1. „Remdro” Sp. z o.o. Wrocław – cena 1 757 251,67zł brutto;
 2. „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych Wrocław – cena 1 514 453,91 zł brutto.
- Jedynym kryterium oceny ofert była cena (waga: 100%).

Wobec wykluczenia z postępowania wykonawcy „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych, zamawiający w dniu 20.03.2006 r. zawarł umowę Nr SP.DT.3421.P1N – 47/2005 w sprawie niniejszego zamówienia z wykonawcą „Remdro” Sp. z o.o. Wrocław, którego oferta była droższa o 242 797,76 zł.

Wobec niezasadności wykluczenia „Dolbud – System” Zakład Robót Budowlanych należy stwierdzić, iż umowa w sprawie niniejszego zamówienia powinna być zawarta z tymże wykonawcą. W związku z tym ww. umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna na podstawie art. 145 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, bowiem zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia, które miało wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ udzielono zamówienia wykonawcy, którego oferta nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

IV.3.2. Zamawiający: Gmina Sosnowiec

Przedmiot zamówienia: Przebudowa drogi krajowej Nr 79 na terenie Sosnowca,

Wartość zamówienia: 12.430.481,15 zł (3.071.681,61 euro)

Data wszczęcia postępowania: 21 czerwca 2005 r.

Projekt SPOT nr SPOT/2.2/63a/04.

Zamawiający w pierwotnym brzmieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby wykonawca wraz z ofertą przedstawił oryginał lub kopię informacji z banku potwierdzającą wielkość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, chyba, że informacja bądź zaświadczenie zawiera datę potwierdzającą ich ważność (załącznik do oferty). Zamawiający nie wskazał, w jakiej wysokości wykonawca powinien posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową.

Przed terminem składania ofert jeden z wykonawców zadał zamawiającemu pytanie: *„Jaka wysokość środków finansowych wg zamawiającego jest wystarczająca do realizacji przedmiotowego zadania? Czy zaświadczenie musi potwierdzać również zdolność kredytową i w jakiej wysokości?”*. Zamawiający w piśmie z dnia 08.08.2005 r. udzielił następującej odpowiedzi: *„zgodnie z projektem umowy § 19 pkt 1 i 2 wykonawca jest zobowiązany przedstawić w ofercie informację z banku potwierdzającą wysokość posiadanych przez wykonawcę środków, lub posiadać zdolność kredytową zapewniającą finansowanie realizacji robót w okresie pierwszych 3 miesięcy”*.

Należy zauważyć, że w § 19 pkt 1 i 2 projektu umowy uregulowane zostały zasady płatności wartości faktur. Jedynie w § 21 zawarto następujący zapis: *„Przed rozpoczęciem lub w toku realizacji robót na żądanie zamawiającego wykonawca ma obowiązek przedstawienia mu zaświadczenia banku dotyczącego jego stanu finansowego”*. Zapis w projekcie umowy nie wskazywał zatem, że posiadana przez wykonawcę zdolność kredytowa lub środki finansowe mają odpowiadać kwocie zapewniającej finansowanie realizacji robót w okresie pierwszych 3 miesięcy. Tym samym pierwotna treść specyfikacji, w której zamawiający nie sformułował w ogóle warunku dotyczącego wysokości zdolności kredytowej lub środków finansowych została zmodyfikowana w ten sposób, że został postawiony warunek wskazujący, iż wysokość ta ma zapewniać finansowanie realizacji inwestycji przez pierwsze 3 miesiące.

Niezależnie od powyższego w pierwotnej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający żądał od wykonawców przedstawienia polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, a także świadectw kwalifikacyjnych pracownika dozoru „D” i pracowników „E”. Jak wynika z rozdziału VIII pkt 1.2 siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca *„dysponował przynajmniej po 1 osobie, posiadającej potwierdzenie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji kierowniczych w specjalnościach i zakresach, pozwalających zgodnie z przepisami prawa budowlanego zrealizować przedmiot zamówienia.”* Na potwierdzenie powyższego zamawiający wymagał

(rozdział IX pkt. 10 siwz) przedłożenia wykazu „kadry kierowniczej, niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia wraz z niezbędnymi uprawnieniami budowlanymi oraz poświadczeniem przynależności do izby inżynierów budownictwa oraz świadectwa kwalifikacyjne pracownika dozoru „D” i pracowników „E”, które będą stanowić załączniki nr 6.1.”

Następnie rozstrzygając protest (pismo z dnia 15.07.2005 r.), zamawiający odstąpił od wymogu dostarczenia świadectwa kwalifikacyjnego pracownika „E”, utrzymał natomiast w mocy wymóg dostarczenia świadectwa kwalifikacyjnego pracownika dozoru „D”.

Ostatecznie pismem z dnia 29.07.2005 r. zamawiający poinformował wykonawców o konieczności modyfikacji siwz. Zmodyfikowany dokument, przesłany wykonawcom w dniu 04.08.2005 r. zawierał m.in. wykreślony fragment dotyczący dokumentów, jakie wykonawcy muszą przedstawić na potwierdzenie spełniania warunków tj. „kadry kierowniczej, niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia wraz z niezbędnymi uprawnieniami budowlanymi oraz poświadczeniem przynależności do izby inżynierów budownictwa oraz świadectwa kwalifikacyjne pracownika dozoru „D” i pracowników „E”, które będą stanowić załączniki nr 6.1.”, a także wykreślone zdanie o konieczności przedstawienia polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż zamawiający zrezygnował z wymogu przedstawienia przez wykonawców dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie, jak też świadectw kwalifikacyjnych „D” i „E”. Powyższa rezygnacja stanowiła modyfikację specyfikacji w zakresie sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu.

Co do zasady zamawiający może dokonać modyfikacji treści siwz. Możliwość modyfikacji, przewidziana w art. 38 ustawy, podlega jednak ograniczeniom co do okoliczności (szczególnie uzasadnione przypadki), czasu (przed upływem terminu do składania ofert) oraz zakresu. Art. 38 ust. 5 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania, stanowi bowiem generalny zakaz wprowadzania zmian treści siwz odnoszących się do kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia.

Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu modyfikacja siwz dotyczyła zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie wysokości środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz sposobu oceny spełniania warunków w zakresie dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie i świadectw kwalifikacyjnych „D” i „E”, należy stwierdzić, iż zamawiający dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 38 ust. 5 ustawy.

W przypadku warunku dotyczącego zdolności finansowej wykonawcy należy dodatkowo zaznaczyć, że jego modyfikacja miała wpływ na wynik postępowania, ponieważ z powodu niespełnienia tego warunku zamawiający wykluczył z postępowania dwóch wykonawców, których oferty zarówno pod względem ceny, jak i terminu wykonania zamówienia, były korzystniejsze od oferty wykonawcy, z którym zawarto umowę. Tym samym gdyby zamawiający nie postawił tego warunku w ramach modyfikacji siwz, Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich S.A. – Holding oraz konsorcjum Energopol, nie musiałyby zostać wykluczone z postępowania i nie doszłoby do zawarcia umowy z konsorcjum Eurovia, które złożyło ofertę o ok. 3 mln zł droższą od ww. wykonawców i z dłuższym terminem realizacji zamówienia. Z powyższego wynika, że modyfikacja siwz w zakresie warunku finansowego i naruszenie przez zamawiającego art. 38 ust. 5 ustawy miało wpływ na wynik niniejszego postępowania, co skutkuje nieważnością zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Dodatkowo w przedmiotowym postępowaniu zamawiający odrzucił oferty Strabag Sp. z o.o. i Drog-Bud Sp. z o.o., a jako podstawę odrzucenia ww. ofert podał brak świadectwa kwalifikacyjnego pracownika dozoru „D” dla kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych. W pierwotnej wersji siwz zamawiający żądał przedstawienia świadectw „D i E” (pkt IX.10 siwz). Następnie rozpatrując protest Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich S.A. – Holding zamawiający odstąpił od wymogu dostarczenia świadectwa „E”. Należy jednak zauważyć, że przesyłką nadaną w dniu 04.08.2005 r. zamawiający przekazał wykonawcom zmodyfikowaną siwz. W zmodyfikowanej siwz informacje o konieczności dołączenia do oferty kserokopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem

świadczeń kwalifikacyjnych pracownika dozoru „D” i pracowników „E” zostały wykreślone. Była to ostatnia modyfikacja siwz w tym zakresie. Wprawdzie zamawiający nie dostosował specyfikacji w całości do ww. modyfikacji i nie wykreślił konieczności przedstawienia świadectwa kwalifikacyjnego „D” z rozdziału XIV siwz – „Opis sposobu przygotowania oferty”, niemniej jednak modyfikacja specyfikacji świadczyła o zwolnieniu wykonawców z obowiązku przedkładania ww. dokumentu. Nie można także obarczać wykonawców konsekwencjami tego, że zamawiający nie dołożył należytej staranności w zakresie spójnego formułowania wymagań specyfikacji.

Wobec powyższego należy uznać, że wobec faktu zmodyfikowania siwz i wykreślenia z jej treści obowiązku przedstawienia świadectwa kwalifikacyjnego „D”, zamawiający nie miał podstaw, by odrzucić oferty ww. wykonawców. Dodatkowo zamawiający wskazał niewłaściwą podstawę prawną, bowiem odrzucenie ofert może nastąpić wyłącznie z przyczyn wymienionych w art. 89 ust. 1 Pzp o charakterze przedmiotowym, natomiast hipotetyczne niespełnianie przez wykonawcę przesłanek podmiotowych, w tym niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, jest ewentualnie podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 Pzp.

Odrzucenie oferty Strabag Sp. z o.o. nie miało wpływu na wynik postępowania, ponieważ niezależnie od powyższego podlegała ona odrzuceniu z powodu braku części kosztorysu ofertowego. Natomiast oferta Drog-Bud Sp. z o.o. była korzystniejsza od oferty wybranej w świetle kryteriów oceny ofert ustalonych w niniejszym postępowaniu (była o 3.571.089,39 PLN tańsza od wybranej oferty konsorcjum Eurovia zaś termin wykonania zamówienia wskazywała taki sam, jak termin wskazany w wybranej ofercie), co tym bardziej świadczy o niezasadności jej odrzucenia przez zamawiającego i naruszeniu w tym zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że w sytuacji w której oferty odrzucone były, według kryteriów oceny ofert, ofertami korzystniejszymi od oferty uznanej w niniejszym postępowaniu za najkorzystniejszą, w kontrolowanym postępowaniu doszło przy wyborze oferty do rażącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania, a tym samym zawarta w dniu 14.10.2005 r. umowa nr WIM.3410-53/05 jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

IV.3.3. Zamawiający: Gmina Brzesko

Przedmiot zamówienia: pełnienie obowiązków Menadżera Projektu dla zadania pn. „Rozwój gospodarczy Gminy Brzesko” – etap III

Wartość zamówienia: 364.212,00 zł (90.000,00 euro)

Data wszczęcia postępowania: 15 października 2004 r.

Projekt Phare Spójność Społeczna i Gospodarcza 2002, projekt „Rozwój gospodarczy Gminy Brzesko” 2002/000 – 580.06.17.

W odpowiedzi z dnia 8 grudnia 2004r. na pytanie wykonawcy zamawiający doprecyzował wymogi stawiane w specyfikacji konsorcjom, tj. uznał, że:

- 1) każdy z partnerów miał spełniać warunki określone w pkt 8d i 8e siwz (czyli odpowiednio – osiągnąć obroty roczne w wysokości min. 700 000 zł – średnia z ostatnich 3 lat oraz dysponować środkami finansowymi w wysokości nie mniejszej niż 100 000 zł) oraz złożyć załączniki 2, 3 i 3A do siwz (czyli oświadczenia z art. 22, 24 oraz uzupełniające z art. 24 ustawy);
- 2) lider miał spełniać warunek z pkt 8 f, czyli wykonać przynajmniej 2 zadania o podobnym charakterze i wielkości jak przedmiot zamówienia w okresie ostatnich 3 lat (realizacja projektów według procedury Komisji Europejskiej dla programów pomocowych Phare o budżecie min. 2 mln euro każdy);
- 3) konsorcjum wspólnie miało spełniać warunki z pkt 8 c i 8 g (czyli dotyczące zatrudnienia określonego personelu oraz zapewnienia stałego punktu kontaktowego).

