

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 13 lipca 2016 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

Gmina Pszczyna

ul. Rynek 2

43-200 Pszczyna

w przedmiocie zamówienia:

Serce Wsi – modernizacja terenów wiejskich na cele integracji lokalnej społeczności
Etap I: 1. Budowa małej architektury – budowa wiaty zadaszenia typu grill w miejscowościach: Jankowice, Studzienice, Poręba, Piasek. 2. Budowa małej sceny na cele rekreacyjno-kulturalne w miejscowości Łąka. 3. Montaż elementów małej architektury w miejscowości Wisła Mała. 4. Utwardzenie ażurowe placu w Studzionce

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący : Ewa Sikorska

Członkowie : Ryszard Teztlaff

Justyna Tomkowska

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń z dnia 17 czerwca 2016, doręczonych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 24 czerwca 2016 roku, od wyników kontroli z dnia 8 czerwca 2016 roku, w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną następczą.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: kontrolujący lub Prezes UZP lub Prezes Urzędu) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania z wolnej ręki pn. Serce Wsi – modernizacja terenów wiejskich na cele integracji lokalnej społeczności Etap I: 1. Budowa małej architektury – budowa wiaty zadaszania typu grill w miejscowościach: Jankowice, Studzienice, Poręba, Piasek. 2. Budowa małej sceny na cele rekreacyjno-kulturalne w miejscowości Łąka. 3. Montaż elementów małej architektury w miejscowości Wisła Mała. 4. Utwardzenie ażurowe placu w Studzionce

Kontrolujący ustalił następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.: *„Serce Wsi – modernizacja terenów wiejskich na cele integracji lokalnej społeczności Etap I: 1. Budowa małej architektury – budowa wiaty zadaszania typu grill w miejscowościach: Jankowice, Studzienice, Poręba, Piasek. 2. Budowa małej sceny na cele rekreacyjno-kulturalne w miejscowości Łąka. 3. Montaż elementów małej architektury w miejscowości Wisła Mała. 4. Utwardzenie ażurowe placu w Studzionce”* zamawiający wszczął w dniu 1 października 2012 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy F.P.H.U. „PAWLUS” B.P..

Jako uzasadnienie zastosowania ww. trybu zamawiający w protokole postępowania oraz w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 października 2012 r. pod nr 226857-2012 wskazał, iż *„ogłosił 2 przetargi nieograniczone, w wyniku tych ogłoszeń nikt nie złożył oferty a pierwotne warunki nie zostały w istotny sposób zmienione. Spełnienie tych przesłanek pozwala na zastosowanie tego trybu (art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp)”*.

Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej „rozporządzeniem”.

Zamawiający nie opisał sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunków szczegółowych (np. wiedzy i doświadczenia, zdolności ekonomicznej i finansowej, itd.).

Termin wykonania zamówienia w zaproszeniu do negocjacji określono na dzień 30 czerwca 2013 r. (tj. 9 miesięcy od dnia wszczęcia kontrolowanego postępowania).

W dniu 5 października 2012 r. zamawiający przeprowadził negocjacje z ww. wykonawcą, w wyniku których ustalono m.in., że wykonawca wykona wskazane roboty budowlane w terminach:

- od dnia 15 października 2012 r. do dnia 30 listopada 2012 r. (dotyczy zadań pn.: „Budowa małej architektury – budowa wiaty typu grill w miejscowościach: Studzienice”, „Budowa małej architektury – budowa wiaty typu grill w miejscowościach: Piasek” i „Montaż elementów małej architektury – plac zabaw dla dzieci w miejscowości Wisła Mała”);

- od dnia 2 maja 2013 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. (dotyczy zadań pn.: „Budowa małej architektury – budowa wiaty typu grill w miejscowościach: Jankowice”, „Budowa małej architektury – budowa wiaty typu grill w miejscowościach: Poręba”, „Budowa małej sceny na cele rekreacyjno-kulturalne w Łące” i „Utwardzenie ażurowe placu w Studzionce”).

W dniu 19 listopada 2012 r. została zawarta umowa nr ZP.272.6.00001.2012 na realizację przedmiotu zamówienia. Z treści § 3 ust. 1 i 2 umowy wynika, że „Realizacja przedmiotu umowy nastąpi w okresie:

- a) rozpoczęcie robót po podpisaniu umowy i przekazaniu placu budowy;
- b) zakończenie robót – do 30 czerwca 2013 r.

Zamawiający przekaże wykonawcy plac budowy w ciągu 3 dni od podpisania umowy”.