Art. 22 ust. 1 ustawy określa warunki, których spełnienie umożliwi wykonawcy ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Katalog określony w powyższym przepisie

wskazuje jedynie ogólne warunki, które muszą spełniać wykonawcy. Zamawiający powinien mieć również na względzie treść art. 23 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy. Z powyższego wynika, że - w przypadku konsorcjum - w celu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i kadrowy, jaki wykazują podmioty tworzące konsorcjum, łączne ich doświadczenie, a także łączną sytuację ekonomiczną i finansową. Dlatego też dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania wystarczające jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu tylko przez jednego (dowolnego) z członków konsorcjum lub przez kilku z nich w różnym zakresie. Zamawiający nie może zatem np. wymagać wyłącznie od lidera konsorcjum posiadania doświadczenia zawodowego w postawionym przez siebie zakresie lub od każdego z członków konsorcjum określonych obrotów, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum – możliwości korzystania z potencjału każdego z członków.

Dodatkowo żądając, aby każdy z członków konsorcjum wykazał średnioroczny obrót w wysokości 700.000 zł, zamawiający doprowadził do sytuacji w której 2 – podmiotowe konsorcjum musiało wykazać obroty w wysokości 1.400.000 zł, 3 – podmiotowe w wysokości 2.100.000 zł, itd. Analogiczna sytuacja dotyczy żądania, aby każdy członek konsorcjum wykazał środki w wysokości 100.000 zł. Takie żądanie stoi w sprzeczności z art. 23 ust. 3, który wprost nakazuje traktować wykonawców występujących wspólnie jak pojedynczego wykonawcę co oznacza, że m.in. nie wolno stawiać im większych wymagań niż pojedynczym wykonawcom.

Tak postawiony warunek finansowy stanowił naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, zaś oba te warunki mogły wpłynąć na ograniczenie konkurencji, a tym samym naruszyć art. 22 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy.

Powyższe potwierdza również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-43/05, w którym Zespół Arbitrów stwierdził, iż *przepis art. 23 ust. 3 ustawy należy traktować jako wskazówkę interpretacyjną świadczącą, iż spełnienia warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp przez konsorcjum należy rozumieć jako łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum. Tylko taka interpretacja, bowiem zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa zgodnie, z którą konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez zamawiającego.*

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia winni być względem siebie komplementarni i spełnienie warunku przez jednego z nich winno być traktowane jako spełnienie warunku przez konsorcjum (wyrok ZA z dnia 28.01.2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-119/05).

Tym samym postawione przez zamawiającego wymogi są sprzeczne z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowią naruszenie art. 23 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy.

Należy jednocześnie zauważyć, że postawiony przez zamawiającego warunek, aby wymagane doświadczenie wykazał lider konsorcjum, w przedmiotowym postępowaniu miał wpływ na jego wynik. Konsorcjum OTS – IP Sp. z o.o. i Dom Inżynierski Promis SA złożyło bowiem najtańszą ofertę, która została przez zamawiającego odrzucona (zamawiający podał przy tym błędną podstawę prawną – art. 89 ust. 1 pkt 2) z uwagi na to, że wykonawca nie uzupełnił dokumentu potwierdzającego wymagane doświadczenie lidera. Należy zauważyć, że drugi z członków konsorcjum spełnił warunek udziału w zakresie doświadczenia, co oznacza, że zamawiający, zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy, nie miał podstaw prawnych, aby tegoż wykonawcę wzywać do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a następnie go wykluczyć (lub błędnie – odrzucić). Zamawiający przy tym podjął taką decyzję mimo pisma ww. wykonawcy z dnia 20 grudnia 2004r., w którym wykonawca poinformował, że rezygnuje z dalszego udziału w postępowaniu z uwagi na tak sformułowany warunek

dotyczący doświadczenia i przedstawił zamawiającemu prawidłową interpretację art. 23 ust. 3 ustawy.

Niezależnie od powyższego w odpowiedzi na ww. pismo wykonawcy, zamawiający podniósł, że „w ofercie nie przedstawiono osoby, która pełniłaby funkcję kierownika zespołu (przedstawiciela Menadżera)”. W tym miejscu należy zauważyć, że w ofercie OTS – IP Sp. z o.o. znajduje się sporządzony przez partnera konsorcjum – Dom Inżynierski „Promis” S.A. wykaz pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia, w którym wskazano m. in. Aleksandra P. jako przedstawiciela inżyniera. Wobec powyższego należy uznać, że ww. argument zamawiającego uzasadniający odrzucenie jego oferty nie był zasadny.

Reasumując: sformułowane przez zamawiającego wymogi, aby każdy z wykonawców występujących wspólnie spełnił warunek dotyczący obrotu, zaś lider konsorcjum spełnił warunek w zakresie doświadczenia, były niezgodne z treścią art. 23 ust. 3 ustawy i naruszały art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy.

Dodatkowo warunek dotyczący wykazania doświadczenia przez lidera Konsorcjum doprowadził w niniejszym postępowaniu do niezasadnego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum OTS – IP Sp. z o.o. i Dom Inżynierski Promis SA i wyboru oferty Citec SA, która była droższa o 65.880 zł. Oznacza to, że naruszenie przez zamawiającego art. 23 ust. 3, art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (poprzez niezasadne odrzucenie oferty Konsorcjum OTS – IP Sp. z o.o. i Dom Inżynierski Promis SA) miało wpływ na wynik omawianego postępowania. Tym samym wskazane powyżej naruszenia skutkują nieważnością umowy z dnia 6 stycznia 2005r., zawartej z Citec SA, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

IV.3.4. Zamawiający: Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Biuro Zamówień

Przedmiot zamówienia: Doradztwo w zakresie przygotowania do realizacji przedsięwzięć z udziałem podmiotów prywatnych oraz nadzoru nad ich realizacją

Wartość zamówienia: 44 308 700 zł (10 100 000 euro)

Data wszczęcia postępowania: 30 listopada 2007 r.

Zamówienie nie finansowane ze środków UE.

1. W tym samym postępowaniu zamawiający w celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału zażądał przedłożenia m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający żądał przedłożenia dokumentów zgodnie z § 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 Nr 87 poz. 605).

W ofercie złożonej przez konsorcjum firm: DEPFA BANK plc (Lider Konsorcjum), Faber Maunsell Polska sp. z o.o., Faber Maunsell Limited, zostało złożone oświadczenie w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, w formie niezgodnej z treścią § 2 ust. 3 Rozporządzenia Prezes Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 Nr 87 poz. 605).

Oświadczenie złożone 7 stycznia 2008 r. przez Pana Kennedy Fletchera D., jako Dyrektora firmy Faber Maunsell Limited, w którym poświadcza, że nie został prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub za inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnianie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, nie zostało złożone w sposób wymagany ww.

rozporządzeniem. Wskazany dokument nie zawiera znamion świadczących o tym, że został wydany przez notariusza, gdyż nie zawiera pieczęci imiennej notariusza oraz pieczęci notarialnej. W dokumencie widnieje jedynie odręczny zapis o treści: „*Allison Elizabeth McMillan, SOLICITOR & NOTARY PRINCES EXCHANGE, 1 EARL GREY STREET, EDYNBURG EH 3 9EE*” oraz czytelny podpis wskazanej osoby.

Z treści § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezes Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 Nr 87 poz. 605) wynika, iż jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa on zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Natomiast jak wynika z § 2 ust. 3 ww. rozporządzenia, jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, m. in. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Złożenie przez wykonawcę konsorcjum firm: DEPFA BANK plc (Lider Konsorcjum), Faber Maunsell Polska sp. z o.o., Faber Maunsell Limited oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy dotyczące Pana Kennedy Fletchera D. nie zostało zatem złożone w formie wskazanej w § 2 ust. 3 ww. rozporządzenia.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożą dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zaniechanie zamawiającego wezwania do uzupełnienia oferty o dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy.

W wyniku przeprowadzenia kontroli uprzedniej w odniesieniu do ww. naruszenia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia oferty konsorcjum firm DEPFA BANK plc (Lider Konsorcjum), Faber Maunsell Polska sp. z o.o., Faber Maunsell Limited w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o dokument dotyczący Pana Kennedy Fletchera D. zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy we wskazanej w ww. rozporządzeniu formie. W przypadku, gdyby wykonawca nie uzupełnił brakującego dokumentu we wskazanym przez zamawiającego terminie, zalecono wykluczenie ww. wykonawcy, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i wybór najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. W tym samym postępowaniu zamawiający w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, żądał aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Do oferty złożonej przez konsorcjum firm: Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), EC Harris Sp. z o.o., DLA Piper UK LLP, DLA Piper Wiater Sp. k., zostały złożone:

- kserokopia potwierdzona za zgodność z oryginałem Odpisu Aktualnego z Rejestru Przedsiębiorców dla Ernst & Young Corporate Finance sp. z o.o.,

- kserokopia potwierdzona za zgodność z oryginałem Odpisu Aktualnego z Rejestru Przedsiębiorców dla EC Harris Sp. z o.o.,
- wyciąg z Rejestru Firm w Wielkiej Brytanii dla DLA Piper UK LLP - wydruk internetowy. U dołu każdej strony wyciągu umieszczono: datę 05.02.2008. i adres strony internetowej:
„http://chd3.companieshouse.gov.uk/04da273dc48fa86a1b2745e02d4a209f/appointme” ,
- kserokopia potwierdzona za zgodność z oryginałem Odpisu Aktualnego z Rejestru Przedsiębiorców dla DLA PIPER WIATER sp. k.

Należy zwrócić uwagę, że wydruki internetowe wyciągów z Rejestru Przedsiębiorców nie są tym samym, co aktualny odpis z właściwego rejestru wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert w zakresie formy dokumentu.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zaniechanie powyższego obowiązku, tj. nie wezwanie przez zamawiającego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie przedstawienia aktualnego odpisu z właściwego rejestru wystawionego przez organ, który taki rejestr prowadzi, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy.

W wyniku przeprowadzenia kontroli uprzedniej w odniesieniu do ww. naruszenia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił zamawiającemu wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oferty konsorcjum firm Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), EC Harris Sp. z o.o., DLA Piper UK LLP, DLA Piper Wiater Sp. k. o dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w postaci aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert wobec wykonawcy DLA Piper UK LLP. W przypadku, gdyby wykonawca nie uzupełnił brakującego dokumentu we wskazanym przez zamawiającego terminie, zalecono wykluczenie ww. wykonawcy, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i wybór najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający - Urząd Miasta Stołecznego Warszawy - wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli, które w zakresie ww. dwóch naruszeń nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu. W związku z powyższym zamawiający wykonał zalecenia pokontrolne.

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

IV.4.1. Zamawiający: Gmina Krośnice

Przedmiot zamówienia: Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej Centrum Edukacyjno-Turystyczno-Sportowego wraz ze schroniskiem młodzieżowym w Krośnicach

Wartość zamówienia: 230 000,00 zł (56 835,03 euro)

Data wszczęcia postępowania: 21 października 2005 r.

Projekt ZPORR Nr Z/2.02/III/3.2/273/04

Jak wynika z dokumentów przekazanych przez zamawiającego, w Części I pkt 3 SIWZ oraz w § 5.1 wzoru umowy zamawiający określił termin wykonania projektów wykonawczych na dzień „do 15 grudnia 2005 r.”

Z kolei w zawartej w dniu 6 grudnia 2005 r. umowie w § 5.1 wpisano termin przekazania zamawiającemu pełnej dokumentacji wykonawczej następująco:

- 1) adaptacja budynku na Centrum Kultury w ramach Centrum Edukacyjno-Turystyczno-Sportowego w Krośnicach – 15 grudnia 2005 r.;
- 2) uzbrojenie terenu dla potrzeb budowy Centrum Edukacyjno-Turystyczno-Sportowego w Krośnicach – 31 grudnia 2005 r.

Dokonaną w powyższy sposób zmianę zapisu umowy zamawiający wyjaśniał następująco: termin 15 grudnia 2005 r. „został określony przez zamawiającego jako beneficjenta z uwzględnieniem planowanego terminu podpisania umów o dofinansowanie z Instytucją Pośredniczącą, które zgodnie z obowiązującym wówczas Podręcznikiem procedur wdrażania ZPORR, powinno nastąpić w terminie 37 dni od podjęcia przez Zarząd Województwa uchwały o dofinansowanie projektów. Wybór projektów przez Zarząd nastąpił:
- 23 czerwca 2005 r. dla Uzbrojenia terenu dla potrzeby budowy Centrum Edukacyjno-Turystyczno-Sportowego,
- 2 sierpnia 2005 r. dla Adaptacji budynku na Centrum Kultury w ramach Centrum Edukacyjno-Turystyczno-Sportowego.

Podpisanie umów z Instytucją Pośredniczącą nastąpiło dopiero w dniu 25 listopada 2005 r. (...).” Zdaniem zamawiającego nieprzewidziane przesunięcie tego terminu wymusiło zmianę terminu podpisania umowy z wykonawcą, a co za tym idzie – zmianę terminu wykonania jej przedmiotu w części dotyczącej dokumentacji projektowej wykonawczej dla zadania Uzbrojenie terenu dla potrzeby budowy Centrum Edukacyjno-Turystyczno-Sportowego. Wg zamawiającego powyższa zamiana gwarantowała wykonanie umowy i zapobiegała odstąpieniu wykonawcy od realizacji przedmiotu umowy.

Ponadto, jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed podpisaniem umowy wprowadził zmiany w zakresie § 11 projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ. W pierwotnym brzmieniu § 11 pkt 3a projektu umowy zamawiający określił karę za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy na kwotę 100 000,00 zł., jednocześnie przewidując karę za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy w wysokości 15% wartości przedmiotu umowy. Jak wyjaśnia zamawiający w piśmie z dnia 3 lipca 2008 r., „Z powyższych zapisów wynikało, że przy wartości brutto przedmiotu umowy 268 400,00 zł, wykonawca zapłaciłby niższą karę za odstąpienie od umowy, nie wykonując przedmiotu zamówienia, niż gdyby wykonał go z opóźnieniem (choćaby jednodniowym). Zatem ekonomicznie korzystniejsze dla wykonawcy byłoby odstąpienie od umowy i zapłata kary w wysokości 40 260 zł, niż wykonanie przedmiotu umowy z opóźnieniem. Ta nieracjonalność zapisów umowy została przez zamawiającego skorygowana na etapie jeszcze przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą – z uwzględnieniem treści art. 140 ustawy Prawo Zamówień Publicznych”. Zważywszy na „nieracjonalność” powyższych zapisów, zamawiający wprowadził korektę, zmieniając § 11 pkt 3a projektu umowy poprzez wprowadzenie kary za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,3% wartości ustalonego w umowie wynagrodzenia netto, za każdy dzień opóźnienia. Zdaniem zamawiającego powyższą zmianę należy traktować jako korzystną ponieważ dawała większą gwarancję na wykonanie przedmiotu umowy, poprzez odrzucenie ewentualności odstąpienia od wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę nawet w przypadku minimalnych opóźnień z jego strony.

Poza tym, należy zauważyć, iż zamawiający w Części I pkt 6.5 siwz zawarł warunek, aby wykonawca ubiegający się o wykonanie zamówienia prowadził działalność związaną z projektowaniem obiektów kubaturowych przez okres co najmniej 3 lat.

Odnosnie sformułowanego przez zamawiającego warunku prowadzenia działalności związanej z projektowaniem obiektów kubaturowych przez min. 3 lata, należy przede

wszystkim podkreślić, że nie istnieją w ustawie Prawo zamówień publicznych i aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie przepisy ograniczające wykonawcom działającym krócej niż 3 lata możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne. Ustawodawca wskazał jedynie, że dokumenty potwierdzające warunki dotyczące doświadczenia (ale tylko w przypadku dostaw i usług) oraz sytuacji ekonomicznej wykonawcy (odnośnie sprawozdań finansowych) mają obejmować dane z ostatnich 3 lat (lub z okresu nie dłuższego niż 3 lata dla sprawozdań finansowych), ale w obu tych przypadkach również wyraźnie wskazał, że jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – dane te mogą pochodzić z krótszego okresu prowadzenia działalności. Takie uregulowania jednak w żaden sposób nie odnoszą się do konieczności prowadzenia przez wykonawcę działalności przez określony czas i nie dają zamawiającemu podstawy do ustanawiania takich ograniczeń, a co za tym idzie – uniemożliwiania potencjalnym wykonawcom, prowadzącym określoną działalność przez okres krótszy niż 3 lata, ubiegania się o zamówienie.

Dla oceny opisywanego stanu faktycznego, podstawowe znaczenie ma określona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców. Pierwsza z nich oznacza, że zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby poszanowane zostało prawo innych podmiotów do swobodnego udziału w postępowaniu w charakterze wykonawców. Zasada ta również oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo wykonawcy do podjęcia decyzji o złożeniu oferty w przedmiocie zamówienia i rozpatrzenia jej na takich samych zasadach jak oferty innych wykonawców. Z zasady tej płynie także obowiązek niepodejmowania przez zamawiającego jakichkolwiek działań, które mogłyby wpływać na zakłócenie uczciwej konkurencji. Podobny cel służy wyartykułowanej zasadzie równego traktowania wykonawców, która to zasada ma charakter komplementarny w stosunku do poprzedniej. Egzemplifikację zasady równego traktowania będzie więc stanowił wymóg równego traktowania wykonawców w takich samych okolicznościach. Uprzywilejowywanie jednej kategorii wykonawców w stosunku do pozostałych zawsze będzie stanowiło naruszenie jej reguł, a tym samym oznaczać będzie dyskryminację określonej kategorii podmiotów, która tym samym pozbawiona zostanie możliwości udziału w zamówieniu, czy też rozstrzygnięcia w oparciu o obiektywne kryteria. Na etapie przygotowywania zamówienia, zamawiający powinien więc tak skonstruować zapisy siwz, aby w żaden sposób nie dopuścić do naruszenia wymienionych wcześniej zasad.

Ww. zasady odnoszą się m.in. do warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z treści art. 22 ust. 2 ustawy, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, np. wymogu prowadzenia działalności związanej z projektowaniem obiektów kubaturowych przez min. 3 lata. Określone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności danego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Każde odstępianie od naczelných zasad udzielania zamówień, poprzez formułowanie warunków nadmiernych należy uznać za naruszenie obowiązujących przepisów.

Zmiana przez zamawiającego terminu realizacji zamówienia i wysokości kar umownych po wyborze najkorzystniejszej oferty i przed zawarciem umowy mogła wpłynąć na ograniczenie uczciwej konkurencji. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy zamawiający może dokonać modyfikacji siwz, np. w zakresie kar umownych czy terminu wykonania zamówienia. Zgodnie jednak z przepisami obowiązującymi w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, zamawiający miał obowiązek przekazać dokonaną na tym etapie postępowania modyfikację wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację, a zatem wszystkim tym – którzy wyrazili zainteresowanie udziałem w postępowaniu. Modyfikacja siwz w trybie art. 38 ust. 4 ustawy zapewniałaby zatem zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Inaczej rzecz się ma w przypadku zamiany wysokości kar umownych i terminu wykonania zamówienia po wyborze najkorzystniejszej oferty. Na tym etapie

potencjalni wykonawcy nie mają możliwości zadawania pytań i zgłaszania protestów do treści siwz, nie są także informowania o jej ewentualnych zmianach. Prowadzi to do sytuacji, w której potencjalni wykonawcy rezygnują z udziału w postępowaniu znając m.in. wymogi dotyczące kar umownych czy terminu realizacji zamówienia i nie wiedząc, że po wyborze oferty wymogi te zostaną zmienione. W ten sposób dochodzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (także potencjalnych) wykonawców.

Dodatkowo w niniejszym postępowaniu uniemożliwiono dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy prowadzili działalność przez okres krótszy niż 3 lata. Warunek ten, nieprzewidziany i niedopuszczalny w myśl art. 22 ust. 1 i 2 ustawy, również ograniczył uczciwą konkurencję. Przy czym, stosownie do art. 38 ust. 5 ustawy, warunek ten nie mógłby zostać zmieniony na żadnym etapie postępowania.

O wpływie tak sformułowanych przez zamawiającego zapisów siwz w zakresie warunku prowadzenia działalności min. 3 lata, kar umownych i terminu wykonania zamówienia, na ograniczenie uczciwej konkurencji może świadczyć fakt, że w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę. Jak wynika natomiast z dokumentacji postępowania, 3 wykonawców zwróciło się z wnioskiem o przekazanie siwz (Prana Group, BIODOM Sp. z o. o., Gazoprojekt S.A.).

Wobec powyższego należy podnieść, że ww. zapisy siwz utrudniły uczciwą konkurencję, a więc naruszały postanowienia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy i miały wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że umowa zawarta w niniejszej sprawie jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, ponieważ w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy oraz doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

IV.4.2. Zamawiający: Gmina Kampinos

Przedmiot zamówienia: Wykonanie elewacji wraz z dociepleniem budynku socjalno-sportowego na stadionie w Kampinosie.

Wartość zamówienia: 56 664,40 zł (13 464,85 euro)

Data wszczęcia postępowania: 14 kwietnia 2006 r.

Projekt SPO „Restrukturyzacja i Modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich 2004-2006” w zakresie działania „Odnowa wsi oraz zachowanie dziedzictwa kulturowego”.

W art. III siwz zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest „wykonanie ocieplenia wraz z tynkowaniem piętrowego budynku zaplecza sportowego na stadionie w miejscowości Kampinos. Ocieplenie należy wykonać metodą lekką „ATLAS STOPTER”.

Art. 29 ust. 1 ustawy, nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Wyjątek dopuszczający odmienny – od uregulowanego w art. 29 ust. 1 ustawy – opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został określony w art. 29 ust. 3 ustawy. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach - gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń.

Ponadto w przypadku opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych konieczne jest dopuszczenie składania ofert równoważnych, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Nawet w przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych zamawiający jest zobowiązany do dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert (precyzyjne określenie przez zamawiającego

parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych). W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia precyzujące oczekiwania zamawiającego w odniesieniu do wymaganego przez niego zakresu „równoważności” oferty.

Należy zauważyć, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała przesłanka zawarta w art. 29 ust. 3 ustawy uzasadniająca skorzystanie z dyspozycji niniejszego przepisu ponieważ przedmiot zamówienia w tym przypadku można było opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń bez używania nazw własnych produktów, które wskazywałyby konkretnego producenta. Ponadto zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia ofert równoważnych.

Należy podkreślić, iż obiektywnie rzecz biorąc na rynku istnieją także inne odmiany metody lekkiej wykonania ocieplenia. A zatem wskazanie konkretnej firmowej metody ocieplenia budynków narusza podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego zamawiający opisując przedmiot zamówienia poprzez podanie znaków towarowych dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Tym samym, opisane naruszenie skutkuje nieważnością zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy tj. zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

IV.4.3. Zamawiający: Centrum Integracji Społecznej

Przedmiot zamówienia: wykonywanie obowiązków księgowego projektu „Centrum Integracji Społecznej we Wrocławiu uzupełnieniem systemu pomocy bezrobotnym”

Wartość zamówienia: 102 500,00 zł (25 328,65 euro)

Data wszczęcia postępowania: 22 grudnia 2005 r.