W dniu 21 marca 2012 r. zamawiający wszczął w trybie przetargu nieograniczonego pierwsze postępowanie pn.: „*Serce Wsi – modernizacja terenów wiejskich na cele integracji lokalnej społeczności Etap I*” (oznaczenie sprawy nr ZP.271.1.00002.2012), którego przedmiot obejmował:

1. Budowę małej architektury – budowa wiaty zadaszania typu grill w miejscowościach: Jankowice, Studzienice, Poręba, Piasek;
2. Budowę małej sceny na cele rekreacyjno-kulturalne w miejscowości Łąka;
3. Montaż elementów małej architektury w miejscowości Wisła Mała;

4. Utwardzenie ażurowe placu w Studzionce.

Termin realizacji zamówienia został ustalony na dzień – 30 czerwca 2012 r.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunków zamawiający wymagał dołączenia do oferty oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-4 rozporządzenia.

W celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, iż *„w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali należycie, co najmniej 3 obiekty małej architektury o łącznej wartości nie mniej niż 200.000,00 zł każdy”*.

W trakcie prowadzonego postępowania, jeden z wykonawców zwrócił się z zapytaniem dotyczącym zapisów siwz w zakresie opisu warunku wiedzy i doświadczenia o treści - *„czy zamawiający wymaga udokumentowania wykonania należycie co najmniej 3 obiektów małej architektury po 200.000,00 zł każdy, czy co najmniej 3 obiektów małej architektury o łącznej wartości 200.000,00 zł ?”*

W piśmie z dnia 23 marca 2012 r. zamawiający wyjaśnił, iż *„wymaga wykonania należycie co najmniej 3 obiektów małej architektury o wartości 200.000,00 zł każdy.”*

Ponadto zamawiający wymagał, aby wykonawcy przedłożyli opłaconą polisę OC i wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, chociaż nie zamieścił szczegółowego opisu sposobu oceny spełniania wymienionych warunków udziału w postępowaniu, które ww. dokumenty miałyby potwierdzać.

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. 6 kwietnia 2012 r. nie wpłynęła żadna oferta. W dniu 12 kwietnia 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dokonał unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym, w dniu 23 kwietnia 2012 r. zamawiający wszczął ponownie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia (oznaczenie sprawy nr ZP.271.1.00003.2012).

Termin realizacji zamówienia został ustalony na dzień – 31 sierpnia 2012 r.

Zamawiający w stosunku do wcześniejszego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dokonał zmiany opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymagając od wykonawców, aby wykazali, że „w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali należycie, co najmniej 3 obiekty małej architektury o łącznej wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł”. Tym samym, zamawiający złagodził warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia poprzez rezygnację z konieczności wykazania się realizacją „(...) 3 obiektów małej architektury o wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł każdy”.

Pozostałe warunki udziału w postępowaniu nie uległy zmianie w stosunku do wcześniejszego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. 8 maja 2012 r. również nie wpłynęła żadna oferta. W dniu 10 maja 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, po raz drugi dokonał unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Stanowisko kontrolującego:

Kontrolujący zauważył, iż w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający ograniczył stawiane warunki udziału w postępowaniu w stosunku do przetargów nieograniczonych (oznaczonych numerami: ZP.271.1.00002.2012 oraz ZP.271.1.00003.2012), nie formułując warunków szczególnych w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców, podczas gdy w obydwu przetargach nieograniczonych wymagał wykazania odpowiednio, iż:

- 1) postępowanie wszczęte w dniu 21 marca 2012 r. (opis po modyfikacji) – „w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali należycie, co najmniej 3 obiekty małej architektury o wartości 200.000,00 zł każdy”,
- 2) postępowanie wszczęte w dniu w dniu 23 kwietnia 2012 r. – „w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali należycie, co najmniej 3 obiekty małej architektury o łącznej wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł”.

Ponadto w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający wymagał, aby wykonawcy przedłożyli opłaconą polisę OC i wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, chociaż nie zamieścił szczegółowego opisu sposobu oceny spełniania wymienionych warunków udziału w postępowaniu, które ww. dokumenty miałyby potwierdzać.

Zamawiający nie żądał również przedłożenia dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, określonych w § 2 ust. 1 pkt 3-4 rozporządzenia, których wymagał w przetargach nieograniczonych.

Ponadto termin wykonania zamówienia określony w zamówieniu przeprowadzonym w trybie z wolnej ręki na 9 miesięcy od daty przekazania wykonawcy zaproszenia do negocjacji jest niemal trzykrotnie dłuższy, niż terminy określone we wcześniejszych postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego.