Projekt SPO RZL, Projekt nr DWF_2_1.5_83 realizowany w ramach działania 1.5

Zamawiający ustalił kryteria oceny ofert w następujący sposób:

1. Wynagrodzenie brutto za 1 h pracy. Waga kryterium: 50%.
2. Kwalifikacje i doświadczenie. Waga kryterium 50%.

Dokonując oceny kryterium kwalifikacji i doświadczenia zamawiający stosował poniższą tabelę:

Kryterium oceny	Możliwa max. punktacja Procentowa 50%
I. Umiejętności wymagane	30
Oświadczenie – ilość programów w których wykonawca uczestniczył	20
Znajomość przepisów określonych w warunkach (rozmowa kwalifikacyjna)	10
II. Umiejętności pożądane	20
Doświadczenie zawodowe	10
Odbyte dodatkowe kursy szkolenia z zakresu dotacji UE	10
SUMA	50

Zgodnie z art. 91 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, wybór najkorzystniejszej oferty następuje na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według ustawodawcy kryteriami oceny ofert są 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, wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia oraz termin wykonania zamówienia (art. 91 ust. 2 ustawy).

Zaznaczyć należy, iż wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy kryteria oceny ofert – oczywiście pomijając obowiązkowe kryterium ceny – to jedynie przykładowe kryteria i ich krąg nie jest zamknięty. Oznacza to, iż zamawiający może ustalić również inne kryteria niż te określone w ww. przepisie, z tym jedynie zastrzeżeniem, że będą to kryteria przedmiotowe. Zgodnie bowiem z ust. 3 ww. artykułu, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej i finansowej. Przepis ten stanowi więc zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Zakaz ten nie dotyczy jedynie postępowań, których przedmiotem są usługi wymienione w art. 5 ust. 1 ustawy (w niniejszej sprawie zakaz ten nie dotyczy usług prawnika projektu). Podstawowym warunkiem stosowania kryteriów innych niż cena jest więc fakt, iż dotyczą one cech, parametrów czy sposobu wykonania przedmiotu zamówienia (np. jakość, funkcjonalność itp.). Zastosowane w omawianym postępowaniu kryteria – kwalifikacje i doświadczenie (waga 50%) naruszają ww. art. 91 ust. 3 ustawy, ponieważ odnoszą się do cech wykonawcy, a nie cech przedmiotu zamówienia czyli oferowanych usług. Tym samym są to kryteria podmiotowe.

Dokonanie przez zamawiającego oceny podmiotowej wykonawców powinno poprzedzać czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Są to czynności względem siebie odrębne wywołujące odmienne skutki prawne. Ocena podmiotowa dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie kryteriów oceny spełniania warunków, w przypadku negocjacji z ogłoszeniem - w oparciu o wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, natomiast ocena przedmiotowa na podstawie kryteriów oceny ofert. Pierwsza z nich ma na celu wyodrębnienie podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia i ewentualnie wykluczenie tych, którzy warunków nie spełniają. Druga ma na celu wybór oferty najkorzystniejszej, spośród ofert złożonych przez podmioty, które uprzednio zostały uznane za zdolne do realizacji zamówienia publicznego. Rozdzielenie oceny podmiotowej od przedmiotowej jest w obowiązującym stanie prawnym jedną z ważniejszych zasad obowiązujących przy udzielaniu zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, należy wyraźnie podkreślić, że zamawiający nie może określić kryteriów oceny ofert odnoszących się do cech wykonawcy np. jego doświadczenia czy kwalifikacji. Właściwości wykonawcy badane są bowiem przed oceną ofert. Zamawiający może w tym zakresie określić odpowiednie warunki udziału w postępowaniu dotyczące właśnie np. doświadczenia, czy kwalifikacji, ewentualnie wykluczyć wykonawców, którzy tych warunków nie spełniają, a następnie ocenić oferty tych, którzy te warunki spełniają. W ramach kryterium oceny ofert zamawiający zobowiązany jest jednak badać już tylko cechy dotyczące przedmiotu zamówienia, czyli jego cenę, parametry, termin wykonania, itp., nie może zatem oceniać cech wykonawcy, czyli np. jego doświadczenia. Zastosowanie jako kryteriów oceny ofert - kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 ustawy. Dodatkowo w niniejszej sprawie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ z trzech wykonawców dwóch złożyło ofert z taką samą ceną, co oznacza, że o wyborze jednego z nich decydowało kryterium podmiotowe – doświadczenie i kwalifikacje (waga: 50%). Z powyższego wynika, że z uwagi na wybór oferty z rażącym naruszeniem art. 91 ust. 2 i 3 ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania zawarta w postępowaniu na usługi księgowego umowa jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

IV.5. Naruszenia dotyczące zmiany umowy.

IV.5.1. Zamawiający: Gmina Pruszcz Gdański

Przedmiot zamówienia: budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Juszkowo

Wartość zamówienia: 5 602 336,44 zł (1 384 386,78 euro)

Data wszczęcia postępowania: 11 lutego 2005 r.

Projekt ZPORR priorytet 1 – rozbudowa i modernizacja infrastruktury służącej wzmocnieniu konkurencyjności regionów, projekt nr Z/2.22/I/1.2./050/04.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż w dniu 24 października 2005 r. zamawiający zawarł aneks do umowy nr 342/ZP/RB/1/2005 z dnia 21 lipca 2005 r. na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Juszkowo”. Jak wynika z ww. aneksu, powodem wprowadzenia zmian w ww. umowie była interpretacja Naczelnika Urzędu Skarbowego w Pruszczu Gdańskim dotycząca zakresu i sposobu stosowania prawa podatkowego odnośnie opodatkowania podatkiem VAT robót polegających na budowie kanalizacji sanitarnej związanej z infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu.

Na podstawie ww. aneksu dokonano zmiany wysokości wynagrodzenia, przyjmując stawkę podatku VAT - 7 % dla wykonania inwestycji w 96,5 % stanowiącej infrastrukturę towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu, natomiast dla pozostałej części, tj. dla 3,5 % ustalono stawkę podatku w wysokości 22%. Tym samym wynagrodzenie wykonawcy zostało zmienione z 4 264 373,08 zł na 4 285 296,40 zł.

Należy podkreślić, iż w toku kontrolowanego postępowania na pytania wykonawców dotyczące podania stawki podatku VAT, jaką należy przyjąć do obliczenia ceny brutto przedmiotu zamówienia, zamawiający w pismach z dnia 9 marca 2005 r. oraz z dnia 25 marca 2005 r. wskazał, iż inwestycja w 100 % związana jest z infrastrukturą mieszkaniową i w związku z tym właściwą stawką podatku jest stawka w wysokości 7 %. Ponadto, zamawiający poinformował, iż dostarczy oświadczenie, potwierdzające, że inwestycja stanowi infrastrukturę towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu. Wszystkie oferty złożone w niniejszym postępowaniu zawierały podatek VAT w wysokości 7 %.

Z dołączonego do dokumentacji postanowienia Naczelnika Urzędu Skarbowego w Pruszczu Gdańskim z dnia 31 sierpnia 2005 r., w sprawie interpretacji zakresu i sposobu zastosowania prawa podatkowego do opodatkowania podatkiem VAT robót polegających na budowie kanalizacji sanitarnej związanej w 94 % z infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu, wynika, iż w przypadku gdy realizowana przez podatnika inwestycja związana jest w 94 % z budownictwem mieszkaniowym należy uznać, że stawka podatku od towarów i usług w wysokość 7 % wynikająca z art. 146 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54 poz. 535 z późn.zm.) odnosi się jedynie do tej części wartości inwestycji, która jest związana ściśle z budownictwem mieszkaniowym i będzie służyła obiektom budownictwa mieszkaniowego, natomiast w pozostałym zakresie będzie opodatkowana stawką 22 % tj. zgodnie z art. 41 ust. 1 ww. ustawy.

Ww. postanowienie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Pruszczu Gdańskim dotyczyło stanu faktycznego związanego z budową kanalizacji sanitarnej z przykanalikami w miejscowości Przejazdowo na rzecz Gminy Pruszcz Gdański. Zamawiający w piśmie z dnia 10 stycznia 2008 r. wskazał, iż zastosował ww. postanowienie w kontrolowanym postępowaniu uwagi na fakt, iż obie inwestycje wykonywał ten sam wykonawca oraz obie sprawy podlegają właściwości tego samego Naczelnika Urzędu Skarbowego.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54 poz. 535 z późn.zm.) w okresie od dnia przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej do dnia 31 grudnia 2007 r. stosuje się stawkę 7 % w odniesieniu do robót budowlano – montażowych i robót konserwacyjnych związanych z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą. Zgodnie z ust. 3 wskazanego przepisu przez infrastrukturę towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu rozumie się: sieci rozpraszające, wraz z urządzeniami, obiektami i przyłączami do budynków mieszkalnych, urządzenie i zagospodarowanie terenu w ramach przedsięwzięć i zadań budownictwa mieszkaniowego, w szczególności drogi, dojścia, dojazdu, zieleni i małą architekturę, oraz urządzenia i ujęcia wody, stacje uzdatniania wody, oczyszczalnie ścieków, kotłownie oraz sieci wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłe, elektroenergetyczne, gazowe i telekomunikacyjne, pod warunkiem, iż ww. roboty są związane z obiektami budownictwa mieszkaniowego. Z art. 2 pkt 12 ww. ustawy wynika, iż przez pojęcie obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się: budynki mieszkalne rodzinne stałego zamieszkania, sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych:

- 111 – budynki mieszkalne jednorodzinne,
- 112 – budynki o dwóch mieszkaniach i wielomieszkaniowe,

- ex 113 – budynki zbiorowego zamieszkania – wyłącznie: budynki kościołów i innych związków wyznaniowych, klasztory, domy zakonne, plebanie, kurie, rezydencje biskupie oraz rezydencje Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej.

W związku z powyższym zamawiający już na etapie przygotowania postępowania powinien ustalić, jaka wysokość podatku VAT będzie miała zastosowanie dla przedmiotowej inwestycji oraz określić, w jakim stopniu będzie ona związana z budownictwem mieszkaniowym. Jest to niezbędne do określenia wartości zamówienia, jak również do oceny prawidłowości zastosowanych stawek w złożonych ofertach, a tym samym do prawidłowego obliczenia ceny ofertowej. Tymczasem w siwz zamawiający nie podał, jaką stawkę podatku VAT winien przyjąć wykonawca obliczając cenę oferty a podana w odpowiedziach na pytania wykonawców stawka nie była prawidłowa.

Ponadto, zamawiający w siwz powinien konkretnie podać, które roboty budowlane związane są z budownictwem mieszkaniowym, co winno skutkować ze strony wykonawców naliczeniem od tych robót 7 % stawki VAT, a które roboty budowlane nie są związane z budownictwem mieszkaniowym, co powinno skutkować ze strony wykonawców naliczeniem 22% stawki VAT. To na zamawiającym bowiem spoczywa obowiązek 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, co jednoznacznie wynika z treści art. 29 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Zmiana umowy jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy spełniona jest przynajmniej jedna z następujących przesłanek: wprowadzenie zmian jest konieczne i wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy albo zmiany są korzystne dla zamawiającego. Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, iż żadna z przesłanek wskazana w ww. przepisie, umożliwiająca zmianę zawartej umowy nie została spełniona. Zamawiający bowiem opisując przedmiot zamówienia z zachowaniem należytej staranności winien wiedzieć i wskazać w siwz, iż przedmiot zamówienia nie jest w 100 % związany z infrastrukturą mieszkaniową, a także winien przewidzieć wynikające z tego konsekwencje podatkowe. Wprowadzone zmiany nie są także korzystne dla zamawiającego skoro wynagrodzenie z tytułu realizacji umowy o zamówienie publiczne wzrosło o 20 923,32 zł w stosunku do ceny podanej przez wykonawcę w ofercie.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż zmiana zawartej w dniu 21 lipca 2005 r. umowy nr 342/ZP/RB/1/2005 na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Juszkowo”, została dokonana z naruszeniem dyspozycji zawartej w art. 144 ust. 1 ustawy, co zgodnie z art. 144 ust. 2 ustawy skutkuje nieważnością dokonanej zmiany.

IV.5.2. Zamawiający: Gmina Niemce

Przedmiot zamówienia: dostawa 15.000 ton piasku wg normy PN – S – 96012 z przeznaczeniem bieżące utrzymanie dróg gminnych na terenie gminy Niemce

Wartość zamówienia: 165 000,00 zł (34 075,42 euro),

Data wszczęcia postępowania: 9 marca 2004 r.

Projekt ZPORR w ramach Priorytetu 1 - Rozbudowa i modernizacja infrastruktury służącej wzmocnieniu konkurencyjności regionów.

W postępowaniu nr INW:2220/01/ZP-1/04 zamawiający określił, iż jedynym kryterium wyboru oferty będzie cena brutto oferty – 100 %. Umowa w sprawie zamówienia została zawarta w dniu 13.04.2004r. Wartość brutto dostaw w tej umowie określono na kwotę: 144.450,00 zł. Następnie aneksem nr 1 z dnia 30.04.2004r. strony, biorąc pod uwagę urzędową zmianę stawek podatku VAT z 7% na 22%, obowiązującą od dnia 1 maja 2004r. (na podstawie

ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004r., Dz. U. z dnia 5 kwietnia 2004r.), dokonały zmiany treści § 3 zawartej umowy. Całkowita wartość umowna brutto dostaw po zmianie umowy wyniosła 162 788,40 zł.

Art. 144 ust. 1 ustawy zawiera bezwzględny zakaz dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Odnośnie drugiej przesłanki dopuszczalności zmiany umowy, nie ulega wątpliwości, iż wzrost ceny umownej nie jest korzystną zmianą dla zamawiającego. Natomiast w odniesieniu do problemu wprowadzenia takich zmian w wyniku okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, należy stwierdzić, że ustawowa zmiana stawki podatku VAT nie może być uznana za taką okoliczność, jeżeli uchwalenie ustawy o zmianie ustawy o podatku VAT nastąpiło przed zawarciem tej umowy lub znana była możliwość zmian tejże ustawy (np. przygotowany był projekt zmiany ustawy).

Wobec faktu, iż ustawa o podatku od towarów i usług zmieniająca stawki podatku VAT została uchwalona w dniu 11 marca 2004r. (3 dni po wszczęciu przedmiotowego postępowania) oraz ogłoszona w Dzienniku Urzędowym z dnia 5 kwietnia 2004r. (8 dni przed podpisaniem umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia), zmiana tej stawki powinna być znana zamawiającemu w chwili podpisania umowy. Zatem nie była to okoliczność, której nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, uprawniająca do późniejszych zmian w umowie w zakresie stawki podatku VAT, i co za tym idzie – wynagrodzenia wykonawcy.

W kwestii możliwości zmiany umowy o zamówienie publiczne w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT, Urząd Zamówień Publicznych zasięgał również opinii Ministerstwa Finansów, które w piśmie z dnia 8 stycznia 2003 roku (znak: PP1-811/1019/02/DSz) stwierdziło, iż: "dla rozstrzygnięcia sprawy decydujące jest wyjaśnienie, jaki wpływ ma podatek od towarów i usług na wysokość wynagrodzenia, które w związku z realizacją danej umowy odbiorca (zamawiający) jest zobowiązany zapłacić. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050), do którego odesłanie zawiera art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Przepis ten, według powszechnie przyjętego rozumienia oznacza, że podatek VAT jest składnikiem ceny, stanowi element cenotwórczy, wobec czego sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, uprawniony jest do wliczenia do niej podatku VAT należnego od tego towaru lub usługi. Wyżej powołany przepis nie daje jednak podstawy do uznania, że z jego mocy nabywca towaru lub usługi jest obowiązany zapłacić sprzedawcy cenę wyższą, powstałą w wyniku zmiany stawki podatku VAT, jeżeli zawarta umowa nie zawierała klauzuli rodzącej takie zobowiązanie."

Umowa zawarta w przedmiotowym postępowaniu nie zawierała klauzuli uprawniającej do zmiany ceny umownej w przypadku ustawowej stawki podatku VAT, a jedynie sformułowanie, iż cena określona w umowie pozostanie niezmienna przez cały okres obowiązywania umowy. Wykonawca zatem wskazując stawkę 7% VAT powinien liczyć się z koniecznością jej stosowania przez cały okres realizacji umowy. W związku z powyższym należy uznać, że w niniejszej sprawie nie zachodziły przesłanki dopuszczające zmianę zawartej umowy, ponieważ zmiany te nie były dla zamawiającego korzystne, jak też nie wynikały z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Zamawiający dokonał zatem zmian postanowień umowy w sposób nieuprawniony, czym naruszył dyspozycję art. 144 ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 144 ust. 2 ustawy zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 tego artykułu jest nieważna.

Niezależnie od powyższego należy dodać, że dokonana przez zamawiającego zmiana umowy doprowadziła do sytuacji, w której w związku ze zmianą stawki VAT na 22% wynagrodzenie wybranego wykonawcy wyniosło ostatecznie 162 788,40 zł, natomiast

odrzucono uprzednio z powodu tej samej stawki podatku ofertę z ceną 161 040,00 zł, co wypaczyło wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

IV.5.3. Zamawiający: Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego

Przedmiot zamówienia: Rozbudowa Regionalnego Portu Lotniczego: Port Lotniczy Rzeszów Jasionka w infrastrukturę lotniskową – dostawa sprzętu lotniskowego (VII części)

Wartość zamówienia: 24.400.000,00 zł (5.561.887,39 euro)

Zamówienie nie finansowane ze środków UE.

W toku kontroli ustalono, iż w dniu 23 listopada 2007 r. zamawiający zawarł z wykonawcami wyłonionymi w wyniku przeprowadzonego przetargu ograniczonego odrębne umowy obejmujące swym zakresem poszczególne części przedmiotowego zamówienia. Następnie, w dniu 24 grudnia 2007 r. zamawiający zawarł aneksy do czterech umów obejmujących część I, II, V i VI zamówienia, na mocy których termin dostarczenia zamawianego sprzętu lotniskowego przedłużony został z 27 grudnia 2007 r. do 30 czerwca 2008 r.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania, generalną zasadą jest zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Od powyższej zasady przewidziano możliwość odstępstwa tylko w przypadku, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub jeśli zmiany są korzystne dla zamawiającego. Powyższego zapisu jako wyjątku od ogólnej zasady nie można interpretować rozszerzająco. Uzasadnienie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy stanowi dążenie do wyeliminowania sytuacji obchodzenia przepisów Prawa zamówień publicznych, poprzez dokonywanie zmian w umowach, których treść została ustalona po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania.

Naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy będzie zatem każda zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, w zakresie, który można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zaś wprowadzone zmiany nie są korzystne dla zamawiającego. Sankcją zmiany umowy dokonanej z naruszeniem ww. przepisu jest jej nieważność (art. 144 ust. 2 ustawy).

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy, dopuszczalne zmiany mogą być tylko korzystne dla zamawiającego. Oznacza to więc zakaz wprowadzania zmian do umowy niekorzystnych dla zamawiającego. Kryterium „korzystności” dla zamawiającego wymaga zobiektywizowania, a subiektywne poczucie interesu osób kierujących jednostkami sektora finansów nie może rozmiącać się z należycie rozumianym dobrem finansów publicznych, za które ponoszą oni odpowiedzialność.

Nie budzi jednak wątpliwości, że przy ocenie, czy określone zmiany w umowie są korzystne dla zamawiającego, powinno brać się pod uwagę całokształt uwarunkowań i okoliczności, w jakich były one dokonywane – obejmując zarówno ich przyczyny, jak i skutki. Warunek ten będzie więc na pewno obejmował całą grupę przypadków, w których pozycja zamawiającego ulegnie wzmocnieniu względem wykonawcy (obniżenie ceny, skrócenie terminu wykonania zamówienia, wydłużenie terminu gwarancji czy rękojmi, wydłużenie terminu zapłaty, zmniejszenie wysokości odsetek za zwłokę w zapłacie). Zasadniczo więc przedłużenie terminu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest korzystne dla zamawiającego, albowiem wydłuża termin wykonania zamówienia. Dla oceny powyższego nie ma znaczenia fakt, iż zamawiający (jak wskazuje) zwolniony został od obowiązku ubezpieczenia zamawianego sprzętu oraz ponoszenia kosztów jego przechowywania do momentu wniesienia go do spółki „Port Lotniczy Rzeszów – Jasionka” Sp. z o.o.

Zamawiający nie wykazał zatem spełnienia przesłanki upoważniającej do dokonania zmiany umowy, gdyż przedłużenie terminu realizacji zamówienia nie jest korzystne dla

zamawiającego. Kryterium „korzyści” dla zamawiającego musi być pojmowane obiektywnie i musi pozostawać w zgodzie z zasadami przewidzianymi w art. 7 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 144 ust. 1 ustawy dopuszcza również możliwość dokonywania zmian, które nie muszą być korzystne dla zamawiającego i powodują zmianę treści oferty, jeżeli konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Zatem zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie powyższej przesłanki miałaby miejsce w przypadku łącznego wystąpienia następujących okoliczności:

- istnieje obiektywna konieczność wprowadzenia zmian,
- jej powstania nie można było przewidzieć w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem zamawiającego konieczność dokonania zmian umów wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia tychże umów. W dniu podpisywania aneksów, tj. 24 grudnia 2007 r., zamawiający posiadał całkowitą pewność, że nie dojdzie do utworzenia spółki na warunkach określonych aktem notarialnym z dnia 15 października 2007 r. Nową formułę tworzenia docelowej spółki lotniskowej określił dopiero akt notarialny z 18 grudnia 2007 r.

Pojęcie „konieczność” to innymi słowy niezbędność, nieuchronność wprowadzenia takich zmian. Pod pojęciem konieczności wprowadzenia takich zmian należy rozumieć zaistnienie takiej sytuacji, która czyni obiektywnie niemożliwym utrzymanie postanowień zawartej umowy sprawie zamówienia publicznego w niezmienionej postaci. Tak jak konieczność wprowadzenia zmian jest warunkiem ich dokonania, tak samo wyznacza ona dopuszczalną granicę zmian. Wydaje się bowiem, że zmiany postanowień umowy nie powinny sięgać dalej niż jest to konieczne. Przez okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy należy rozumieć zaś sytuacje, które albo w ogóle nie są objęte świadomością stron albo objęte ich świadomością, ale które przy normalnym biegu rzeczy nie powinny się wydarzyć podczas realizacji umowy (ich zaistnienie jest bardzo mało prawdopodobne).

Przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy więc rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne. Obowiązek przewidywania takich zdarzeń przez strony zawierające umowę powinien więc być postrzegany w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, o której mowa w kodeksie cywilnym.

Należy również podkreślić, że nie jest dopuszczalna nawet obiektywnie niezbędna zmiana umowy, jeżeli przy zachowaniu należytej staranności konieczność jej wprowadzenia można było przewidzieć do momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniały obiektywne okoliczności uprawniające zamawiającego do zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego.

Po pierwsze, z dostarczonych dokumentów i wyjaśnień zamawiającego wynika, że prawdopodobieństwo zmiany okoliczności powodujących konieczność przesunięcia terminu realizacji zamówienia było znane zamawiającemu jeszcze przed zawarciem umów w sprawie zamówienia publicznego, tj. przed 23 listopada 2007 r. Zamawiający mógł bowiem na podstawie Uchwały Rady Pracowniczej PP Porty Lotnicze z dnia 31 października 2007 r. przewidzieć, że konieczna będzie zmiana aktu założycielskiego Spółki w zakresie pokrycia udziałów w kapitale zakładowym. Tym bardziej, że już w dniu 4 grudnia 2007 r. Uchwałą Nr XV/236/07 Sejmiku Województwa Podkarpackiego zmieniono Uchwałę z dnia 28 maja 2007 r. w zakresie wniesienia do spółki PL Rzeszów-Jasionka kapitału założycielskiego jedynie w formie wkładu pieniężnego. Ponadto z wyjaśnień zamawiającego wynika, iż już na początku listopada miał on świadomość, że planowana spółka nie osiągnie zdolności operacyjnej w 2007 r. Dlatego też, pismem z dnia 8 listopada 2007 r. zamawiający wystąpił o ujęcie środków dotacji w wydatkach niewygasających.