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

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

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

- a) przeprowadzono kolejno dwa postępowania o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego;
- b) w postępowaniach tych nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały

odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia;

c) pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

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

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

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

Mając na uwadze powyższe oraz dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać, iż zamawiający dokonując zmiany pierwotnych warunków zamówienia w postępowaniu przeprowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki w stosunku do postępowań przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, naruszył postanowienia ustawy Pzp w powyższym zakresie. Oznacza to, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Stanowisko zamawiającego:

W zastrzeżeniach od wyników kontroli z dnia 17 czerwca 2016, doręczonych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 24 czerwca 2016 roku, zamawiający podniósł, iż – zawierając umowę w dniu 19 listopada – nie mógł przewidzieć warunków atmosferycznych panujących w okresie zimy, w związku z czym zawarcie umowy z wydłużonym terminem realizacji w stosunku do poprzednich postępowań przetargowych było całkowicie zasadnym. W innym wypadku zamawiający albo wyznaczyłby wykonawcy nierealny 3-miesięczny termin na wykonanie zamówienia w warunkach zimowych, albo musiałby czekać do wiosny na podpisanie umowy. Warunkiem koniecznym, by nie utracić dofinansowania ze środków zewnętrznych na realizację przedmiotowego zadania, było wyłonienie wykonawcy i podpisanie umowy, dlatego też zamawiający podpisał umowę, a mając świadomość terminu jej zawarcia (listopad 2012 r.), przyjął, że w okresie zimy, tj. przez okres 3-ech miesięcy, niemożliwym będzie wykonywanie robót budowlanych związanych z wykonywaniem wiat w konstrukcji drewnianej na betonowym fundamencie. Zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i wiedzy technicznej, prace związane z betonowaniem w okresie zimowym mogą być prowadzone w temperaturze do minus 5° C. Ujemne temperatury znacznie utrudniają wykonanie wykopów a ponadto wykonany fundament nie będzie stabilny. Ponadto stawianie w zimowych warunkach drewnianej konstrukcji wiaty pokrytej gontem bitumicznym jest ekonomicznie nieuzasadnione.

Odnosnie pozostałych stwierdzonych uchybień, zamawiający podniósł, że przedmiotowe zamówienie finansowe było ze środków pomocowych w ramach działania 413 Wdrażanie lokalnych strategii rozwoju PROW 2007-2013 dla operacji, które odpowiadają warunkom przyznania pomocy w ramach działania pn. Odnowa i rozwój wsi - tytuł operacji „Serce wsi-modernizacja terenów wiejskich na cele integracji lokalnej społeczności”. Wniosek został rozpatrzony pozytywnie i sfinalizowany podpisaniem w dniu 26.10.2011 roku umowy o dofinansowanie projektu. Złagodzenie warunków spełnianych przez wykonawców w ogłoszonym po raz drugi postępowaniu przetargowym w trybie konkurencyjnym oraz ograniczenie stawianych warunków wykonawcy zaproszonemu do negocjacji w trybie wyboru z „wolnej ręki” tłumaczy fakt, że brak wyboru wykonawcy dla realizacji przedmiotowego zadania wiązałby się z utratą dofinansowania i rozwiązaniem umowy o jego przyznaniu. W związku z tym zamawiający dążył do rozstrzygnięcia wyboru wykonawcy, mając na uwadze również obowiązujące i wiążące terminy wynikające z zawartej umowy o dofinansowanie w zakresie przeprowadzonego postępowania przetargowego oraz realizacji robót budowlanych

Zgodnie z zapisami art. 68 ust. 1 ustawy Pzp, wraz zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia

postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. Nie stosuje się w tym przypadku przepisów art. 36 ust 1-3 ustawy Pzp, które dotyczą Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zawierającej m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zamawiający wraz z zaproszeniem do negocjacji przekazał wykonawcy wzór umowy oraz wzór oświadczeń do złożenia których zobowiązany był wykonawca.

W ocenie zamawiającego, stwierdzone uchybienia nie powinny skutkować złożeniem wniosku o unieważnienie umowy. Zamawiający zwrócił także uwagę na to, że ze stosownym wyprzedzeniem (dłuższym niż wymagane ustawą 5 dni) Urząd Miejski w Pszczynie ogłosił o zamiarze zawarcia kwestionowanej umowy. Zamawiający wniósł o niekaranie karą pieniężną, a w szczególności niewystępowanie do sądu o unieważnienie umowy, mając na uwadze m.in. to, że została już zakończona i rozliczona.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP oraz zważyła, co następuje:

W ocenie Izby wnioski zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej należy uznać za zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż stan faktyczny, ustalony przez kontrolującego, nie budzi zastrzeżeń i nie jest pomiędzy kontrolującym i zamawiającym sporny.