Zamawiający miał także świadomość, że w wyniku Uchwały Kolegium RIO Nr XXVIII/6832/207 z dnia 23 października 2007 r., sprzęt lotniskowy będący przedmiotem

kontrolowanego postępowania, musi być wniesiony aportem do spółki Port Lotniczy Rzeszów-Jasionka Sp. zo.o. - jako wkład własny Samorządu Województwa Podkarpackiego.

Zamawiający nie udowodnił więc, że zmiana polegająca na przedłużeniu terminu realizacji zamówienia jest zmianą obiektywnie i wyraźnie korzystną dla zamawiającego. Jednocześnie, krótkie terminy na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz na składanie ofert, a także zmiana umów, w których termin realizacji zamówienia uległ przedłużeniu z planowanych 34 dni (w umowach zawartych w dniu 23 listopada 2008 r. termin realizacji zamówienia został wyznaczony do dnia 27 grudnia 2007 r.) do 220 dni (w aneksach z dnia 24 grudnia 2007 r. termin realizacji zamówienia został przedłużony do dnia 30 czerwca 2008 r.), tj. był prawie 6,5 razy dłuższy od planowanego pierwotnie, czyni wysoce prawdopodobnym naruszenie fundamentalnej zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Z kolei groźba utraty środków publicznych z budżetu państwa, która w ocenie zamawiającego w sposób pośredni uzasadniała możliwość zmiany, nie stanowi również okoliczności wskazanych w art. 144 ust. 1 ustawy. Przekonanie bowiem zamawiającego o konieczności zwrócenia niewykorzystanych środków publicznych do budżetu nie uzasadnia zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo nie zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy, gdyż nie stanowi to sytuacji, której wcześniej obiektywnie nie mógł on przewidzieć. Ponadto, w ocenie Głównej Komisji Orzekającej^[4] „przekonanie o powinności wydatkowania posiadanych środków publicznych, nazbyt często w obecnej praktyce działania kierowników jednostek sektora finansów publicznych, oparte jest jednak na mylnym utożsamieniu uprawnień do ich wydatkowania z koniecznością”.

Wobec powyższego należy uznać, że w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniały okoliczności, która uprawniałyby do zmiany umów w zakresie części I, II, V, VI w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy. Dlatego też zmiany dotyczące terminu realizacji zamówienia są nieważne w myśl art. 144 ust. 2 ustawy.

V. Przykłady naruszeń nie skutkujących nieważnością umowy.

W tej części Raportu przedstawione zostały naruszenia popełnione przez beneficjentów środków unijnych, które nie są wyłącznie uchybieniami formalnymi, nie wpływającymi na wynik postępowania, ale mają charakter naruszeń istotnych dla przeprowadzonej procedury udzielania zamówienia. Nieprawidłowości te jednak, z uwagi na szczególne okoliczności konkretnej sprawy, nie zostały uznane w toku kontroli Prezesa Urzędu, za mogące skutkować nieważnością zawartych umów. Ocena przedstawionych poniżej naruszeń, pod kątem ich wpływu na ważność zawartych umów, została dokonana z uwzględnieniem takich czynników, jak m.in.: realny wpływ określonych działań bądź zaniechań zamawiającego na naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz na wynik postępowania, rzeczywiste spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę, który nie przedstawił wymaganych dokumentów, zdarzenia niezależne od zamawiającego.

V.1. Naruszenia dotyczące oceny ofert:

V.1.1. Zamawiający: Gmina Ryn,

Przedmiot zamówienia: pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu

Wartość zamówienia: 63.087,11 zł (15.589,38 euro)

Data wszczęcia postępowania: 8 lutego 2006 r.

Projekt ZPORR nr 2.28/1/1.2/062/05 „Kompleksowa rozbudowa gospodarki wodnej i ściekowej w gminie Ryn”.

Jednym z wymagań w przedmiotowym postępowaniu, jakie zamawiający postawił w pkt VI.1.g) SIWZ, było przedstawienie co najmniej 1 szt. pozytywnych referencji wykonania usług związanych z nadzorowaniem robót w zakresie budowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków. Ponadto zamawiający żądał załączenia do oferty wykazu prowadzonych samodzielnie w ciągu ostatnich 3 lat nadzorów robót budowlanych, odpowiadających swoim zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości i dat wykonania. Wg formularza pn. „Wykaz zamówień na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat (styczeń 2003 – grudzień 2005)”, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, należało w nim zamieścić tylko te przedsięwzięcia, które odpowiadają charakterowi zamówienia, tj. budowa lub modernizacja oczyszczalni ścieków o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł oraz załączyć referencje. W formularzu pozostawiono pustą rubrykę, w której wykonawca miał wpisać ilość sztuk załączanych referencji. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, iż wykonawca był zobowiązany do załączenia referencji potwierdzających należyte wykonanie usług wymienionych przez niego w wykazie oraz, co się z tym wiąże, odpowiadających charakterowi zamówienia i wykonanych w okresie ostatnich trzech lat (styczeń 2003 – grudzień 2005).

Wykonawca, Zakład Obsługi Inwestycji „Komplex – Bud” Marta Teresa Skarżyńska – Stańczyk w załączonym do swojej oferty wykazie zamówień wymienił jedno zadanie pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków ŁYNA w Olsztynie. Projekt ISPA nr 2000/PL/16/P/PE/014” realizowane dla Gminy Olsztyn od czerwca 2002r. do, jak to określił wykonawca, „dnia dzisiejszego”. Wykonawca zamieścił również informację, iż załącza do wykazu 1 szt. referencji. Do oferty ww. wykonawcy zostały załączone następujące referencje:

- List referencyjny wystawiony dla Pana Romana Stańczyka dotyczący jego pracy w Zespole Inżyniera Kontraktu na stanowisku Kierownika Zespołu – Inżyniera Rezydenta przy realizacji wg procedur FIDIC projektu „Modernizacja oczyszczalni ścieków ŁYNA w Olsztynie nr 2000/PL/16/P/PE/014-2”. Zgodnie z treścią dokumentu roboty budowlane trwały od dnia 6 czerwca 2002r. do dnia 6 maja 2004r., funkcję Inżyniera Kontraktu pełniła firma Ove Arup & Partners International Ltd., zamawiającym była Gmina Olsztyn, a wartość robót wyniosła blisko 10 mln euro;
- referencje wystawione przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Węgorzewie dla wykonawcy Zakład Obsługi Inwestycji „Komplex – Bud”, który pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu budowy oczyszczalni ścieków w Węgorzewie realizowanej w latach 1992 – 1994. Wartość zafakturowanych robót wynosiła 7,5 mln zł;
- referencje wystawione przez Ośrodek Sportowo – Turystyczny AZS Wilkasy dla wykonawcy Zakład Obsługi Inwestycji „Komplex – Bud”, który pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu na realizowanej inwestycji pn. „Modernizacja Ośrodka AZS” w Wilkasach z budową obiektu Centrum Sportowego. Dokument ten nie określa terminu wykonania usługi. Wartość inwestycji wynosiła 8 mln zł.

Z powyższego wynika, po pierwsze, iż wykonawca nie załączył do oferty referencji potwierdzających wykonanie usługi „Modernizacja oczyszczalni ścieków ŁYNA w Olsztynie”, wymienionej w przedstawionym przez niego wykazie zamówień. List referencyjny, wymieniony w pierwszym punkcie, nie dotyczył bowiem tego wykonawcy, który złożył ofertę, ponieważ został wystawiony na p. Romana Stańczyka i wynika z niego, że Inżynierem Kontraktu była firma Ove Arup & Partners International Ltd. Po drugie, z wykazu wynika, że to zadanie nie zostało zrealizowane w okresie ostatnich trzech lat (styczeń 2003 – grudzień 2005) tak jak tego wymagał zamawiający w formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, lecz nadal trwało w momencie składania ofert. Referencje wymienione w trzecim punkcie nie odpowiadają z kolei swoim zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia oraz nie wskazują dat wykonania usługi nadzoru. Natomiast referencje, potwierdzające wykonanie, przez firmę Zakład Obsługi Inwestycji „Komplex – Bud” Marta Teresa Skarżyńska – Stańczyk, usług związanych z nadzorowaniem robót w zakresie budowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków, odnoszą się do usługi wykonanej blisko 12 lat przed wszczęciem

przedmiotowego postępowania, dlatego nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że żadna z wymienionych usług nie odpowiadała wymogom SIWZ, dodatkowo dla pierwszej z nich nie przedłożono referencji dotyczących wykonawcy, który złożył ofertę.

Niezależnie od powyższego w pkt VII.4. SIWZ zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że oferent jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Wykonawca Fundacja Ochrony Wielkich Jezior Mazurskich, w załączeniu do oferty złożonej w postępowaniu, przedstawił oświadczenie, z którego wynika, iż kluczowy personel do wykonania zamówienia, tj. Pan Zdzisław S., Pan Jan K. i Pan Krzysztof P. są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej. W oświadczeniu stwierdzono, iż fakt ten wynika z zaświadczeń wydanych przez Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa w Olsztynie załączonych do oferty wykonawcy.

Dokumenty przedstawione przez ww. wykonawcę nie potwierdzają posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, a jedynie posiadanie takiego ubezpieczenia przez trzy z czterech osób, przy pomocy których wykonawca deklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia. Z powyższego wynika, iż wykonawca Fundacja Ochrony Wielkich Jezior Mazurskich nie przedstawił wraz z ofertą dokumentu wymaganego przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone ww. dwie oferty. W związku z brakiem w ofercie wykonawcy „Komplex-Bud” wykazu właściwego zamówienia zrealizowanego w okresie ostatnich trzech lat oraz referencji potwierdzających jego należyte wykonanie oraz w związku z brakiem w ofercie wykonawcy Fundacja Ochrony Wielkich Jezior Mazurskich polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, zamawiający powinien był, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, wezwać ww. wykonawców do uzupełnienia ofert odpowiednio o wykaz usług związanych z nadzorowaniem robót o wartości min. 1 mln zł w zakresie budowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków, zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat wraz z referencjami, które potwierdzałyby ich należyte wykonanie oraz o uzupełnienie polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Art. 26 ust. 3 ustawy stanowił, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, do uzupełnienia tych dokumentów w określonym terminie, jeżeli ich nieuzupełnienie skutkowało by unieważnieniem postępowania. W przypadku nieuzupełnienia brakującego dokumentu przez ww. wykonawców, zamawiający zobowiązany byłby do ich wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zaniechanie zamawiającego do wezwania wykonawcy „Komplet-Bud” i wykonawcy Fundacja Ochrony Wielkich Jezior Mazurskich do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu skutkuje naruszeniem dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy.

Jednak, jak wynika z polisy, przesłanej przez zamawiającego na wezwanie UZP w trakcie kontroli, wybrany wykonawca Fundacja Ochrony Wielkich Jezior Mazurskich posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w terminie składania ofert, mimo, że nie dołączył go do oferty. Zatem powyższe zaniechanie zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania, tj. nie doprowadziło do wyboru wykonawcy, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu i nie powinno w związku z tym skutkować nieważnością zawartej z nim umowy.

V.1.2. Zamawiający: Urząd Miasta Łodzi

Przedmiot zamówienia: wykonanie usługi Menedżera Projektu, polegającej na zarządzaniu, nadzorowaniu, monitorowaniu projektu szkoleniowego „e-Łódź Nowe Kwalifikacje”

Wartość zamówienia: 113.720 zł (25.922,04 euro)

Data wszczęcia postępowania: 13 lipca 2006 r.

Projekt ZPORR, Priorytet 2 – wzmocnienie rozwoju zasobów ludzkich w regionach.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadanego doświadczenia, zamawiający żądał m. in. wykazu wykonanych usług dla jednostek administracji publicznej, w zakresie zarządzania co najmniej dwoma projektami współfinansowanymi ze środków funduszy europejskich dla projektów o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto każdy. W wyjaśnieniach do siwz z dnia 19 lipca 2006 r. zamawiający podkreślił, iż nie dopuszcza możliwości wykazania się doświadczeniem w zarządzaniu projektami, które nie zostały jeszcze zakończone.

Z załączonego do oferty firmy EF Consultancy Sp. z o.o. wykazu trzech wykonanych usług dla jednostek administracji publicznej, wynika że wykonawca wykonał dwie usługi w zakresie zarządzania projektami współfinansowanymi ze środków funduszy europejskich o wartości ponad 500 000 zł brutto każdy. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku wykonawca załączył do oferty listy referencyjne, które poświadczają, że przedmiotowe usługi zostały wykonane należyście.

Zamawiający opierając się na informacjach wynikających z załączonych do oferty dokumentów, stwierdził że wykonawca spełnia postawione w siwz warunki. Biorąc pod uwagę fakt, że w przedmiotowym postępowaniu złożona została tylko jedna oferta, zamawiający uznał ją za najkorzystniejszą, a następnie podpisał z powyższym wykonawcą umowę, udzielając mu tym samym przedmiotowego zamówienia.

Z opinii Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Łodzi – jako instytucji wdrażającej - wynika, że wykonawca złożył w ofercie oświadczenie niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, ponieważ terminy realizacji projektów, na które powoływał się wykonawca nie były zakończone na dzień otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu (tj. 21 lipca 2006 r.).

Urząd Zamówień Publicznych wystąpił do wystawcy powyższych referencji z prośbą o potwierdzenie informacji w nich zawartych.

Z wyjaśnień uzyskanych od Burmistrza Gminy Łask wynika, że firma EF Consultancy Sp. z o.o. świadczyła usługi zarządzania projektem:

a) p.n. „Nowe kwalifikacje” nr Z/2.10/II/2.1/27/06 współfinansowanym ze środków EFS w ramach ZPORR – Działanie 2.1, na podstawie umowy nr 67/2006 zawartej w dniu 7 czerwca 2006 r. z terminem realizacji do dnia 31 marca 2007 r., a w okresie od 1 lutego do 31 maja 2006 r. świadczyła usługi bez umowy pisemnej, związane z przygotowaniem w/w projektu i opracowywaniem wniosku o jego dofinansowanie,

b) współfinansowanym ze środków funduszy europejskich nr 207/2004 „Budowa Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla Urzędu Miejskiego w Łasku – etap I”, na podstawie umowy nr 2/OOG.AG/2006 zawartej w dniu 6 stycznia 2006 r., z terminem realizacji do dnia 20 marca 2007 r.

Następnie z wyjaśnień uzyskanych od Zarządu Miejskiego Przedsiębiorstwa Geodezyjnego Sp. z o.o. w Łodzi, wynika iż podpisana w dniu 3 października 2005 r. umowa z firmą EF Consultancy Sp. z o.o. dotyczyła wykonania przez Menedżera Projektu na rzecz zleceniodawcy usług polegających na nadzorowaniu i kontrolowaniu realizacji projektu „System Informatyzacji o Terenie” dla Miasta Łodzi – faza V. Zadanie było realizowane na podstawie jednej umowy i trwało do dnia 30 czerwca 2007 r.

Zatem usługi wykazane przez wykonawcę nie były zakończone w dniu składania ofert. Biorąc pod uwagę powyższe, podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w dokumentach składanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu mających bezpośredni wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, świadczy o tym, że nie spełniał on w tym zakresie postawionych przez zamawiającego

warunków i zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Należy również zauważyć, iż podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może wypełnić znamiona przedmiotowe przestępstwa z art. 297 § 1 Kodeksu karnego. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi (...), zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument (...), podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. W związku z powyższym, na podstawie art. 304 § 2 kpk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych skierował zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez ww. wykonawcę do właściwej miejscowo prokuratury.

V.1.3. Zamawiający: Muzeum Sopotu,

Przedmiot zamówienia: dostawa i montaż windy w budynku Muzeum Sopotu

Wartość zamówienia: 125.000 zł (28.493 euro)

Data wszczęcia postępowania: 28 września 2006 r.

Projekt INTERREG IIIA/TACIS CBC, nr projektu 2005/180 „Rozwój struktur promujących dziedzictwo kulturowe w Sopocie, Gdańsku, Swiętłogorsku i Oziersku”

W przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia zamawiający w zaproszeniu do negocjacji wskazał termin wykonania zamówienia – „do 20 grudnia 2006 r.” Następnie w przekazanej wykonawcom specyfikacji przewidziano termin 16 tygodni, ale we wzorze umowy stanowiącej załącznik nr 1 do tej specyfikacji ponownie wskazano – „do 20 grudnia 2006 r.” Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że data wpisana do wzoru umowy wynikała z oczywistej omyłki pisarskiej, bowiem w trakcie negocjacji ustalono 16 tygodniowy termin realizacji zamówienia.

Zamawiający ma prawo i obowiązek sprecyzowania, w kontekście danego zamówienia, terminu jego wykonania. Wymagania zamawiającego powinny być jednak jednoznaczne, a zapisy zawarte w różnych dokumentach postępowania powinny być ze sobą zgodne. Postanowienia zawarte w dokumentacji postępowania nie mogą być ze sobą sprzeczne, a poprzez swoją sprzeczność budzić wątpliwości co do wymogów stawianych przez zamawiającego potencjalnym wykonawcom zamówienia.

Niespójność pomiędzy zapisami rozdziału III siwz a wzorem umowy stanowiącym załącznik do tej siwz w zakresie terminu realizacji zamówienia stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo należy zauważyć, że wybrany wykonawca – P.U.H.P. PILAWA Eugeniusz Pilawa wskazał w swojej ofercie termin realizacji zamówienia – 4 miesiące od podpisania umowy, co stanowiło termin o ok. 1 tydzień dłuższy od wymaganego w specyfikacji 16 tygodniowego. Umowę z ww. wykonawcą zawarto w dniu 18 października 2006 r. i wpisano w niej w § 3 termin wykonania zamówienia – „do 30 grudnia 2006 r.” Tym samym wykonawca w umowie tej zobowiązał się do realizacji zamówienia w okresie 73 dni, co stanowiło ok. 10 tygodni (termin prawie zgodny z terminem wymaganym w unieważnionym przetargu ograniczonym), tj. ok. 2,5 miesiąca.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Za niezgodność z treścią specyfikacji należy uznać m.in. podany w ofercie dłuższy niż wymagany termin realizacji zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Z przepisu tego wynika, że postanowienia oferty i umowy zawartej z wykonawcą, który złożył tę ofertę nie mogą być rozbieżne, tzn. umowa powinna zawierać te same prawa i obowiązki, do których wykonawca zobowiązał się w swojej ofercie, np. nie

może zawierać zapisów rozszerzających lub ograniczających zakres przedmiotu zamówienia, do którego wykonania wykonawca zobowiązał się w ofercie.

W niniejszym postępowaniu wybrany wykonawca zobowiązał się w ofercie do wykonania zamówienia w terminie 4 miesiące, tj. w terminie niezgodnym z siwz. Jednocześnie jednak termin ten został w umowie skrócony w stosunku do treści oferty do ok. 10 tygodni. W niniejszym postępowaniu, odnośnie terminu wykonania zamówienia, naruszono zatem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz naruszono art. 140 ust. 1 ustawy poprzez zmianę w umowie zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie.

Biorąc jednakże pod uwagę, że ostateczny termin wykonania zamówienia określony w umowie nie odbiegał znacząco od terminu wymaganego w unieważnionym przetargu ograniczonym, dzięki czemu został zachowany wymóg, aby warunki zamówienia w zakresie terminu realizacji zamówienia, nie zostały w istotny sposób zmienione w trybie negocjacji bez ogłoszenia, a także biorąc pod uwagę fakt, że zapisany w umowie termin był korzystny dla zamawiającego, należy uznać, że ww. naruszenia w omawianym postępowaniu nie miały charakteru rażącego i nie powinny skutkować nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego.

V.1.4. Zamawiający: Fundacja Rozwoju Dzieci im. Jana Amosa Komeńskiego,

Przedmiot zamówienia: wynajęcie ośrodka hotelowo - szkoleniowego na przeprowadzenie cyklu dwóch szkoleń

Wartość zamówienia: 72.600 zł (17.940,10 euro)

Data wszczęcia postępowania: 16 czerwca 2005 r.

Projekt SPO RZL, Działanie 2.1, projekt nr 3/2.1a/2004/149.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający wymagał, aby wykonawcy zaoferowali usługę w zakresie zapewnienia obsługi hotelarsko – gastronomicznej dla około 55 uczestników dwóch szkoleń, mających się odbyć w dniach 16-21 sierpnia 2005 r. i 12-17 września 2005 r. W związku z powyższym, jak wynika z treści zapytania ofertowego, zamawiający wymagał, aby wykonawcy:

- dysponowali we wskazanych terminach salą, w której będzie można zaprezentować pierwszego dnia program szkolenia wszystkim jego uczestnikom, a w kolejnych dniach - 3 salami do prowadzenia szkoleń dla min 16 osób,
- zapewnili uczestnikom szkolenia wyżywienie dobowe: śniadanie, obiad, kolacja – również dla wegetarian oraz dwie przerwy kawowe.

W odpowiedzi na skierowane zapytania ofertowe zamawiający otrzymał cztery oferty, z których 3 odrzucił. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Regionalne Centrum Szkolenia i Administracji w Rzeszowie o treści: „w odpowiedzi na zapytanie ofertowe (...) zobowiązuję się wykonać opisany przedmiot zamówienia za kwotę brutto w wysokości 52 450 zł. Powyższa kwota została skalkulowana na podstawie cen jednostkowych:

- Hotel (pokoje 2-, 3-osobowe) – 35 zł/osoba,
- Wynajem sal (dzień) – 300 zł/sala,
- Serwis kawowy (dzień) – 4 zł. osoba,
- Wyżywienie (dzień) – 35 zł/osoba, w tym: kolacja (10 zł), śniadanie (10 zł), obiad (15 zł).”

Zgodnie z wyjaśnieniami przekazanymi przez zamawiającego, bezpośrednio przed podpisaniem umowy w dniu 8 sierpnia 2005 r., zamawiający otrzymał od wykonawcy informację, że za obsługę w zakresie wyżywienia podczas szkolenia będzie odpowiedzialny zewnętrzny podmiot – Firma Handlowo - Usługowa s.c. w Żyżnowie. Powyższa okoliczność skutkowała tym, że zamawiający podpisał z ww. podmiotem umowę na zapewnienie obsługi szkoleń w zakresie wyżywienia. Natomiast z Regionalnym Centrum Szkolenia i Administracji w Rzeszowie zawarł umowę, która nie obejmowała wyżywienia uczestników szkoleń.

Zgodnie z treścią art. 140 ust. 1 ustawy, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta wyłącznie na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ofercie. Tym samym treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi być odzwierciedleniem oferty w zakresie przedmiotu zamówienia, ceny, terminu wykonania zamówienia, warunków gwarancji i płatności.

Zakres świadczenia określony w umowie o zamówienie publiczne nie może być zatem szerszy niż zobowiązanie wykonawcy zawarte w ofercie, nie powinien być również węższy, gdyż mogłoby to prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający ograniczając zakres świadczenia na etapie zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego mógłby bowiem utrudniać dostęp do zamówienia publicznego w ten sposób, że opisując szerszy przedmiot zamówienia ograniczałby krąg potencjalnych podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia, a następnie udzielałby zamówienia w mniejszej skali, w której mogłyby je wykonać także inne podmioty. W ten sposób wykonawcy potencjalnie zdolni do wykonania zamówienia o ograniczonym zakresie nie mieliby do niego dostępu na etapie składania ofert, co pozostaje w sprzeczności z zasadą równego traktowania (również potencjalnych) wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy.