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

Zasada prymatu procedur przetargowych oddziałuje na kolejność stosowania trybów udzielania zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek prowadzenia w pierwszej kolejności procedur przetargowych. Jeśli przetarg nieograniczony albo ograniczony nie da rezultatu, tzn. nie został złożony jakikolwiek wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, zamawiający może przeprowadzić ponownie postępowanie przetargowe lub zastosować procedury negocjacyjne. Dopiero wówczas, gdy także w ich

toku nie złożono żadnej oferty lub wszystkie oferty odrzucono, otwiera się droga zamówienia z wolnej ręki na podstawie ust. 1 art. 67 ust. 1 pkt 4. Zastosowanie tego trybu jest możliwe, gdy pierwotne warunki zamówienia nie zostają w istotny sposób zmienione. Istotna zmiana pierwotnych warunków zamówienia uniemożliwia zatem udzielenie zamówienia na podstawie tego przepisu.

Podstawową zatem kwestią dla rozpoznania wniesionych zastrzeżeń jest rozstrzygnięcie, co należy rozumieć poprzez pierwotne warunki zamówienia.

W ocenie Izby, pod pojęciem „warunki zamówienia” rozumieć należy wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe. Pogląd takie wyrażono m.in. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2010 roku sygn. akt KIO/KD 66/10.

Warunki podmiotowe to warunki udziału w postępowaniu rozumiane jako wymagania odnoszące się do właściwości wykonawcy zainteresowanego ubieganiem się o realizację zamówienia publicznego. Celem stosowania tych warunków jest ograniczenie ryzyka wyboru przez zamawiającego wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia.

Przez warunki udziału w postępowaniu (warunki podmiotowe) rozumie się w świetle ustawy P.z.p.:

- warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust.1 oraz
- warunki z art. 24 ust.1 P.z.p.

Zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu stanowią istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, która uniemożliwia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Stanowisko wynika m.in. z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja przeciwko Grecji, pkt 52, gdzie uznano, iż za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innych wykonawców. Analogiczne stanowisko wyrażone zostało w wyroku w sprawie C-496/99 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, ECR 2004, s. I-3801, w wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presse-text

Nachrichtenagentur oraz w wyroku z 5 października 2000 roku w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej.

Za istotną zmianę warunków zamówienia należy uznać zatem obniżenie w ramach postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wymagań stawianych wykonawcom w stosunku do postępowania prowadzonego uprzednio w jednym z trybów podstawowych. Takie stanowisko prezentuje również Komisja Europejska (por. pismo Komisji Europejskiej z dnia 6 września 2005 r., sygn. MARKT C2/LR/dm D(2005)11718)

W ocenie Izby, z analogicznych przyczyn, zamawiający nie był również uprawniony do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w sytuacji, gdy zmienił termin wykonania zamówienia poprzez jego wydłużenie do około 9 miesięcy, podczas gdy w postępowaniach konkurencyjnych termin ten był przewidziany na około 3 miesiące.

Termin wykonania zamówienia to jeden z najistotniejszych elementów każdej umowy o zamówienie publiczne. Zaraz obok opisu przedmiotu zamówienia jest on jednym z najistotniejszych czynników kształtujących krąg potencjalnych wykonawców mogących skutecznie złożyć ofertę oraz wpływających na poziom oferowanych przez nich cen.

Również i w przypadku zmiany terminu w kontekście możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., należy wziąć pod uwagę okoliczność ewentualnego wpływu tej zmiany na krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. W rozpoznawanej sprawie jest prawdopodobne, że w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybach konkurencyjnych nie wzięli udziału przedsiębiorcy, którzy ze względu na posiadany potencjał do wykonania zamówienia (zarówno majątkowy, jak i osobowy) nie mogli podjąć się wykonania zamówienia w terminie 3 miesięcy, ale mogliby to uczynić w terminie 9 miesięcy (por. np. orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 7 lipca 2014 roku sygn. akt BDF1/4900/16/18/14). Nie przekonuje przy tym Izby argumentacja zamawiającego, iż tak znaczne przedłużenie terminu wynikało z faktu, iż w okresie zimowym nie można było realizować robót będących przedmiotem zamówienia. O ile można zgodzić się ze stanowiskiem, iż – co do zasady – okres zimowy uniemożliwia wykonywanie robót budowlanych, o tyle nie uzasadnia to konieczności wydłużania terminu aż o około 6 miesięcy w stosunku do terminu pierwotnego. Okres zimowy trwa około trzech miesięcy i za uzasadnione można byłoby uznać ewentualne przedłużenie terminu zamówienia o taki okres.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....