W przedmiotowej sprawie za niezgodne z treścią art. 140 ust. 1 ustawy należy zatem uznać działania zamawiającego polegające na opisie przedmiotu zamówienia, w skład którego wchodziło wyżywienie uczestników szkolenia, a następnie wyłączenie wyżywienia z zakresu zamówienia i zawarcie umowy z wykonawcą bez tej części, mimo, że jego oferta obejmowała także wyżywienie.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że zamawiający nie może również zmieniać przedmiotu zamówienia po otwarciu ofert. Opis przedmiotu zamówienia jest czynnością, której dokonuje się przed wszczęciem postępowania, na etapie jego przygotowania. Winien on być dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń (art. 29 ust. 1 ustawy) oraz z zachowaniem uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy). Możliwa jest wprowadzenie w trybie zapytania o cenę modyfikacja specyfikacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, ale pod warunkiem, że ma to miejsce przed terminem składania ofert (art. 38 ust. 4 ustawy) i nie prowadzi do istotnej zmiany tego opisu. Zgodnie z treścią zaproszenia do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu zakres przedmiotu zamówienia obejmował wynajem sal, nocleg i wyżywienie uczestników szkolenia. Wyłączenie po otwarciu ofert z zakresu przedmiotu zamówienia istotnej jego części – wyżywienia, dowodzi tego, że jego opis nie został dokonany z należytą starannością na etapie przygotowania postępowania. Dodatkowo wyłączenie to spowodowało opisane powyżej naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy, poprzez zawarcie umowy, w której zakres świadczenia wykonawcy był węższy niż zakres wynikający z oferty.

Należy jednak zauważyć, że spośród elementów składających się na przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu wynajem sal nie podlegał przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 4 pkt 3 lit. i), zaś pozostałe usługi: nocleg i wyżywienie mogły być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy. W trybie tym zamawiający mógłby negocjować z wykonawcą zakres przedmiotu zamówienia do chwili zawarcia umowy. Biorąc zatem pod uwagę fakultatywność stosowania przez zamawiającego trybu zapytania o cenę oraz to, że wykonawca nie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w myśl dyrektyw Unii Europejskiej, należy uznać, że wskazane powyżej naruszenia art. 140 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy, nie skutkują nieważnością zawartych umów.

V.2. Naruszenia dotyczące warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia.

V.2.1. Zamawiający: Powiat Malborski

Przedmiot zamówienia: dostawa urządzeń teleinformatycznych, alarmowania i łączności radiowej oraz wykonanie strukturalnej sieci teletechnicznej,

Wartość zamówienia: 508.166 zł (125.572,30 euro),

Data wszczęcia postępowania: 24 marca 2005 r.

Projekt ZPORR nr Z/2.22/I/1.5/045/04 „Budowa CZRiK – 2 etap Programu Zwiększającego Publiczny Dostęp do Internetu w Powiecie Malborskim”

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 3 do siwz zamieścił szczegółowy opis parametrów zamawianego sprzętu (a zwłaszcza sprzętu komputerowego – serwer główny, serwer pomocniczy – komunikacyjny, komputery stanowisk dyspozytorskich, komputery dla Gminnych Centrów Reagowania, system przesyłania statusów drogą radiową dla pojazdów PSP i PR) posługując się przy tym nazwami konkretnych produktów, poprzez podanie nazwy producenta. Zamawiający posługiwał się m. in. następującym opisem sprzętu:

- Platforma Intel z chipsetem E7520 z możliwością zainstalowania dwóch procesorów serii Xeon, FSB 800MHz, obsługa do 12GB RAM zintegrowana Grafika (...);
- Procesor Intel Pentium IV Xeon min. 2,8 GHz FSB 800 MHz;
- Płyta główna oparta o chipset Intel 915 (...);
- Procesor PIV min. 2,8 GHz Prescott (...);
- Procesor minimum Celeron D taktowany częstotliwością min. 2,8 GHz (...);
- Drukarka termiczna 12V typu Mefka;
- Mysz optyczna (markowa) Logitech;
- Klawiatura (markowa) Logitech.

Art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Wyjątek dopuszczający opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został określony w art. 29 ust. 3 ustawy. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach - gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Ponadto w przypadku opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych konieczne jest dopuszczenie składania ofert równoważnych, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Nawet w przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych zamawiający jest zobowiązany do dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert (precyzyjne określenie przez zamawiającego parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych). W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu „równoważności” oferty.

Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 21 czerwca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1755/06) stwierdził, iż na zamawiającym ciąży obowiązek jasnego, precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Dla oceny ofert w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „równoważność”, ale zawarte w siwz określenia uściślające wymogi zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert. Należy

jednak zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w ogóle nie przewidział możliwości składania ofert równoważnych. Wskazując w siwz na konkretny produkt lub producenta poprzez wskazanie znaku towarowego, pomimo istnienia możliwości opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych, zamawiający nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących porównywalne produkty innych marek/producentów.

Wobec powyższego poprzez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia przez podanie znaków towarowych i brak dopuszczenia ofert równoważnych, zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Z uwagi na to, że opisany za pomocą znaków towarowych sprzęt nie stanowił przeważającej części przedmiotu zamówienia, nie można uznać, że naruszenie to skutkuje nieważnością zawartej umowy.

V.2.2. Zamawiający: Gmina Melgiew,

Przedmiot zamówienia: budowa drogi gminnej 105 533 L w miejscowości Minkowice

Wartość zamówienia: 471.251,51 zł (116.450,54 euro)

Data wszczęcia postępowania: 1 czerwca 2005 r.

Projekt ZPORR, Działanie 3.2.

Zamawiający w Części III siwz zawarł warunek, iż w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają na realizację przedmiotowego zamówienia środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł. Z nadesłanego druku ZP-1 wynika, że wartość szacunkowa w przedmiotowym postępowaniu została ustalona na kwotę 471 251,51 zł.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Innymi słowy podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Ustalone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. W świetle powyższego wymóg wykazania posiadania na realizację przedmiotowego zamówienia środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł, a więc o wartości ponad trzykrotnie większej niż wartość szacunkowa zamówienia, należy uznać za warunek nadmierny, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy nie dysponowali środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości wymaganej przez zamawiającego, jednakże byliby w stanie zrealizować zamówienie. Wymóg taki mógł zatem prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Dodatkowo zamawiający postawił warunek, aby wykonawcy wykazali z okresu ostatnich 5 lat doświadczenie polegające na wykonaniu co najmniej 5 zamówień obejmujących roboty w zakresie będącym przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 100 000 zł każda, przy czym w przypadku wykonawców występujących wspólnie warunek musiał spełniać co najmniej jeden z nich. Oznacza to, że zamawiający nie dopuszczał, aby wykonawcy występujący wspólnie wykazali łącznie wymagane doświadczenie, np. jeden z nich wykazał 2 wymagane roboty, drugi zaś – trzy wymagane roboty, ale żądał, aby jeden z nich spełnił postawiony warunek w całości.

Tak sformułowany warunek jest niezgodny z treścią art. 23 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy. Z powyższego wynika, że - w przypadku konsorcjum - w celu

dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i kadrowy, jaki wykazują podmioty tworzące konsorcjum, łączne ich doświadczenie, a także łączną sytuację ekonomiczną i finansową. Dlatego też dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania wystarczające jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez jednego z członków konsorcjum w całości lub przez nich wszystkich łącznie. Zamawiający nie może zatem wymagać posiadania doświadczenia, sprzętu itp. przez wszystkich uczestników konsorcjum lub jednego z nich w całości, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum – możliwości korzystania z potencjału każdego z członków.

W świetle powyższego ww. wymóg posiadania odpowiedniego doświadczenia przez co najmniej jednego z wykonawców występujących wspólnie, czyli przez co najmniej jednego z nich w całości, mógł ograniczyć swobodę tworzenia konsorcjum, i tym samym mógł wpłynąć na ograniczenie konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust.1 ustawy. Wymóg ten jest ponadto sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowi naruszenie art. 23 ust. 3 ustawy.

V.2.3. Zamawiający: Urząd Miejski w Leśnicy

Przedmiot zamówienia: rozbudowa i przebudowa budynku istniejącej przychodni

Wartość zamówienia: 246.425,27 zł (60.893,86 euro)

Data wszczęcia postępowania: 10 lutego 2005 r.

Projekt ZPORR, Działanie 3.5.2.

Zgodnie z treścią pkt 8 siwz (opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają m.in. następujące warunki:

- posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności min. 1 rok (tj. 1.01.2004 r.),
- wykażą min. 3 zadania o wartości min. 250 000 zł na obiektach użyteczności publicznej.

Odnosnie sformułowanego przez zamawiającego warunku prowadzenia działalności min. 1 rok (tj. co najmniej od 1.01.2004 r.), należy przede wszystkim podkreślić, że nie istnieją w ustawie Prawo zamówień publicznych i aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie przepisy ograniczające wykonawcom działającym krócej niż 1 rok możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne. Ustawodawca wskazał jedynie, że dokumenty potwierdzające warunki dotyczące doświadczenia (ale tylko w przypadku dostaw i usług) oraz sytuacji ekonomicznej wykonawcy (odnośnie sprawozdań finansowych) mają obejmować dane z ostatnich 3 lat (lub z okresu nie dłuższego niż 3 lata dla sprawozdań finansowych), ale w obu tych przypadkach również wyraźnie wskazał, że jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – dane te mogą pochodzić z tegoż krótszego okresu prowadzenia działalności. Takie uregulowania jednak w żaden sposób nie odnoszą się do konieczności prowadzenia przez wykonawcę działalności przez określony czas i nie dają zamawiającemu podstawy do ustanawiania takich ograniczeń, a co za tym idzie – uniemożliwiania potencjalnym wykonawcom, prowadzącym działalność przez okres krótszy niż 1 rok, ubiegania się o zamówienie.

Należy ponadto zauważyć, że określenie przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, to jest warunku wykazania co najmniej 3 zadań na obiektach użyteczności publicznej, spowodowało iż wykluczony został udział w postępowaniu podmiotów, które posiadały doświadczenie w zakresie prac objętych niniejszym zamówieniem, ale na obiektach innego rodzaju. Prace wchodzące w zakres przedmiotowego zamówienia, takie jak m.in.: wymiana instalacji elektrycznej, wykonanie ścianek z płyt gipsowych, malowanie podłóg, malowanie tynków, zainstalowanie opraw oświetleniowych, czy umywalk, itp. mogą być wykonywane w różnego rodzaju obiektach i nie ma powodu, dla którego wykonawca posiadający doświadczenie w zakresie ww. prac zrealizowanych w obiekcie innym niż obiekt użyteczności publicznej, nie mógł ich wykonać także w przedmiotowym postępowaniu. Wymóg wykazania przez wykonawcę

konkretnie zadań wykonanych na obiektach użyteczności publicznej mógł zatem ograniczyć uczciwą konkurencję, ponieważ zawężenie to uniemożliwiło ubieganie się o zamówienie wykonawców, którzy mają doświadczenie w przebudowie i rozbudowie obiektów innego rodzaju, ale w zakresie prac o zbliżonym charakterze i funkcji, których sposób realizacji i poziom skomplikowania jest taki sam, jak w przypadku inwestycji objętej niniejszym zamówieniem.

Jak wynika z treści art. 22 ust. 2 ustawy, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Określone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności danego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Każde odstępianie od zasad udzielania zamówień, poprzez formułowanie warunków nadmiernych należy uznać za naruszenie obowiązujących przepisów. Powyższe zapisy siwz mogły utrudnić uczciwą konkurencję, a więc naruszyć art. 22 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy.