

2013

Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP

Na podstawie Informatorów
Urzędu Zamówień Publicznych
Lipiec 2012 – Czerwiec 2013

Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP

Publikacja opracowana w ramach projektu systemowego: „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1 „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3. „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”. Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Opracowanie:

Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa
www.uzp.gov.pl

Wydawca:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
ul. Pańska 81/83
00-834 Warszawa
www.parp.gov.pl

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2013

© Copyright by Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013

Publikacja współfinansowana przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Publikacja bezpłatna

ISBN: 978-83-7633-244-4

Wydanie I

Nakład: 5000

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:
Agencja Reklamowo-Wydawnicza A. Grzegorzcyk
www.grzeg.com.pl

Słowo wstępne

Publikacja prezentuje wyniki kontroli prowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych w 2012 i 2013 r. oraz wskazuje na wybrane przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych, których niezastosowanie lub błędna interpretacja skutkuje nieprawidłowościami w postępowaniach przetargowych lub nieważnością umowy o zamówienie publiczne.

W opracowaniu zawarto przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP m.in. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia publicznego, opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Każdy ze wskazanych przypadków jest poprzedzony komentarzem omawiającym przepisy ustawy lub innych aktów prawnych mających zastosowanie na poszczególnych etapach prowadzenia postępowania. Zachęcamy do zapoznania się z publikacją zwłaszcza zamawiających, aby uniknąć błędów, które skutkują nieprawidłowościami przy wydatkowaniu środków publicznych.

Opracowanie jest publikowane w ramach projektu systemowego „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego, realizowanego w partnerstwie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz Urzędu Zamówień Publicznych.

Jednym z celów projektu jest wzrost wiedzy zamawiających o możliwościach, jakie stwarza ustawa Prawo zamówień publicznych oraz sposobach wdrożenia tych rozwiązań w praktyce udzielania zamówień.

Nowe podejście, którego założenia zostały zawarte w dokumencie rządowym: „Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój”, przyjętym przez Radę Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 roku, oznacza wprowadzenie nowoczesnego systemu, w którym istotnymi elementami przy udzielaniu zamówień są: innowacyjność, nowoczesne rozwiązania elektroniczne oraz kryteria ekologiczne i społeczne. Nowe podejście zmierza również do zwiększenia udziału małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych.

Zastosowanie rozwiązań wynikających z nowego podejścia (przykładowo zróżnicowanie kryteriów oceny ofert, podział zamówienia na części w celu zwiększenia udziału MSP w zamówieniach publicznych) musi iść w parze z prawidłowym, zgodnym z obowiązującymi regulacjami, prowadzeniem postępowań.

Wyrażamy nadzieję, że publikacja przyczyni się do uniknięcia błędów oraz będzie przydatnym źródłem wiedzy dla uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Jacek Sadowy – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
Bożena Lublińska-Kasprzak – Prezes Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości

Spis treści

Wykluczenie wykonawcy składającego nieprawdziwe informacje – nieprawidłowości stwierdzone w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP	7
Kryteria oceny ofert – przykłady nieprawidłowości stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych	11
Uchylenie się od zawarcia umowy przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych	27
Nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia publicznego – przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP	37
Nieprawidłowości związane ze stosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp wykrywane w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP	57
Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podst. art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – przykłady naruszeń wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP	69
Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podst. art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – przykłady naruszeń wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP	79
Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podst. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp – przykłady naruszeń wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP	97
Przykładowe naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stwierdzone w wyniku obligatoryjnych kontroli uprzednich Prezesa UZP	107
Przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu	125
Przykłady stwierdzonych w toku kontroli Prezesa UZP naruszeń dotyczących nieuprawnionego udzielania zamówień publicznych bez stosowania przepisów Pzp w związku z nieprawidłową interpretacją definicji legalnej pojęcia „zamówienia publiczne”, zawartej w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp	143

**Wykluczenie wykonawcy
składającego nieprawdziwe informacje
– nieprawidłowości stwierdzone w toku kontroli
przeprowadzonych przez Prezesa UZP**

Informator nr 7/2012

Instytucja wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została uregulowana w art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”. Jedną ze wskazanych w artykule przesłanek, stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy, jest złożenie przez niego nieprawdziwej informacji mającej wpływ lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy).

Interpretacja zacytowanego przepisu pozwala sformułować dwie przesłanki, których łączne wystąpienie powoduje konieczność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego one dotyczą. Po pierwsze, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje. Przedmiotowa przesłanka dotyczy wszystkich oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców, na każdym etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca nie wskazując na umyślność działania wykonawcy, uznaje, że złożenie nieprawdziwej informacji może być również spowodowane błędem. Po drugie, musi zaistnieć związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy złożeniem przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu informacji nieprawdziwych a ich wpływem na wynik postępowania lub prawdopodobieństwem zaistnienia wpływu na wynik postępowania. Oznacza to, iż dla uprawdopodobnienia zaistnienia przedmiotowej przesłanki nie jest niezbędne wykazanie wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania, wystarczające jest natomiast udowodnienie prawdopodobieństwa takiego wpływu. Powyższą interpretację potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1078/11), w którym Izba wskazała, iż „Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości.” W dalszej części wyroku Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, iż „przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Prawo zamówień publicznych nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwej informacji musi być zawinione przez wykonawcę ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. W ww. wyroku Izba podkreśliła również, iż „złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Wynik postępowania to nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, punktacja przyznana poszczególnym wnioskom. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji danego wykonawcy”. Odmiennie natomiast należy interpretować sytuację, w której co prawda doszło do złożenia przez wykonawcę informacji nieprawdziwej, jednak nie została spełniona druga przesłanka determinująca obowiązek wykluczenia wykonawcy, tj. nie zostało udowodnione, iż informacja ta miała wpływ na wynik postępowania. W takim stanie faktycznym zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza podziela przedmiotowe stanowisko w wyroku z dnia 16 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO/UZP 5/12) wskazując, że „podanie informacji o zatrudnieniu Henryka B. na umowę o pracę, a nie na umowę o dzieło pozostawało bez wpływu na wybór tej oferty. Wykonawca musiał wykazać, że zatrudnia więcej niż 4 pilarzy i więcej niż 2 robotników – minimum, w celu otrzymania punktów, czego oferta Rafała B. nie spełnia, gdyż wykazał 3 robotników i 2 pilarzy. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obligujący zamawiającego do wykluczenia wykonawcy za podanie nieprawdziwych informacji, stanowi, że dotyczy to wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”

Powyższe oznacza zatem, iż zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zatem, kiedy w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający poweźmie informacje, iż zaistniało prawdopodobieństwo złożenia przez jednego z wykonawców nieprawdziwego oświadczenia, zobowiązany jest on do zweryfikowania takiej informacji. Musi on stwierdzić w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz potwierdzić, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania, w przeciwnym wypadku, mogłoby dojść do sytuacji w której, zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostaną zachowane. W tym celu zamawiający, korzystając z uprawnień nadanych mu przez ustawodawcę na podstawie art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wzywa do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie wykonawcę, w stosunku do którego zaistniało podejrzenie, iż złożył nieprawdziwe oświadczenie. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1112/11), w którym czytamy, iż „W ramach wyjaśnień składanych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), jak i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca winien wobec zarzutu poświadczenia nieprawdy udzielić miarodajnych, pisemnych i wyczerpujących, tzn. opartych na dowodach, wyjaśnień (...). W przeciwnym razie zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenia jego oferty.”

Informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub wadliwie złożonego, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. Wykonawca, który dopuścił się złożenia oświadczenia lub dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie zostanie wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 801/11), w którym Izba orzekła, iż „Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 ustawy (...) stanowi samoistną przesłankę wykluczenia wykonawcy. Tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów stosowany być może jedynie w celu umożliwienia wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu usunięcia uchybień uniemożliwiających wykazanie, że stan ten istniał w dniu składania ofert lub wniosków. W żadnym razie art. 26 ust. 3 ustawy nie stosuje się dla zastąpienia informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania oświadczeniami lub dokumentami prawdziwymi.” Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1078/11), wskazując, iż „Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.”

Wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje, wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, może nie być jedyną konsekwencją. W przypadku zaistnienia podejrzenia popełnienia przestępstwa określonego w art. 297 § 1 ustawy Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.), tj. oszustwa przetargowego, zamawiający zobowiązany jest do zawiadomienia organów ścigania o podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

Podsumowując, należy stwierdzić, że działanie zamawiającego wynikające z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegające na wykluczeniu z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, powinno być zawsze poparte czynnościami wynikającymi z art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w celu uzyskania pewności co do zasadności wykluczenia.

W tym miejscu należy wskazać na sytuację, w której w określonych przepisami prawa przypadkach, podmioty gospodarcze mogą wykonywać dany rodzaj działalności, (tj. świadczyć danego rodzaju usługi), tyl-

ko i wyłącznie w sytuacji, gdy posiadają stosowne ku temu uprawnienia, potwierdzone uzyskaniem od właściwego organu dokumentem koncesji, licencji lub zezwolenia (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Przez „uprawnienia” należy więc rozumieć w szczególności koncesje na prowadzenie danej działalności, jak też zezwolenia i licencje wymagane przepisami ustaw regulujących dany obszar życia społecznego, a także działalność regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, wymagającą uzyskania wpisu w odpowiednim rejestrze. Działalność regulowana, o której mowa w przepisach ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, to nie tyle rodzaj uprawnienia (choć mieści się w tej kategorii w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), ile poddanie określonych rodzajów działalności gospodarczej regulacji administracyjnej (wymóg wpisu do specjalnego rejestru), pomimo braku możliwości ingerencji państwa w prawo do wykonywania takiej działalności. Wpis ma więc charakter ochronny w stosunku do podmiotów korzystających z usług przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w obszarach wymagających szczególnej kontroli państwa.

Przykładem powyższego może być przepis art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (tj. Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 ze zm.), zgodnie z którym działalność gospodarcza w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz pośredniczenia na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.) i wymaga uzyskania wpisu w rejestrze organizatorów turystyki i pośredników turystycznych prowadzonym przez marszałka województwa właściwego ze względu na siedzibę przedsiębiorcy. Jeżeli zatem przedmiotem zamówienia są usługi w zakresie organizacji imprez turystycznych w rozumieniu ustawy o usługach turystycznych, wówczas wykonawca ma obowiązek legitymowania się stosownym wpisem do ww. rejestru.

Podkreślenia wymaga jednak, iż w sytuacji, gdy ocena spełniania warunku posiadania uprawnień w postępowaniu jest dokonywana przez zamawiającego na podstawie oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (zob. art. 44 ustawy Pzp), tj. na podstawie oświadczenia o posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności, zamawiający z mocy prawa uznaje takie oświadczenie za prawdziwe.

Odnosnie postanowienia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, należy wskazać, iż w przypadku, gdy zamawiający zostałby poinformowany przez wykonawcę Y o nieposiadaniu przez firmę X wymaganego prawem wpisu do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych, to opierając się wyłącznie na wyjaśnieniach wykonawcy X, nie mógłby uznać, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu i że nie ma zatem podstaw do wykluczenia go z tego postępowania. Zamawiający bowiem na mocy obowiązujących przepisów prawa, zobowiązany jest do zweryfikowania, czy wykonawca wobec którego zaistniało podejrzenie poświadczenia nieprawdy, posiada uprawnienia do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia.

W przypadku zaistnienia powyższej sytuacji, należałoby uznać, że składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca podał nieprawdziwe informacje, mające w tym przypadku wpływ na wynik postępowania, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż zamawiający w takim przypadku winien dokonać wykluczenia wykonawcy X na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na złożenie przez niego w oświadczeniu z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nieprawdziwych informacji, że posiada stosowne uprawnienia. Tym samym, nie wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania stanowiłoby naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

**Kryteria oceny ofert
– przykłady nieprawidłowości
stwierdzonych w trakcie kontroli
Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

Informator nr 8/2012

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240) nakłada na jednostki sektora finansów publicznych obowiązek zawierania umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Jednocześnie, zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych są zobowiązane do dokonywania wydatków środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, a także w sposób umożliwiający terminową realizację zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. W przypadku podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej: „ustawą Pzp”, wydatkowanie środków publicznych w sposób celowy i oszczędny oznacza m.in. obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, którego oferta, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego, stanowi ofertę najkorzystniejszą.

Przez najkorzystniejszą ofertę – zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp – należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów, odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Zatem w przypadku ww. zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, Ustawodawca z góry wyłączył możliwość dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty wyłącznie na podstawie kryterium ceny.

Ponadto zamawiający nie może stosować wyłącznie kryterium cenowego prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego (por. art. 60b ust. 2 ustawy Pzp) oraz dopuszczając możliwość składania ofert wariantowych (por. art. 83 ust. 1 ustawy Pzp).

Z kolei w przypadku zamówień publicznych udzielanych w trybie zapytania o cenę oraz licytacji elektronicznej kryterium oceny ofert może stanowić wyłącznie cena. Powyższe wynika wprost z treści art. 72 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 80 ust. 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo wraz z wejściem w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w **sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych** (Dz.U. z 2011 r., Nr 96, poz. 559), tj. z dniem 25 maja 2011 r., zamawiający zostali zobowiązani do określania także innych niż cena kryteriów oceny ofert w odniesieniu do zamówień publicznych na zakup pojazdów samochodowych kategorii M i N, o których mowa w załączniku nr 1 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 października 2005 r. w **sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep** (Dz.U. z 2006 r., Nr 238, poz. 2010, Nr 205, poz. 1512 oraz z 2008 r. Nr 29, poz. 166), niebędących pojazdami specjalnymi. Zgodnie z § 3 przywołanego rozporządzenia kryteriami oceny ofert w odniesieniu do zakupu pojazdów samochodowych kategorii M i N są: zużycie energii, emisja dwutlenku węgla, emisja zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów. Przy ocenie ofert bierze się pod uwagę w szczególności: wielkość zużywanej energii, zmierzoną według procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych, a w przypadku pojazdów nieobjętych tą procedurą – określoną według innej metody pomiaru zużycia paliwa lub zużycia energii elektrycznej, zapewniającej porównywalność ofert, wielkość emisji dwutlenku węgla, zmierzoną według procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych, a w przypadku pojazdów nieobjętych tą procedurą – określoną według innej metody pomiaru emisji, zapewniającej porównywalność ofert, a także wyrażone łącznie lub oddzielnie wielkości emisji tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów (niemetanowych albo ich sumy), zmierzone według procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych, zapewniającej porównywalność ofert.

Jak wynika z treści art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Dyspozycja art. 91 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że cena stanowi obligatoryjne kryterium oceny ofert, które co do zasady może być stosowane samodzielnie albo w połączeniu z innymi pozacenowymi kryteriami oceny ofert.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2005 r. o cenach (Dz.U. z 2001 r., Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.). Stosownie do treści przywołanego przepisu cena jest to 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. A zatem cena w rozumieniu ustawy Pzp odnosi się do ceny oferty jako ostatecznej należności, jaką będzie musiał uiścić zamawiający za realizację zamówienia. Tym samym, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym zamawiający nie może jako kryterium oceny ofert określać ceny bez uwzględnienia w niej podatku VAT lub podatku akcyzowego. W związku z powyższym przyjęcie jako kryterium oceny ofert ceny netto jest niezgodne z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziły do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami (art. 91 ust. 3a Pzp).

Katalog kryteriów oceny ofert wskazany w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp stanowi katalog otwarty i przykładowy, a wyszczególnienie tych kryteriów przez ustawodawcę nie ma charakteru zamkniętego, dlatego też zamawiający może w tym zakresie zastosować także inne kryteria, nie wskazane wprost w tym przepisie, ale odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Swoboda zamawiającego w zakresie określania i stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest jednak ograniczona przez konieczność zapewnienia, aby kryteria te odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp¹. Ocena ofert w zgodzie z powyższą zasadą może być dokonywana przy użyciu opisanych kryteriów.

Dokonując oceny ofert na podstawie ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia zamawiający uprawniony jest nadać większą wagę pozacenowym kryteriom oceny ofert. To zamawiającemu jako dysponentowi środków publicznych przysługuje prawo do ustalenia, w jaki sposób środki te zostaną zagospodarowane, tak aby w najwyższym stopniu pozwalały na osiągnięcie celów i zadań realizowanych przez zamawiającego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2010 r., sygn. akt KIO 2093/10, KIO 2094/10, KIO 2095/10). W przywołanym wyroku Izba wskazała, iż nie można uznać za naruszające zasadę uczciwej konkurencji przyjęcie przez zamawiającego, iż w ramach oceny ofert, większa waga przypisana zostanie ocenie technicznej parametrów oferowanych urządzeń.

Zwrócić należy także uwagę na art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Jednocześnie należy podkreślić, iż zakaz odnoszenia kryteriów oceny ofert do właściwości wykonawcy nie obowiązuje w przypadku postępowań, których przedmiotem jest udzielenie zamówienia publicznego na usługi niepriorytetowe. Jak wynika z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach

¹ Pod redakcją Jacka Sadowego, *Kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowania*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011, s. 11.

wydanych na podstawie art. 2a ustawy Pzp, nie stosuje się m.in. przepisów ustawy pzp dotyczących zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. W związku z powyższym w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe zamawiający może odnieść kryteria oceny ofert do właściwości wykonawcy np. doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym lub technicznym, lub pozostawania w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej.

W zależności od zastosowanego trybu, zamawiający powinien w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do składania ofert określić kryteria oceny ofert i ich znaczenie (por. art. 41 pkt 9, art. 48 ust. 2 pkt 10 oraz art. 63 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp). Jednocześnie, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu ich oceny.

Prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest uprawniony do dokonania zmiany kryteriów oceny ofert opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Zamawiający może dokonać zmiany w tym zakresie wyłącznie przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Stosownie do treści art. 12a ust. 2 ustawy Pzp zmiana taka jest kwalifikowana jako zmiana istotna, która wymusza konieczność przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, termin składania: 1) ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – w trybie przetargu nieograniczonego; 2) wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niż 10 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenia stwierdzone w trakcie kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie kryteriów oceny ofert.

Kontrola nr 1 (KND 55/10)

W postępowaniu, którego przedmiotem była dostawa samochodów terenowych (postępowanie prowadzone przed wejściem w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych) zamawiający zastrzegł następujące kryteria oceny ofert: a) sumaryczna cena oferty – 50%, b) wysokość rabatu na wszystkie usługi serwisowe – 5%, c) termin płatności – 15%, d) lokalizacja autoryzowanego serwisu oferenta – 5%, e) kolor nadwozia – 25%.

Z powyższego wynika, iż przyjmując za maksymalną do uzyskania dla wszystkich kryteriów liczbę punktów równą 100, w ramach poszczególnych kryteriów, wykonawcy mogli maksymalnie uzyskać odpowiednio: 50, 5, 15, 5 i 25 punktów.

W SIWZ zamawiający zawarł dalsze informacje dotyczące oceny ofert podając, że kryteria oceny ofert będą oceniane programem komputerowym „Zamówienia Publiczne v. 5.0” przy zastosowaniu skali ocen 0-20 pkt:

- kryterium ceny (waga 50%) będzie oceniana na zasadzie minimalizacji,
- kryterium rabatu na usługi serwisowe (waga 5%) będzie oceniane na zasadzie maksymalizacji,
- kryterium terminu płatności (waga 15%) będzie oceniane na zasadzie maksymalizacji,
- punktacja dla kryterium lokalizacji serwisu (waga 5%) będzie obliczana w oparciu o zasadę oceny indywidualnej (maksymalizacja), z zastosowaniem punktacji określonej w SIWZ,
- punktacja dla kryterium kolor nadwozia (25%) będzie obliczana w oparciu o zasadę oceny indywidualnej (maksymalizacja), stosując punktację określoną w SIWZ.

W odrębnych tabelach, zamawiający podał jednocześnie szczegółowy sposób przyznawania punktów w kryteriach dotyczących odległości od serwisu oraz koloru nadwozia:

Odległość od serwisu	Liczba przyznanych punktów
Do 70,0 km	40
Od 70,1 km do 100,0 km	30
Od 100,1 km do 150,0 km	20
Od 150,1 km do 200,0 km	10
Pow. 200,1 km	0

Lp.	Kolor nadwozia	Liczba przyznanych punktów
1.	Zielony	30
2.	Grafit	20
3.	Srebrny	10
4.	inny (za wyj. koloru białego, czerwonego i czarnego)	0

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały złożone 2 oferty przez:

1. P.U.H. A., cena oferty brutto 124 120,00 zł, termin płatności 30 dni, wysokość rabatu 8%, lokalizacja serwisu: Nowy Targ, kolor nadwozia: 1 szt. zielony, 1 szt. grafit,
2. S-C, cena oferty brutto 143 800,00 zł, termin płatności: 60 dni, wysokość rabatu: 15%, lokalizacja serwisu: Kraków, kolor nadwozia: 2 sztuki zielony.

W informacji z dnia 3 lipca 2009 r. o wyniku postępowania, zamawiający przyznał złożonym ofertom następującą punktację:

Nazwa oferenta	Punktacja uzyskana przez poszczególne oferty					
	Dla kryterium					SUMA
	cena	rabat	termin płatności	lokalizacja serwisu	kolor	
P.U.H. A.	30,000	1,600	4,500	6,000	37,500	79,600
S-C	25,894	3,000	9,000	6,000	45,000	88,894

Powyższa punktacja w sposób oczywisty nie jest zgodna z określonymi przez zamawiającego wagami poszczególnych kryteriów oceny ofert.

W wyjaśnieniach z dnia 26 sierpnia 2009 r. zamawiający twierdził, że wszystkie oferty, jakie wpłynęły w przedmiotowym postępowaniu, były oceniane zgodnie z treścią p. 13 SIWZ. Podał, że przy pomocy programu komputerowego „Zamówienia Publiczne v. 5.0” dokonał automatycznego przeliczenia wprowadzonych danych liczbowych w oparciu o algorytmy w nim zastosowane. Dopiero w wyjaśnieniach udzielonych w trakcie kontroli, zamawiający podał stosowane przez program algorytmy:

- dla „maksymalizacji”:

$$P_{x,y} = \frac{\text{wartość kryterium Y w ofercie X}}{\text{maksymalna wartość kryterium w ofercie Y}} \times \text{MP} \times \text{waga Y} \times \text{liczba członków komisji}$$

- dla „minimalizacji”:

$$P_{x,y} = \frac{\text{minimalna wartość kryterium Y w ofercie X}}{\text{wartość kryterium w ofercie Y}} \times \text{MP} \times \text{waga Y} \times \text{liczba członków komisji}$$

- ocena indywidualna miała być przeprowadzana następująco:
 $P_{x,y}$ = suma otrzymanych od członków komisji punktów X waga Y gdzie:
 - $P_{x,y}$ oznacza ilość punktów uzyskiwanych przez daną ofertę X dla ocenionego kryterium Y,
 - MP oznacza możliwą do uzyskania maksymalną wysokość punktów (20),
 - waga Y oznacza wartość wagi wyrażonej w %,
 - komisja przetargowa liczyła 3 osoby.

Zamawiający przedstawił także szczegółowe wyliczenie punktacji dla każdego z kryteriów w oparciu o ww. algorytmy:

A. Oferta P.U.H. A.:

- dla kryterium ceny (minimalizacja). Wartość oferty badanej wynosi 124 120,00 zł brutto:

$$\frac{124120,00}{124120,00} \times 20 \times 0,50 \times 3 = 30,000$$
- dla kryterium rabat (maksymalizacja). Wartość rabatu określonego w ofercie badanej wynosi 8%, natomiast maksymalna wartość tego kryterium wynosi 15%:

$$\frac{0,08}{0,15} \times 20 \times 0,05 \times 3 = 1,600$$
- dla kryterium termin płatności (maksymalizacja). Wartość terminu płatności dla oferty badanej wynosi 30 dni, natomiast maksymalna wartość tego kryterium spośród wszystkich ocenianych ofert wynosi 60 dni:

$$\frac{30}{60} \times 20 \times 0,15 \times 3 = 4,500$$
- dla kryterium lokalizacja serwisu (ocena indywidualna wg wskazań nawigacji samochodowej). Odczytana odległość mieściła się w grupie do 70 km, a więc każdy z członków komisji przetargowej przyznał ofercie dla tego kryterium po 40 punktów:

$$(40 + 40 + 40) \times 0,05 = 6,000$$
- dla kryterium kolor nadwozia (ocena indywidualna wg opisu w ofercie). Oferent zaoferował w swej ofercie 2 samochody o różnej kolorystyce nadwozia, zatem kryterium to otrzymało od każdego członka Komisji po 50 punktów:

$$(30 + 20) + (30 + 20) + (30 + 20) \times 0,25 = 37,500$$

W efekcie ww. wyliczeń badana oferta uzyskała sumę 79,600 punktów.

A. Oferta S-C:

- dla kryterium ceny (minimalizacja). Wartość oferty badanej wynosi 143 800,00 zł brutto:

$$\frac{124120,00}{143800,00} \times 20 \times 0,50 \times 3 = 25,894$$
- dla kryterium rabat (maksymalizacja). Wartość rabatu określonego w ofercie badanej wynosi 15%, natomiast maksymalna wartość tego kryterium wynosi 15%:

$$\frac{0,15}{0,15} \times 20 \times 0,05 \times 3 = 3,000$$
- dla kryterium termin płatności (maksymalizacja). Wartość terminu płatności dla oferty badanej wynosi 60 dni, natomiast maksymalna wartość tego kryterium spośród wszystkich ocenianych ofert wynosi 60 dni:

$$\frac{60}{60} \times 20 \times 0,15 \times 3 = 9,000$$

- dla kryterium lokalizacja serwisu (ocena indywidualna wg wskazań nawigacji samochodowej). Odczytana odległość mieściła się w grupie do 70 km, a więc każdy z członków komisji przetargowej przyznał ofercie dla tego kryterium po 40 punktów:

$$(40 + 40 + 40) \times 0,05 = 6,000$$

- dla kryterium kolor nadwozia (ocena indywidualna wg opisu w ofercie). Oferent zaoferował w swej ofercie 2 samochody o różnej kolorystyce nadwozia, zatem kryterium to otrzymało od każdego członka Komisji po 50 punktów:

$$(30 + 30) + (30 + 30) + (30 + 30) \times 0,25 = 45,000$$

W efekcie ww. wyliczeń, badana oferta uzyskała sumę 88,894 punktów.

W świetle wyjaśnień zamawiającego, opis sposobu oceny ofert zawarty w SIWZ należy uznać za niejednoznaczny i niespójny.

W szczególności za niewystarczające należy uznać wskazanie znanego zamawiającemu programu komputerowego „Zamówienia Publiczne v. 5.0”, za pomocą którego miały zostać dokonane przeliczenia oferowanych parametrów zamówienia, bez wskazania jednocześnie algorytmów stosowanych przez ten program, w odniesieniu do poszczególnych kryteriów. Algorytmy stosowane przez użyty przez zamawiającego program nie musiały być bowiem znane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Należy ponadto zauważyć, że odmienne algorytmy były zastosowane dla poszczególnych grup kryteriów, co również miało wpływ na zniekształcenie wyniku postępowania.

Dodatkowo za niejasne należy uznać uściślenia co do sposobu oceny złożonych ofert. W świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert wątpliwości może zwłaszcza budzić wskazanie, że do ustanowionych przez zamawiającego kryteriów zostanie zastosowana skala oceny 0-20 pkt. Ponadto, niewiele mówiącym jest stwierdzenie, że wyłącznie w odniesieniu do parametrów koloru nadwozia oraz odległości od serwisu zostanie zastosowana „zasada oceny indywidualnej”, z którego nie wynika na czym miałyby polegać odmiennosc w sposobie oceny wyróżnionych grup ocenianych parametrów.

Z uwagi na powyższe, opis sposobu oceny ofert zawarty w SIWZ należy uznać za nieprecyzyjny, niespójny i niejednoznaczny, wobec czego zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, a w rezultacie również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przed wszystkim jednak należy zauważyć, że algorytmy zastosowane przez zamawiającego w programie komputerowym wskazanym w SIWZ, nie uwzględniają należycie wag określonych w SIWZ dla wszystkich kryteriów oceny ofert. W rezultacie sposób przyznawania punktów złożonym ofertom nie był zgodny z wagami określonych kryteriów oceny ofert, wskutek czego został zniekształcony wynik przedmiotowego postępowania.

Stosując bowiem przy ocenie ofert typowy algorytm (tj. [dany parametr/najlepszy parametr] x waga parametru), uwzględniający określone przez zamawiającego wagi kryteriów oceny ofert z uwzględnieniem tego, że maksymalnym premiovany termin płatności, zgodnie ze wskazaniami w pkt 2 informacji mógł być termin 30-dniowy, zamawiający powinien był uzyskać następujące wyniki:

- Oferta P.U.H. A.: 93,50 pkt,
- Oferta S-C: 93,16 pkt.

Punktacja, zgodnie z ustalonymi wagami poszczególnych kryteriów powinna rozkładać się następująco:

Nazwa oferenta	Punktacja uzyskana przez poszczególne oferty					
	Dla kryterium					SUMA
	cena	rabat	termin płatności	lokalizacja serwisu	kolor	
Oferta P.U.H. A.	50	2,67	15	5	20,87	93,50
Oferta S-C	43,16	5	15	5	25	93,16

Z powyższego wynika, że w przedmiotowym postępowaniu wybrana została oferta, która w świetle określonych w postępowaniu kryteriów i przyznanych im wag nie była najkorzystniejsza.

Zastosowanie przez zamawiającego przy ocenie ofert w niniejszym postępowaniu, algorytmów niezgodnych z wagami określonymi dla poszczególnych kryteriów oceny ofert, skutkowało zniekształceniem wyniku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na powyższe zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

Ponadto należy wskazać, że jako jedno z kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przyjął termin płatności (podawany w dniach), któremu przyznał wagę 15%.

Wykonawca S-C wskazał w ofercie termin płatności wynoszący 60 dni, wykonawca P.U.H. A. – 30 dni.

W wyniku przeprowadzonej oceny ofert, zamawiający przyznał w ramach przedmiotowego kryterium: ofercie złożonej przez S-C 9,000 pkt, zaś wykonawcy P.U.H. A. – 4,5 pkt, czyli dwukrotnie mniej.

Zamawiający nie ograniczył wykonawcom w niniejszym postępowaniu możliwości zaoferowania długości terminu płatności, skutkiem czego wykonawca S-C określił w ofercie termin płatności nieuwzględniający bezwzględnie obowiązujących w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. Nr 139, poz. 1323, ze zm.) oraz ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, ze zm.). Zgodnie z art. 5 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, jeżeli strony w umowie przewidziały termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia, po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku – do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego. Stosownie do art. 9 ww. ustawy, czynność prawna wyłączająca lub ograniczająca powyższe uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika jest nieważna.

Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazuje w art. 16 ust. 1, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewykonanie zobowiązania jednostki sektora finansów publicznych, którego skutkiem jest zapłata odsetek, kar lub opłat.

Z ww. przepisów wynika, że maksymalnym terminem płatności premiowanym przez zamawiającego mógł być zatem tylko termin 30-dniowy, wskazany w ofercie przez wykonawcę P.U.H. A., przekroczenie bowiem tego terminu, niezależnie od jakichkolwiek wcześniejszych oświadczeń wykonawcy, skutkuje uprawnieniem wykonawcy do żądania odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia, po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku, co z kolei skutkuje odpowiedzialnością zamawiającego z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Z powyższych przepisów wynika również, że oświadczenie wykonawcy S-C, w zakresie przekraczającym 30-dniowy termin płatności, należy uznać za nieważne.

Zamawiający nie powinien był zatem premiować ofert zawierających termin zapłaty dłuższy niż trzydziestodniowy, tym bardziej, że z wyjaśnień Zamawiającego udzielonych w piśmie z dnia 26 sierpnia 2009 r. wynika, że nie przewidywał dokonania płatności w terminie dłuższym niż 30 dni. Zgodnie z unijną zasadą równego traktowania (np. wyrok ETS w sprawie C-147/79 z 16 października 1980 r.), porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane w odmienny sposób, a odmiennie sytuacje nie mogą być traktowane jednako, chyba że takie traktowanie jest uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia.

Z uwagi na bezwzględnie obowiązującą treść ww. przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych należy stwierdzić, że pomimo wskazania w ofertach różnych terminów płatności, obydwie złożone oferty w zakresie długości oferowanego terminu płatności wywołują identyczne skutki, powinny być zatem jednakowo ocenione. Za niezasadne należy zatem uznać zróżnicowanie ocen ofert wykonawców w zakresie kryterium długości oferowanego terminu płatności.

Z uwagi na powyższe, zamawiający przyznając dwukrotnie więcej punktów za wskazany w ofercie termin płatności przekraczający 30 dni, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrola nr 2 (KND 32/10)

W postępowaniu, którego przedmiotem była dostawa wraz z transportem stołów do gry w tenisa stołowego zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert: 1.) Cena – 70, 2.) Ocena techniczna – 30.

W kryterium cena, zasadą oceny ofert było porównywanie ceny oferty brutto badanej z ofertą z najniższą ceną brutto wg wzoru: Ocena punktowa $C = (\text{najniższa cena spośród ofert podlegających ocenie/cena oferty rozpatrywanej}) \times 70\% \times 100,00$ pkt.

W kryterium ocena techniczna oceny ofert dokonywano wg następujących zasad: Członkowie komisji oceniali indywidualnie przedstawione wzory stołów do gry w tenisa stołowego według punktów w niżej wymienionych trzech podkryteriach, w których najkorzystniejsza oferta mogła otrzymać najwyższą liczbę punktów – 100.

Ocena procentowa badanej oferty = $O_t \times 100 \times 30\%$

O_t – suma punktów przyznanych przez członka komisji w podkryteriach

100 – współczynnik stały

30% – waga procentowa

Zamawiający przewidział następujące podkryteria:

- w przypadku wyposażenia stołu w dodatkowe blokady na kółka (hamulce) do 30 pkt,
- w przypadku wyposażenia stołu w dodatkowe rozwiązania blokady stołu przed złożeniem do 30 pkt,
- w przypadku zastosowania rozwiązań – stół jest łatwy i bezpieczny do składania i rozkładania do 40 pkt.

Łączna ocena uzyskana przez ofertę – $P = C + O_t$.

Po przeanalizowaniu wzorów i przeprowadzonej oceny ofert, stwierdzono, iż doszło do rozbieżności pomiędzy proporcją kryteriów oceny ofert określoną wagą procentową jako 70% dla ceny i 30% dla oceny technicznej dla maksymalnej oceny w obu kryteriach, wskazanych w ogłoszeniu i SIWZ, a zastosowaną w ocenie ofert proporcją kryteriów oceny ofert określoną wskazanym sposobem obliczenia punktów jako 70 pkt dla ceny i 3000 pkt dla oceny technicznej (proporcja 7 do 300) dla maksymalnej oceny w obu kryteriach. Zbiorcze zestawienie ofert, liczone według wzorów zaprezentowanych w SIWZ przedstawia poniższa tabela:

Numer oferty	Ocena w kryterium najniższa cena	Ocena w kryterium ocena techniczna	Ocena łączna
X	70,00 PKT	2400,00 PKT	2470,00 PKT
Y	43,82 PKT	3900,00 PKT	3943,82 PKT
Z	63,21 PKT	2250,00 PKT	2313,21 PKT

Gdyby zamawiający nie dopuścił do rozbieżności pomiędzy proporcją kryteriów oceny ofert określoną wagą procentową jako 70% dla ceny i 30% dla oceny technicznej, ilość punktów przyznana poszczególnym ofertom przedstawiałaby się następująco:

Numer oferty	Ocena w kryterium najniższa cena	Ocena w kryterium ocena techniczna	Ocena łączna
X	70,00 PKT	24 PKT	94 PKT
Y	43,82 PKT	39 PKT	82,82 PKT
Z	63,21 PKT	22,5 PKT	85,71 PKT

Zamawiający sprzecznie z ustaloną w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ wagą kryteriów dokonał oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, która z kolei nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, iż dla oceny prawidłowości postępowania zamawiającego bez znaczenia pozostaje fakt, iż przeprowadzona ocena ofert zgodna była z wzorami określonymi w SIWZ poprzez tzw. „zasady”, skoro pozostawały one w rozbieżności z kryteriami oceny ofert określonymi w ogłoszeniu i SIWZ. Powyższe doprowadziło do zastosowania przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych kryteriów, które nie gwarantowały wyboru najkorzystniejszej oferty w rozumieniu kryteriów określonych w ogłoszeniu i SIWZ.

Kontrola nr 3 (KND 22/10)

W postępowaniu, którego przedmiotem była naprawa i konserwacja sprzętu medycznego zamawiający przewidział, że ocena ofert zostanie przeprowadzona na podstawie następujących kryteriów: cena – 80%, gwarancja – 10%, czas reakcji serwisu – 10%. Kryterium czasu reakcji serwisu miało być oceniane na podstawie analizy złożonych dokumentów. Członkowie Komisji Przetargowej mieli przyznać punkty według następującego wzoru:

$p = (Cb/Cn)$ razy waga kryterium

p – otrzymane punkty

Cn – najdłuższy czas reakcji serwisu

Cb – czas reakcji serwisu badanej oferty

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny należy stwierdzić, że kryterium czasu reakcji serwisu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało określone nieprawidłowo. Zastosowane przez zamawiającego kryterium czasu reakcji serwisu odnosi się do najdłuższego czasu reakcji serwisu, podczas gdy powinno odnosić się do najkrótszego czasu reakcji serwisu. Dokonując oceny ofert przy zastosowaniu kryterium ustalonego przez zamawiającego, najwięcej punktów dostała oferta wykonawcy, w której czas reakcji na zgłoszenie był najdłuższy. Tymczasem, biorąc pod uwagę przeznaczenie sprzętu medycznego w funkcjonowaniu szpitala, nie można uznać, aby zamawiający oczekiwał od wykonawców świadczących usługę naprawy i konserwacji sprzętu medycznego w najdłuższym czasie od zgłoszenia konieczności dokonania tego typu usług. Korzystniejszym rozwiązaniem dla zamawiającego jest skonstruowanie wzoru opierającego się na najkrótszym czasie reakcji serwisu. W związku z powyższym należy stwierdzić, że zastosowany wzór jest nieprawidłowy z punktu widzenia ekonomicznego i stoi w sprzeczności z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Określenie i zastosowanie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryterium czasu reakcji serwisu, które nie gwarantuje wyboru najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 91 ust. 2 oraz art. 2 pkt 5 ustawy.

Kontrola nr 4 (KN 108/09)

W postępowaniu, którego przedmiotem była dostawa oleju opałowego w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: „cena” o wadze 10 oraz „marża wykonawcy” o wadze 90. W rozdziale XX pkt 1 SIWZ zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób następujący:

1) cena oferty (tj. cena brutto jednego litra oleju opałowego) – znaczenie 10%,

2) marża wykonawcy – znaczenie 90%.

W rozdziale XVIII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, zamawiający nie wyróżnia marży jako składnika ceny. W pkt 1 zd. 2 tego rozdziału zamawiający zobowiązuje wykonawcę do przyjęcia w ofercie „Do oferty Wykonawca zobowiązany jest przyjąć udokumentowaną cenę zakupu 1 litra oleju opałowego u swojego dostawcy z dnia sporządzenia oferty”.

Marżę jako element ceny, zamawiający wskazuje w rozdziale XX SIWZ, zawierającym opis kryteriów oceny ofert (w tym marża), w którym zastrzega, że marża „dostawcy” nie może być „stawką 0” oraz w pkt XVI.6.(5) SIWZ, zgodnie z którym, w ofercie należało podać oświadczenie, że marża dostawcy nie ulegnie zmianie w okresie obowiązywania umowy.

Ponadto postanowienia dotyczące ceny oferty/przedmiotu umowy zostały zawarte w formularzu ofertowym oraz we wzorze umowy stanowiących załączniki do SIWZ:

- 1) w pkt 4 formularza ofertowego został zawarty wzór oświadczenia wykonawcy: „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem: za 1 (jeden) litr oleju opałowego cenę (bez VAT, wg ceny zakupu u swojego dostawcy z dnia sporządzenia oferty) zł, plus podatek VAT w wysokości ...%, tj. zł brutto (słownie: VAT w wysokości ...%, tj. zł brutto (słownie: złotych), plus marża dostawcy w wysokości zł (słownie:), co stanowi łączną kwotę brutto zł (słownie:);”
- 2) w § 5 pkt 1 projektu/wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ zawarto następujące postanowienia odnoszące się do ceny oferty: „Cenę przedmiotu umowy ustala się na podstawie złożonej oferty przez Dostawcę, tj. cena brutto za 1 litr oleju opałowego: zł (słownie:) oraz marża Dostawcy: zł. Dopuszcza się zmianę ceny w przypadku udokumentowanych zmian ceny, podatku VAT lub akcyzy, ale wymaga to zmiany niniejszej umowy”.

W wyjaśnieniach udzielonych w trakcie kontroli zamawiający wskazywał, że ustalając rozkład wag przyznanych kryteriom oceny ofert wzięto pod uwagę fakt, że wykonawcy mają niewielki wpływ na cenę oleju opałowego, po której są go w stanie dostarczyć, dlatego temu kryterium przydzielono 10 pkt, natomiast marża jest wielkością zależną wyłącznie od wykonawców zamówienia, ich organizacji, kosztów, wielkości obrotów olejem, wielkości rynku na którym działają itp., dlatego temu kryterium przydzielono 90 pkt.

Stosując literalną wykładnię opisu kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu zawartego w pkt IV.2.1).1 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt XX.1.1) SIWZ należałoby przyjąć, że pierwsze z kryteriów oceny ofert „cena/cena oferty” odnosi się do końcowej ceny oferty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, zaś drugie z kryteriów dotyczy tylko jednego ze składników ceny – marży wykonawcy. Zgodnie z takim zapisem, przy ocenie ofert według kryterium ceny oferty, zamawiający powinien był uwzględniać również marżę wykonawcy.

Z analizy dokumentacji postępowania oraz na podstawie wyjaśnień zamawiającego ustalono, że zamawiający dokonał oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, przyjmując jako pierwsze kryterium: „cena/cena oferty” – wyłącznie cenę zakupu 1 litra oleju opałowego u dostawcy wykonawcy z dnia sporządzenia oferty.

W trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia, ceny za dostarczany olej opałowy były zmieniane w drodze aneksów do zawartej umowy z dnia 28 listopada 2008 r. nr Or I 3329-120/08, w związku z każdą z kolejnych dostaw oleju opałowego, na podstawie faktur potwierdzających zmiany ceny 1 l oleju, po jakich wykonawca dokonywał każdorazowego zakupu u swojego dostawcy Z.H.U.

- Aneks 1 obowiązujący od dnia 3 stycznia 2009 r., zastępujący cenę brutto 2,39 zł – ceną 1,86 zł (na nową cenę składa się „udokumentowana” cena u Producenta w wysokości 1,85 zł brutto i marża w kwocie 0,01 zł za 1 litr),
- Aneks 2 obowiązujący od dnia 31 stycznia 2009 r., zastępujący cenę brutto 2,39 zł – ceną 2,28 zł (na nową cenę składa się „udokumentowana” cena u Producenta w wysokości 2,27 zł brutto i marża w kwocie 0,01 zł za 1 litr),
- Aneks 3 obowiązujący od dnia 2 marca 2009 r., zastępujący cenę brutto 2,39 zł – ceną 2,15 zł (na nową cenę składa się „udokumentowana” cena u Producenta w wysokości 2,14 zł brutto i marża w kwocie 0,01 zł za 1 litr).

- Aneks 4 obowiązujący od dnia 4 kwietnia 2009 r., zastępujący cenę brutto 2,39 zł – ceną 2,22 zł (na nową cenę składa się „udokumentowana” cena u Producenta w wysokości 2,21 zł brutto i marża w kwocie 0,01 zł za 1 litr).

Z załączonych do aneksów nr 1 i 2 faktur wynika, że „cena u Producenta” odpowiada cenie, po jakiej dostawca dostarczył wykonawcy olej w ramach poszczególnych dostaw.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny należy stwierdzić, że kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone nieprawidłowo.

Zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego określonej w ustawie Pzp ma na celu wyłonienie spośród wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu, oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Temu celowi służyć ma dobór przez zamawiającego odpowiednich kryteriów oceny ofert, o których mowa w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. W myśl art. 2 pkt 5 ustawy Pzp ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że kryteria oceny ofert zastosowane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnoszą się nie do ceny końcowej, jaką ostatecznie zamawiający będzie zobowiązany do zapłacenia wykonawcy, lecz do składników tej ceny. Zamawiający dokonał zatem podziału kryterium ceny na dwa podkryteria, z których „cena” oznacza cenę po jakiej wykonawca dokonał zakupu oleju u swojego dostawcy, natomiast „marża wykonawcy” stanowi w istocie narzut, lub inaczej – przychód wykonawcy z dostawy jednego litra oleju opałowego.

Niezależnie od tego, czy pierwsze z kryteriów „cena/cena oferty” obejmuje marżę wykonawcy, czy też jej nie obejmuje, należy stwierdzić, iż dokonanie w przedmiotowym postępowaniu podziału kryterium ceny na dwa podkryteria jest działaniem nieprawidłowym, gdyż ocena ofert przeprowadzona w oparciu o takie podkryteria nie gwarantuje wyboru oferty z najniższą ceną. Tak ukształtowane kryteria oceny ofert mogą doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej nawet oferty z najwyższą ceną. Ustalenie przez zamawiającego wagi kryteriów oceny ofert skutkuje bowiem ogromną dysproporcją w ocenie obu cenotwórczych składników, z których marża z natury charakteru mająca niewielką wysokość bezwzględną ma decydującą wagę (90%). W efekcie marże w ofertach złożonych w tym postępowaniu mają znaczenie rozstrzygające o jego wyniku.

Oferta uznana za najkorzystniejszą zawiera marżę w wysokości 0,01 zł/l, pięciokrotnie mniejszą niż oferta druga w kolejności (0,05 zł/l).

Zastosowane kryteria oceny ofert już w samej części dotyczącej marży o wadze 90% przypisują jej więc 90 punktów na 100 punktów możliwych maksymalnie do osiągnięcia za oba kryteria. Kolejna oferta uzyskała w tym kryterium 18 punktów i bez względu na ocenę drugiego kryterium, w którym maksymalnie możliwe jest osiągnięcie 10 punktów, nie może osiągnąć statusu najkorzystniejszej (nawet przy hipotetycznej cenie 1 litra oleju opałowego u swojego dostawcy równej 0 zł/l).

Tak skonstruowane kryteria oceny ofert nie dają więc możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej w każdych okolicznościach faktycznych. Podkreślenia jednocześnie wymaga, iż udział marży w wysokości 0,01 zł/l w cenie 1 litra oleju oferty uznanej za najkorzystniejszą w postępowaniu to 0,4%.

Powyższy wniosek został potwierdzony przez zamawiającego w wyjaśnieniach, w których przyznał, że ustanowione w postępowaniu wagi nie były zbyt trafne: „W tym konkretnym przypadku komisja przetargowa wybrała najtańszego wykonawcę, jednak wykonawca, który otrzymał najmniejszą liczbę punktów i uplasował się na 3 miejscu był tańszy od wykonawcy protestującego, który uplasował się na 2 miejscu. Prowadzi to do wniosku, że przy tak kształtujących się cenach oleju u różnych wykonawców przyjęte wagi nie do końca spełniły swoje zadanie”.

Opis sposobu obliczenia ceny nie gwarantuje wyboru w przedmiotowym postępowaniu oferty najkorzystniejszej, zawierającej najniższą cenę, gdyż podstawa obliczenia ceny nie jest jednakowa dla wszystkich wykonawców. Jeden ze składników ceny, tj. cena zakupu 1 litra oleju opałowego u dostawcy wykonawcy jest bowiem elementem zmiennym, zależnym całkowicie od woli dostawcy wykonawcy.

Należy mieć na uwadze, że dostawcy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia mają pełną swobodę ustalania cen oleju opałowego dostarczanego wykonawcom. Zatem fakt, że oferowana cena za jeden litr paliwa jest najkorzystniejsza w dniu składania ofert nie oznacza wcale, że będzie taka w dniu wystawiania faktur za każdą z zrealizowanych dostaw. Taka sytuacja oznacza, że między cenami oferowanymi w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a cenami faktycznie płaconymi przez zamawiającego nie ma realnego związku, bowiem ceny te są ustalane dowolnie przez podmiot trzeci, dostawcę wykonawcy, który nie był uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie jest stroną zawartej umowy.

Nieprawidłowe określenie ceny w przedmiotowym postępowaniu potwierdza sporządzona na prośbę Prezesa UZP, opinia Polskiej Izby Paliw Płynnych. W opinii stwierdzono m.in., że na cenę sprzedaży oleju opałowego składają się przede wszystkim cena zakupu oleju u producenta, koszty dostawy do zamawiającego oraz marża wykonawcy, przy czym cena sprzedaży winna być kształtowana w odniesieniu do ceny jawnej i z miejscem publikacji ogólnodostępnym, a najlepszym źródłem pozyskania cen jest strona internetowa producenta, np. www.orlen.pl lub www.lotos.pl.

Polska Izba Paliw Płynnych stwierdziła, że kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu nie pozwalają na wybór oferty o najniższej cenie, dlatego że istnieje nierówny poziom odniesienia cen, z uwagi na wprowadzenie pojęcia „swojego dostawcy”. Izba wskazała: „nawet przy minimalnej marży zaoferowanej do jawnej ceny producenta, która jest wyższa od ceny „swojego dostawcy” wskazanego przez innego wykonawcę, może zostać bowiem zaoferowana cena wyższa, natomiast wybrany zostać może wykonawca z ceną zawierającą marżę wyższą, ale do niższej ceny sprzedaży ‘swojego dostawcy’, którą to marżę w trakcie realizacji zamówienia wykonawca będzie mógł stosować do ceny dowolnie wskazanego ‘swojego dostawcy’, która to z kolei cena może być już wyższa niż ogólnie znana jawna cena producenta”.

Dodatkowo należy stwierdzić, że wymóg, by składnik ceny za 1 litr oferowanego oleju opałowego, którym jest cena zakupu oleju przez wykonawcę był ustalany w oparciu o udokumentowany zakup oleju przez wykonawcę w dniu sporządzenia oferty, narusza zasadę równego dostępu do udziału w postępowaniu oraz uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wymóg taki niezasadnie różnicuje sytuację wykonawców, gdyż niektórym z nich, w związku z rozmiarem prowadzonej przez nich działalności lub oddaleniem od siedziby zamawiającego, może uniemożliwić określenie w ofercie ceny oferowanego oleju według cen z dnia otwarcia ofert. Właściwym byłoby raczej umożliwienie wykonawcom wyceny ofert według cen w określonym sztywno dniu, przypadającym jednak odpowiednio wcześniej przed dniem składania ofert.

Należy stwierdzić, że określenie i zastosowanie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryteriów oceny ofert, które nie gwarantują wyboru najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 91 ust. 2 oraz art. 2 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, skutkujące naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrola nr 5 (KN 25/10)

W postępowaniu na przeprowadzenie badania ewaluacyjnego zamawiający określił, że dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie następujących kryteriów:

1. Cena ofertowa
2. Kryterium „koncepcja badania”
3. Kryterium „metodologia badania”.

Zamawiający zaznaczył, że punkty za kryterium „cena” zostaną obliczone wg wskazanego wzoru i możliwe będzie otrzymanie do 20 punktów za to kryterium. Natomiast punkty za kryteria nr 2 i 3 zostaną przyznane w skali punktowej do 40 punktów za każde, na podstawie załączonej do oferty spójnej koncepcji badania uzupełnionej o pytania badawcze i harmonogram (kryterium koncepcji badania) oraz metodologii badania dostosowanej do celu badania, koncepcji i pytań badawczych (kryterium metodologii badania). Jednocześnie zamawiający wskazał elementy, jakie miały być brane pod uwagę, podczas oceny ofert pod kątem tych kryteriów:

1. Kryterium „koncepcja badania”:
 - sposób, w jaki poszczególne elementy łączą się ze sobą prowadząc do realizacji celów badania;
 - zrozumienie celów i zakresu badania;
 - dobór wskaźników do mierzenia jakości, skuteczności i użyteczności rezultatów projektu;
 - dodatkowe pytania badawcze poparte rzetelnym uzasadnieniem dotyczącym celów badania;
 - uzasadnienie rzetelności/przydatności przyjętej koncepcji badawczej, spójność i jasność planu pracy (harmonogram działań – podzielony na etapy pracy);
 - adekwatność dostosowania planu pracy do zaproponowanej metodologii;
 - adekwatność dostosowania planu pracy do harmonogramu wymaganego przez zamawiającego.
2. Kryterium „metodologia badania”:
 - dostosowanie do celu badania, koncepcji i celów badawczych;
 - zastosowanie dodatkowych narzędzi badawczych w stosunku do podstawowych narzędzi badawczych wskazanych w SIWZ, wraz z uzasadnieniem celowości ich zastosowania;
 - sposób doboru próby badawczej;
 - rodzaje i rzetelność narzędzi badawczych do zbierania i analizy danych;
 - spójność metodologiczna i adekwatność wobec celów i zakresu badania.

Zamawiający nie podał jednak wagi każdego z ww. elementów, która następnie stanowiłaby podstawę całościowej punktacji ofert za kryteria koncepcji badania i metodologii badania. Nie sprecyzował także, co konkretnie miało być brane pod uwagę przy ocenie ujęcia każdego z tych elementów w ofercie. Jak wyżej zauważono, wskazał jedynie, że za kryteria te oferta będzie mogła otrzymać do 40 punktów za każde.

W toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego w sprawie przedmiotowego przetargu, Urząd Zamówień Publicznych powołał dwóch biegłych z zakresu ewaluacji. Zlecono im wykonanie niezależnych od siebie ekspertyz dotyczących sposobu sformułowania kryteriów oceny ofert oraz dokonanie oceny ofert złożonych w postępowaniu. Celem miało być uzyskanie odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest dokonanie jednoznacznej i obiektywnej oceny ofert przy użyciu kryteriów określonych przez zamawiającego. Z ekspertyz tych wynikały następujące wnioski.

Pierwszy z biegłych podkreślił, że główną wadą określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert jest brak przypisania punktacji/wag poszczególnym podkryteriom, co powoduje trudność w obiektywnej ocenie ofert. Z uwagi na to, zdaniem biegłego „oceniający nie wiedzą jak spójnie premiować oferty w poszczególnych kryteriach, szczególnie mając na uwadze, że ocena jednego kryterium jest składową kolejno aż 9 i 5 podkryteriów pozbawionych jakichkolwiek wag”. Konsekwencją powyższego jest ustalanie przez osobę oceniającą oferty indywidualnych i subiektywnych skal, co może prowadzić do braku spójności ocen końcowych. Dodatkowo, biegły zwrócił uwagę, że niektóre z kryteriów mimo, że nazywają się inaczej, dotyczą tej samej kwestii, co powoduje kilkukrotne przyznanie oceny za tę samą część oferty. Drugi z powołanych biegłych zwrócił uwagę przede wszystkim na brak wag przypisanych dla poszczególnych elementów kryteriów oceny ofert.

Z powyższego wynika, że kryteria oceny ofert przyjęte w przedmiotowym postępowaniu, nie zostały sformułowane z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie dają one podstawy do zweryfikowania zasadności przyznanych punktów poszczególnym ofertom. Powyższe potwierdzają biegli, którzy stwierdzili, iż główną wadą kryteriów jest brak wartości przypisanych poszczególnym podkryteriom. Zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania maksymalnej liczby punktów ogólnie za kryterium koncepcji i kryterium metodologii badania. Natomiast w rzeczywistości kryteria te podzielone były na szereg mniejszych elementów – tym zaś zamawiający nie przypisał żadnych konkretnych wag, stanowiących podstawę ich wartościowania i składających się na punktację ogólną. W konsekwencji, osoby oceniające oferty mogły ustalać różną punktację za te same elementy, w zależności od własnego uznania. W takiej sytuacji, mamy do czynienia z brakiem jednolitego, spójnego systemu oceny ofert, co niedopuszczalne jest z perspektywy regulacji ustawy Pzp, która w art. 36 ust. 1 pkt 13 wprost stanowi, że w SIWZ należy podać znaczenie kryteriów i sposób ich oceny. Sposób oceny ofert był niejednoznaczny, pozwalał na kierowanie się zasadami niejednoznoznymi dla wszystkich ofert oraz utrudniający zweryfikowanie prawidłowości dokonanej oceny.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w ocenie ofert, dokonanej przez biegłych powołanych na potrzeby przedmiotowego postępowania i jego kontroli (jeden biegły powołany był w toku postępowania przez zamawiającego, dwóch niezależnych od siebie przez Urząd Zamówień Publicznych).

Zestawienie ocen:

Wykonawca	Liczba pkt dla kryterium cena	Liczba pkt w kryterium koncepcja badania	Liczba pkt w kryterium metodologia badania	Razem
Konsorcjum G.	20	B.Zam: 17 B1: 15 B2: 24	25 17 7	62 52 51
Wykonawca I.	14,04	B.Zam: 25 B1: 33 B2: 21	20 24 37	59,04 71,04 72,04
Konsorcjum O.	13	B.Zam: 35 B1: 29 B2: 14	35 24 35	83 66 62
Wykonawca A.	12,71	B.Zam: 30 B1: 27 B2: 7	30 25 10	72,71 64,71 29,71

B.Zam – biegły powołany przez zamawiającego

B1, B2 – biegli powołani przez Urząd Zamówień Publicznych

Z powyższego zestawienia ocen wynika, że zdaniem biegłego powołanego przez zamawiającego, biorąc pod uwagę określone przez zamawiającego kryteria, najkorzystniejszą ofertę złożyło Konsorcjum O. Biegli powołani przez Urząd Zamówień Publicznych niezależnie od siebie wskazali natomiast na firmę I. Świadczy to o niemożliwości jednoznacznego wskazania, przez osoby z założenia zachowujące bezstronność, najkorzystniejszej oferty. Należy dojść do wniosku, że wobec braku z góry ustalonego systemu wartościowania poszczególnych podkryteriów, każdy z biegłych arbitralnie przyznawał punktację jego zdaniem (a więc nieobiektywnie) właściwą. Przykładowo, jeden z biegłych ze względu na brak w SIWZ przyporządkowania wag poszczególnym elementom kryteriów oceny ofert, na potrzeby ekspertyzy przyjął podział równy, tj. dla każdego podkryterium po 5 punktów (w kryterium koncepcja badania) i po 8 punktów (w kryterium metodologia badania). Dodatkowo zaznaczył, że „kryteria niedoprecyzowane w SIWZ (np. sposób dobo-

ru próby, rodzaje narzędzi, etc.) będą oceniane pod kątem ich trafności i zasadności w kontekście celów badania”. Należy podkreślić, że pozostali biegli przyjąć mogli inną skalę punktacji. W konsekwencji, ocena każdego z nich musiała przebiegać w warunkach daleko idącej uznaniowości.

Jednocześnie, analizując powyższe zestawienie, należy zwrócić uwagę na rozbieżność w punktacji przyznanej ofertom przez każdego z biegłych w poszczególnych kryteriach. Celem przykładu, oferta konsorcjum G. została oceniona przez biegłych w kryterium metodologii na 25 pkt, 17 pkt i 7 pkt. Rozbieżność ta jest znaczna, a przy tym, nie można stwierdzić, którą z opinii biegłych należy uznać za słuszną. Oczywistym jest, że każdy biegły może w sposób odmienny postrzegać zawartość poszczególnych części ofert, jednak powinny obowiązywać z góry ustalone zasady i ramy ocen, w jakich osoba oceniająca może się poruszać, tak by wyeliminować dowolność oceny oraz by zagwarantowana była przejrzystość i obiektywizm oraz równe traktowanie wykonawców.

Podsumowując powyższe, należy stwierdzić, że formułując kryteria oceny ofert w sposób niepozwalający na dokonanie jednoznacznej i obiektywnej oceny ofert, zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

**Uchylanie się od zawarcia umowy
przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 3
ustawy Prawo zamówień publicznych**

Informator nr 9/2012

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający nie może odstąpić od zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, jeśli nie występuje żadna z przesłanek unieważnienia postępowania. Jeżeli natomiast to wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, zgodnie z dyspozycją art. 94 ust. 3 ustawy.

Stosownie do treści art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zm.), jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy.

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

Przepis art. 94 ust. 3 ustawy ma charakter fakultatywny, w związku z czym procedura w nim opisana może, ale nie musi, zostać zastosowana. Jeżeli zamawiający zdecyduje się z niej skorzystać to wyboru następnej oferty dokonuje na podstawie wcześniejszej punktacji, bez konieczności dokonywania ponownego badania i oceny ofert.

Na gruncie wykładni powyższego przepisu wyjaśnienia wymaga w pierwszej kolejności sformułowanie „uchyla się od zawarcia umowy”.

Interpretacja tego terminu została dokonana m.in. przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 6 września 2005 r. (sygn. akt II Ca 460/05, w którym stwierdza się, co następuje: „Sąd Okręgowy aprobuje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 maja 2001 r., sygn. akt KKN 440/00 (OSNC 2001/12/85), iż za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego ewentualnie takie działania skarżącego, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. (...) Brak stawiennictwa w siedzibie zamawiającego pracownika wykonawcy, spowodowany zaniedbaniem przez niego obowiązków, nie jest tożsamy z uchyleniem się”.

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 stycznia 2009 r. (Sygn. akt: KIO/UZP 1465/08), w którym stwierdziła, że „aby zastosować przepis art. 94 ust. 2 ustawy (który do czasu wejścia w życie znowelizowanych przepisów zawierał analogiczną treść do obecnego art. 94 ust. 3 ustawy), wybrany wykonawca musiałby uchylać się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosić wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ze względu na obowiązek prowadzenia postępowania w formie pisemnej zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy, zamawiający miał obowiązek posiadać pisemne dowody, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył oświadczenie o odmowie zawarcia umowy lub, że odwołujący odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający nie dysponuje takimi dowodami, a wprost przeciwnie – odwołujący spełnił warunki do zawarcia z nim umowy, czyli złożył podpisaną przez siebie umowę do zamawiającego oraz wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy i nawet zwrócił się pisemnie do zamawiającego o zawarcie umowy”.

Ponadto zamawiający nie może uzależniać zawarcia umowy od spełnienia przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, dodatkowych obowiązków, poza obowiązkiem wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W cytowanym powyżej wyroku Krajowa Izba Odwoławcza uznała za „niedopuszczalne uzależnienie zawarcia umowy od prezentacji przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, stworzonego dla zamawiającego systemu elektronicznego obiegu dokumentów. Nie ma przeszkód do tego, aby obowiązek takiej prezentacji stanowił jedno z kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W takim przypadku brak prezentacji stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, nie może być natomiast traktowany na równi z uchylaniem się od zawarcia umowy”.

Podobnie w wyroku z dnia 7 marca 2012 r. (Sygn. akt KIO/UZP 384/12) Izba stwierdziła „w odniesieniu do zgłoszonego zarzutu niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych rezygnacji przez Zamawiającego z podpisania umowy z Odwołującym oraz wyboru kolejnej oferty na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, iż nie zaszła przesłanka do takich działań Zamawiającego, wskazana w tym przepisie. Zgodnie bowiem z jego dyspozycją, Zamawiający może dokonać takiej czynności tylko jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a w niniejszym przypadku Izba nie widzi podstaw do uznania, że Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy. Odwołujący bowiem, na życzenie Zamawiającego, trzykrotnie przedstawiał mu kosztorys, dokonywał poprawek oraz składał żądane przez Zamawiającego oświadczenia. Przy tym należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie wskazał Odwołującemu, jakie konkretne zastrzeżenia dotyczące niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia czy też dokumentacją projektową każdorazowo podnosi w stosunku do przedstawianych mu kosztorysów. Odwołujący, po piśmie Zamawiającego z 6 lutego 2012 r., wniósł również o wyznaczenie terminu zawarcia umowy. Tym samym zachowanie Odwołującego należy uznać za konsekwentnie zmierzające do zawarcia umowy”.

W odniesieniu do tej sytuacji Izba zwróciła uwagę, że „zgodnie z procedurą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ocena przez Zamawiającego poprawności przygotowanych przez wykonawców kosztorysów należy do czynności dokonywanych na etapie badania ofert – zwłaszcza w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie robót budowlanych i nie powinna być przenoszona na etap „przed zawarciem umowy”, nie bez powodu bowiem w art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że na tym etapie mogą być załatwiane jedynie „formalności” („formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy”). Formalność zaś to, zgodnie z definicją słownikową, „czynność wykonywana według przepisów, sprawa łatwa do załatwienia”, jak np. przedstawienie umowy konsorcjalnej, przedstawienie oryginałów dokumentów, przedstawienie pełnomocnictw do zawarcia umowy itp.

Kolejną kwestią wymagającą rozstrzygnięcia na gruncie art. 94 ust. 3 ustawy jest możliwość zawarcia umowy z trzecim bądź też kolejnym wykonawcą w sytuacji kiedy zarówno wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza jak i wykonawca wybrany w trybie art. 94 ust. 3 ustawy uchylają się od podpisania umowy.

W sytuacji gdy wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia umowy, zamawiający dokonuje wyboru kolejnej „najkorzystniejszej oferty” spośród ofert pozostałych bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, przy czym jest to uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek („może wybrać”, nie zaś „wybiera”). Powyższe oznacza, że zostaje wybrana oferta następna w kolejności i uprawnienie powyższe przysługuje zamawiającemu tylko raz. Inne rozumienie tego przepisu mogłoby bowiem prowadzić w wyjątkowych sytuacjach do obowiązku wyboru oferty najmniej korzystnej, jeżeli wszyscy wyżej sklasyfikowani wykonawcy odmówiliby podpisania umowy, co byłoby wprost sprzeczne z zasadą celowości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi (arg. z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych – Dz.U.

Nr 157, poz. 1240 ze zm.), a także celem przepisów ustawy, którym jest m.in. wybór oferty najkorzystniejszej.

Należy również stwierdzić, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy i jako taki, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extentendae*, nie może być interpretowany rozszerzająco. W związku z powyższym, z art. 94 ust. 3 ustawy wyraźnie wynika, że w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta wybrana została za najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający może wybrać ofertę „najkorzystniejszą spośród ofert pozostałych”, a zatem nie ofertę najkorzystniejszą, bo ta jest tylko jedna i została już wybrana, jeżeli nie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy.

Jeżeli zatem wykonawca, którego oferta została wybrana na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy, również uchyla się od zawarcia umowy, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy (postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenie dyspozycji art. 94 ust. 3 ustawy stwierdzone w trakcie kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień publicznych.

Kontrola nr 1 (KND/8/11)

Zgodnie z działem XIV ust. 1 pkt 7 SIWZ Zamawiający wymagał przed podpisaniem umowy przedłożenia kopii dokumentów stwierdzających, że osoby nadzorujące posiadają odpowiednie uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika robót wraz z aktualnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej Izby Samorządu Zawodowego lub zaświadczenia potwierdzającego posiadanie kwalifikacji do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Ponadto, zgodnie z zapisami zawartymi w dziale XIV ust. 1 pkt 8 i 9 SIWZ umowa pomiędzy zamawiającym a wykonawcą miała zostać zawarta po przedłożeniu przez wykonawcę do akceptacji zamawiającego następujących dokumentów:

- harmonogramu rzeczowo-finansowego, obejmującego poszczególne etapy realizacji robót budowlanych,
- kosztorysów sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej w oparciu o przedłożone kosztorysy uproszczone, z rozwinięciem nakładów zawartych w podanych tabelach katalogowych, zgodnie z obowiązującymi normami, w oparciu o swoją bazę cenowo-kosztową z uwzględnieniem w cenach materiałów kosztów ich zakupu.

Powyższe dokumenty miały stanowić załączniki do umowy.

Jednocześnie, zgodnie z § 2 pkt 5 projektu umowy wykonawca miał wykonać roboty instalacyjne lub ogólnobudowlane w budynku wraz z ich odbiorem do dnia 30 maja 2010 r. o wartości minimum 1 300 000,00 zł i wystawić fakturę na ww. prace do dnia 4 czerwca 2010 r.

W dniach 10 i 11 maja 2010 r. odbyły się w siedzibie zamawiającego spotkania z wykonawcą X, którego oferta została wybrana w dniu 5 maja 2010 r. jako najkorzystniejsza. Celem spotkań było uzgodnienie warunków umowy.

Na spotkaniach przedstawiciel wykonawcy przedstawiał różne wersje harmonogramów rzeczowo-finansowych realizacji zadania inwestycyjnego, które nie zyskały jednak akceptacji zamawiającego głównie z powodu niespełnienia przez wykonawcę warunku wydatkowania wymaganych przez Inwestora środków w wysokości 1 300 000,00 zł do dnia 30 maja 2010 r. na roboty instalacyjne lub ogólnobudowlane.

Wykonawca na wezwania zamawiającego przysyłał kolejne wersje harmonogramów i kosztorysów, które również nie zostały przez zamawiającego zaakceptowane. Jednocześnie w pismach z 12 i 13 maja 2010 r. wykonawca X. wzywał zamawiającego do pilnego podpisania umowy ze względu na oczekiwany przerób w miesiącu maju 2010 r.

W dniu 14 maja 2010 r. zamawiający przesłał do wykonawcy X oraz pozostałych wykonawców niewykluczonych z postępowania informację o wyborze oferty wykonawcy Y na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy, według którego jeśli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny, chyba, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu zamawiający wyjaśnił, że wykonawca nie dopełnił formalności, jakie powinny zostać dopełnione w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego określonych w dziale XIV ust. 1 SIWZ, a w szczególności w ppkt 7, 8 i 9 w terminie wymaganym przez zamawiającego. W dalszej części zamawiający stwierdził, że wykonawca dopiero po upływie terminu wyznaczonego na dzień 13 maja 2010 r. dołączył uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz kosztorysy ofertowe opracowane w formie szczegółowej z których trzy nadal zawierają pozycje kosztorysowe sporządzone w formie uproszczonej.

W dniu 17 maja 2010 r. wykonawca Y poinformował, że nie może podpisać umowy w sprawie zamówienia publicznego ponieważ nie jest w stanie zrealizować robót budowlano – instalacyjnych na kwotę 1 300 000,00 zł do dnia 30 maja 2010 r., gdyż wiązałoby się to z naliczeniem kar umownych przez zamawiającego.

W dniach 17 i 18 maja 2010 r. wykonawca X wniósł do zamawiającego informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności oraz o zaniechaniu czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy. Wykonawca X zarzucił zamawiającemu wybór wykonawcy Y, oraz uznanie, iż Wnoszący Informację uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca X wniósł zatem o unieważnienie czynności wyboru wykonawcy Y oraz o zawarcie umowy z firmą X nie później niż do dnia 19.05.2010 r., do godz. 15.00.

Odnośnie żądania dokumentów dotyczących uprawnień do pełnienia funkcji kierownika robót wraz z aktualnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej Izby Samorządu Zawodowego zamawiający wyjaśnił, że wymagał ich dostarczenia przed zawarciem umowy, zgodnie z działem VI ust. 1 pkt 3 SIWZ, a nie powołując się na dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy.

Umowa w sprawie niniejszego zamówienia publicznego nie została ostatecznie zawarta. Postępowanie nie zostało również przez zamawiającego unieważnione.

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

W świetle przytoczonego powyżej stanu faktycznego przepis ten nie znajduje zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek tam przytoczonych na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, poza ofertą wybraną pierwotnie jako ofertą najkorzystniejszą.

Zastosowanie ww. przepisu jest możliwe w sytuacji, gdy wybrany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W niniejszym postępowaniu wykonawca spełnił warunki zawarcia z zamawiającym umowy, czyli złożył wymagane przez zamawiającego dokumenty oraz wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej, co więcej, zwrócił się do zamawiającego pisemnie o zawarcie umowy (pisma z dnia 12 i 13 maja 2010 r.). Ponadto wnosząc informację o niezgodnej z przepisami czynności

zamawiającego stwierdził, że uważa się za związanego postanowieniami umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, iż w miesiącu maju powinien wykonać przerób o wartości min. 1 300 000,00 zł. Fakt odbycia spotkania z zamawiającym w dniach 10 i 11 maja 2010 r. również świadczy o woli podpisania umowy przez wykonawcę X.

Również fakt dostarczenia przez wykonawcę, na wezwanie zamawiającego z dnia 12.05.2010 r., dokumentów dotyczących uprawnień do pełnienia funkcji kierownika robót wraz z aktualnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej Izby Samorządu Zawodowego w dniu 14 maja 2010 r., zamiast w dniu 13 maja 2010 r., nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że wykonawca uchyla się od podpisania umowy.

W niniejszym postępowaniu wykonawca wniósł w terminie zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz nie składał oświadczenia o odstąpieniu od podpisania umowy, a wprost przeciwnie – domagał się na piśmie jej zawarcia.

Warto przytoczyć tu orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 05.03.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP/45/10) stwierdziła, że „*Okoliczność, iż strony nie doszły do porozumienia nie oznacza, iż wykonawca odmówił zawarcia umowy zgodnej z treścią złożonej oferty – ostatecznie wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.(...) Zarówno ilość spotkań, jak również przygotowane przez bank dwa projekty umów wskazują na czynny udział Banku w pracach zmierzających do zawarcia umowy z zamawiającym.*”

Reasumując, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania przepisów art. 94 ust. 3 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do wyboru oferty wykonawcy Y i uznania, że wykonawca X uchyla się od zawarcia umowy. Powyższe działanie zamawiającego stanowi zatem naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stanowisko Prezesa Urzędu podzieliła również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 11 lipca 2012 r. (Sygn. akt: KIO/KD 63/12), w której odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp stwierdziła, iż „niezawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza jest możliwe jedynie w dwóch przypadkach: po pierwsze, wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, pod drugie, nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Bezsporne w badanej sprawie jest, iż druga z przesłanek w rozpoznawanym stanie faktycznym się nie ziściła. Pozostaje zatem do ustalenia, czy wybrany wykonawca w istocie uchylał się od zawarcia umowy. W ocenie Izby, jedynie negatywne stanowisko wykonawcy co do zawarcia umowy, mogłoby być kwalifikowane jako uchylanie się od zawarcia umowy.

Niedopełnienie jakichkolwiek formalności, niezbędnych do zawarcia umowy mogłoby być oceniane jako odmowa zawarcia umowy, gdyby konkretne warunki zostały w sposób nie budzący wątpliwości określone, a ich niespełnienie przez wykonawcę mogłoby być uznane za zniweczenie zamiaru zawarcia umowy. Zwrócić należy uwagę, iż w przedmiotowym stanie faktycznym w celu zawarcia umowy wykonawca zobowiązany był przedstawić harmonogram rzeczowo-finansowy, obejmujący poszczególne etapy robót budowlanych (rozdział XIV ust. 1 pkt 8 SIWZ). Warunek ten został przez Wykonawcę spełniony. Natomiast czym innym jest zobowiązanie, wynikające z umowy, do wykonania określonych robót w określonym terminie. Brak realizacji tego zobowiązania skutkuje bowiem odpowiedzialnością kontraktową wykonawcy, nie stanowi zaś przeszkody do zawarcia umowy, a tym bardziej nie świadczy o uchylaniu się przez Wykonawcę od zawarcia umowy.

Zarówno wskazana okoliczność, jak i fakt, że Wykonawca wyrażał chęć zawarcia umowy, podejmował odpowiednie kroki prawne w tym celu, absolutnie czyni chybionym twierdzenie Zamawiającego, iż Wykonawca uchylał się od zawarcia umowy.

Nie inaczej należy również oceniać fakt, iż wykonawca przedstawił dokumenty, o których mowa w rozdziale XIV ust. 1 pkt 7 SIWZ z jednodniowym opóźnieniem. Tylko bowiem działania wykonawcy w sposób

jednoznaczny świadczące o zmianie stanowiska wykonawcy co do zawarcia umowy mogłyby być kwalifikowane jako uchylanie się od zawarcia umowy.

Z tych względów brak było podstaw do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, a tym samym naruszenie przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości”.

Kontrola nr 2 (KN/2/08)

Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 21 września 2007 r. (piątek) o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy X Sp. z o.o. Jednocześnie, Zamawiający w tym samym zawiadomieniu, zaadresowanym do Wykonawcy X Sp. z o.o., wyznaczył termin podpisania umowy na dzień 28 września 2007 r. (piątek) na godz. 10:00 w siedzibie Zamawiającego.

Z przekazanej dokumentacji postępowania wynika, iż nie doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia w ww. terminie. Zamawiający, z uwagi na protest wykonawcy Y z dnia 26 września 2007 r., pismem z dnia 28 września 2007 r., dokonał zmiany terminu zawarcia umowy w sprawie ww. zamówienia, wyznaczając nowy termin na dzień 1 października 2007 r. (poniedziałek), na godz. 8:30. Zamawiający zwrócił wykonawcy uwagę na zapisy przepisów art. 94 ust. 2 ustawy. Jak wynika z potwierdzenia nadania faksu ww. zawiadomienia o zmianie terminu podpisania umowy, został on przesłany do firmy X Sp. z o.o. o godz. 12:59.

Pismem z dnia 1 października 2007 r. Zamawiający rozstrzygnął protest wykonawcy Y oddalając go jako niezasadny. Rozstrzygnięcie zostało przesłane do Protestującego faksem tego samego dnia o godz. 08:09. Jak wynika z treści dokumentacji postępowania, w tym m.in. z treści notatek służbowych sporządzonych przez Kierownika Oddziału Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia, przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego miało w dniu 1 października 2007 r. następujący przebieg:

1. osoba wyznaczona i wskazana w ofercie Wykonawcy X Sp. z o.o. do kontaktu z Zamawiającym, poinformowała telefonicznie o godz. 7:50 Kierownika Oddziału Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia, że: *„nie nastąpi podpisanie umowy w wyznaczonym terminie”*. Równocześnie, poniżej niniejszej notatki znajduje się, napisane odręcznym pismem i podpisane przez – Zastępcę Dyrektora, polecenie o następującej treści: *„Po godz. 8:40 proszę – w przypadku braku wyjaśnienia sytuacji – wezwać firmę drugą w kolejności do przygotowania się do ewentualnego podpisania umowy”* (według treści notatki służbowej z dnia 1 października 2007 r. podpisanej przez Kierownika Oddziału Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia).
2. o godz. 8:50 przedstawiciel wykonawcy ponownie skontaktował się telefonicznie z Kierownikiem Oddziału Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia, informując, iż: *„przyjazd przedstawicieli firmy X w celu podpisania umowy jest możliwy i nastąpi do godz. 14:00”*. Równocześnie, poniżej niniejszej notatki znajduje się napisane odręcznym pismem i podpisane przez Zastępcę Dyrektora polecenie o następującej treści: *„Kierownik Oddziału Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia: Proszę telefonicznie zażądać od Wykonawcy X pisemnego potwierdzenia przedmiotowej informacji. Pan XYZ: W związku z koniecznością zapewnienia ciągłości ochrony mienia proszę sporządzić aneks do obowiązującej umowy – od godz. 09:00 w dniu 01.10.2007 r., do godz. 14:00 dnia 01.10.2007 r.”* (według treści notatki służbowej z dnia 1 października 2007 r. podpisanej przez Kierownika Oddziału Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia).
3. z kolejnej notatki sporządzonej przez Kierownika Oddziału Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia wynika, iż wykonał on polecenie przełożonego, dotyczące zażądania od Firmy X Sp. z o.o. niezwłocznego potwierdzenia w formie pisemnej (faksem) informacji o przyjeździe przedstawicieli firmy X Sp. z o.o. celem podpisania umowy w deklarowanym terminie, tj. w dniu 1 października 2007 r. do godz. 14:00. Jednocześnie poniżej niniejszej notatki znajduje się, napisane odręcznym pismem i podpisane przez Zastępcę Dyrektora, polecenie o następującej treści: *„OZPiZ + Pan XYZ:*

Proszę powiadomić mnie niezwłocznie o otrzymaniu faksu z Firmy X." (według treści notatki służbowej z dnia 1 października 2007 r. podpisanej przez Kierownika Oddziału Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia).

4. jak wynika z treści pisma Wykonawcy X Sp. z o.o., a w szczególności z daty wygenerowanej przez faks, Zamawiający o godz. 10:15 otrzymał podpisane przez Prezesa Zarządu X Sp. z o.o. zawiadomienie, iż z przyczyn technicznych przyjazd Wykonawcy celem podpisania umowy przesunie się maksymalnie do godz. 14:45. Wykonawca przeproszał za wynikłe opóźnienie.

Na tym samym piśmie znajduje się, napisana pismem odręcznym i podpisana przez Zastępcę Dyrektora i Pana XYZ – Kierownika Działu Ekonomicznego i Administracyjnego, notatka o następującej treści: „*Czytałem. Pan XYZ: Proszę niezwłocznie powiadomić Firmę, że podpisanie umowy musi nastąpić do godz. 14:00 z przyczyn technicznych.*” (według pism X Sp. z o.o. z dnia 1 października 2007 r.).

5. o godz. 11:06 Zamawiający przekazał Wykonawcy faks o następującej treści: „*Uprzejmie informuję, że podpisanie umowy w przedmiotowym postępowaniu musi nastąpić w dniu 01.10.2007 r. do godz. 14:00. Podpisanie umowy o proponowanej przez Państwa godzinie 14:45 z przyczyn technicznych jest niemożliwe. Przypominamy, że właśnie godz. 14:00 była godziną deklarowaną przez państwa w dzisiejszych, porannych rozmowach telefonicznych i kolejne zmiany czasu nie będą dalej uwzględniane.*” Pismo podpisał Pan XYZ (według treści pisma z potwierdzeniem nadania faksu, podpisanym przez Pana XYZ).
6. z dokumentacji postępowania, w tym z wniosku o kontrolę oraz umów w sprawie udzielenia zamówienia wynika, iż Zamawiający zawarł przedmiotową umowę z Wykonawcą Y o godz. 14.10. Niniejsza umowa została podpisana przez – Zastępcę Dyrektora oraz właściciela firmy Y. Na ostatniej stronie niniejszej umowy znajduje się odrębna adnotacja, „**1 października 2007 r. godz. 14:10**”.
7. o godz. 14:20 przybyli do siedziby zamawiającego przedstawiciele Wykonawcy X Sp. z o.o. *celem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Mając na uwadze opisane wyżej ustalenia stanu faktycznego należy w pierwszej kolejności wskazać, iż stosownie do art. 94 ust. 2 ustawy, w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający był uprawniony wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1.

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

negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez Zamawiającego, ewentualnie takie działanie skarżącego, z którego wynikałaby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazany do wiadomości zamawiającego. (...) Brak stawiennictwa w siedzibie zamawiającego pracownika wykonawcy, spowodowany zaniedbaniem przez niego obowiązków, nie jest tożsamy z uchylaniem się wykonawcy od zawarcia umowy".

Kontrola dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym wszelkich okoliczności związanych z zawarciem umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia wskazuje, iż Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw, aby uznać, iż wykonawca X Sp. z o.o. uchylał się od zawarcia umowy. Zamawiający, w świetle wszelkich okoliczności sprawy, nie udowodnił tej tezy.

Z treści notatek służbowych sporządzanych w dniu 1 października 2007 r. przez Kierownika Oddziału Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia, dotyczących bezpośrednio okoliczności zawarcia ww. umowy, wbrew twierdzeniom Zamawiającego bezsprzecznie wynika, iż przedstawiciele Wykonawcy X Sp. z o.o. zmierzali do zawarcia z Zamawiającym przedmiotowej umowy w sprawie zamówienia.

Wskazuje na to już sama treść notatki pracownika zamawiającego, z której wynika, iż Wykonawca zawiadomił Zamawiającego o godz. 8.50, iż „przyjazd przedstawiciela firmy X Sp. z o.o. w celu podpisania umowy jest możliwy i nastąpi do godz. 14.00". W tym samym dniu, 1 października 2007 r., Wykonawca X Sp. z o.o. przesłał Zamawiającemu za pośrednictwem faksu zawiadomienie, iż z przyczyn technicznych przyjazd przedstawiciela Wykonawcy w celu podpisania umowy przesunie się maksymalnie do godz. 14:45., a Wykonawca przeproszał za wynikłe opóźnienie.

Mając na uwadze powyższe, w tym obowiązujący w doktrynie pogląd, według którego uchylanie się od podpisania umowy powinno przejawiać się wyraźną odmową zawarcia umowy przez wykonawcę oraz, że za uchylanie się wykonawcy od zawarcia umowy uznaje się odmowę podpisania umowy w dniu określonym przez zamawiającego – nie można uznać, że Wykonawca X Sp. z o.o. w przedmiotowym stanie faktycznym uchylał się od obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Dostatecznie o zamiarze zawarcia przez Wykonawcę X Sp. z o.o. przedmiotowej umowy w sprawie zamówienia świadczy to, iż o godz. 14:20 przybyli do siedziby zamawiającego, a więc w godzinach urzędowania (7:30 – 15:05) w celu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego przedstawiciele Wykonawcy X Sp. z o.o. reprezentowani przez członków Zarządu Wykonawcy X Sp. z o.o. Nadto, za odrzuceniem tezy Zamawiającego przemawiają również inne względy. Należy wskazać, iż informacja o terminie zawarcia umowy przekazana Wykonawcy X Sp. z o.o. przez Zamawiającego pismem z dnia 28 września 2007 r., mimo całej swojej kategoryczności, została przesłana Wykonawcy w piątek o godz. 12:59, a więc tuż przed upływem tygodnia, na mniej niż jeden dzień roboczy przed wyznaczonym na dzień 1 października 2007 r. (poniedziałek), na godz. 8.30 terminem zawarcia umowy. Biorąc pod uwagę odległość dzielącą siedziby Zamawiającego (Łódź) oraz Wykonawcy (Wrocław), należy stwierdzić, iż wskazany termin zawarcia umowy (zarówno ten pierwotny wyznaczony na 1 października 2007 r. na godz. 8:30, jak i zmodyfikowany – na godz. 14:00) był terminem trudnym do dotrzymania.

Należy podkreślić, iż Zamawiający określając ww. termin, powinien był nie tylko kierować się swoimi potrzebami, ale również uwzględnić, iż wybrany Wykonawca, mający siedzibę poza miejscem zawarcia umowy, musiał mieć możliwość fizycznego dotarcia odpowiednio umocowanego przedstawiciela do podpisania umowy.

Należy również wskazać, iż ww. informacja Zamawiającego z dnia 28 września 2007 r. przekazana Wykonawcy X Sp. z o.o. nie była ani rozstrzygnięciem protestu ani zaproszeniem do podpisania umowy w sprawie zamówienia. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowy protest dopiero w dniu 1 października 2007 r., przekazując rozstrzygnięcie Protestującemu Wykonawcy Y o godz. 8:09.

Wobec powyższego, Zamawiający zamiast wyznaczać nierealne terminy zawarcia umowy, powinien był w dniu 28 września 2007 r. przedłużyć termin obowiązywania dotychczasowej umowy, o czas niezbędny do zawarcia umowy z Wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Rozwiązanie takie było możliwe i najlepsze z punktu widzenia interesu Zamawiającego, wyrażającego się udzieleniem zamówienia Wykonawcy, którego oferta była najkorzystniejsza.

Zamawiający postępując w przeciwny sposób, czyli tak jak w opisanym wyżej stanie faktycznym, *de facto* faworyzował wykonawcę, mającego siedzibę w tym samym mieście co on, a nie tego, którego oferta była najkorzystniejsza.

Rekapitulując, należy stwierdzić, iż Zamawiający nie miał podstaw by uznać, iż Wykonawca X Sp. z o.o. uchyla się od zawarcia umowy, skoro jego przedstawiciele nie złożyli oświadczenia woli o tej treści, jak również zjawili się w siedzibie Zamawiającego niewiele minut po wyznaczonej godzinie na zawarcie umowy. Powyższe prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie był uprawniony do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Y na podstawie przepisu art. 94 ust. 2 ustawy. Działanie Zamawiającego stanowiło w opisanym stanie faktycznym sprawy rażące naruszenie przepisów art. 94 ust. 2 ustawy (w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania) i miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

**Nieprawidłowości w opisie przedmiotu
zamówienia publicznego – przykłady naruszeń
ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli
przeprowadzanej przez Prezesa UZP**

Informator nr 10/2012

Problematyka opisu przedmiotu zamówienia w kontekście wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych była poruszana w Informatorze nr 2 z 2011 r. (www.uzp.gov.pl). Tezy przedstawione w części poprzedzającej przykładowe naruszenia pozostają nadal aktualne. W szczególności należy przypomnieć, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek opisu przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Należy wskazać, iż pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia przestrzegać wymagań, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

Przed wszystkim, opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) oraz przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Z powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób obiektywny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać bezpośrednio lub pośrednio konkretny produkt.

Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenia przepisów ustawy Pzp regulujących opis przedmiotu zamówienia stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Naruszenie 1 (KND/6/09)

Przedmiotem postępowania przeprowadzonego przez Szpital X w trybie przetargu nieograniczonego była dostawa bielizny operacyjnej i szpitalnej Pakiet I – bielizna operacyjna.

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie określił, które składniki asortymentu zamawianego w Pakiecie I „Bielizna operacyjna” są wyrobami medycznymi, a w związku z tym nie sprecyzował, jakich dokumentów przedmiotowych wymagał od wykonawców w odniesieniu do poszczególnych składników zamawianego asortymentu.

W ramach Pakietu I przedmiotowego zamówienia, zamawiający opisał przedmiot zamówienia „Bieliznę operacyjną” następująco:

- 1) Bluza operacyjna, rozmiar M, XL, XXL – 550 szt., kolor zielony,
- 2) Spodnie operacyjne z gumką, rozmiar M, XL, XXL – 550 szt., kolor zielony,
- 3) Podkłady operacyjne, rozmiar 90x150 – 300 szt.,
- 4) Prześcieradło operacyjne, rozmiar 150x240 – 300 szt.,
- 5) Sukienka operacyjna dla personelu z kieszenią, rozmiar M, XL, XXL – 300 szt., kolor zielony,
- 6) Koszula operacyjna dla pacjenta, rozmiar M, XL, XXL – 25 szt., kolor niebieski,
- 7) Koszula dla położnic, rozmiar M, XL, XXL – 25 szt., kolor niebieski,
- 8) Czepek lekarski-furażerka wiązana, rozmiar XL, XXL – 300 szt., kolor zielony,
- 9) Fartuch operacyjny z mankietami, rozmiar XL, XXL – 350 szt., kolor zielony.

Jednocześnie zamawiający określił ogólne wymagania dot. Pakietu I:

- wykonane z tkaniny bawełnianej o masie powierzchniowej min. 160 g,
- temperatura prania do 95 stopni C, z możliwością pełnej dezynfekcji i sterylizacji,
- wyroby muszą spełniać wymagane odrębnymi przepisami normy i standardy.

W pkt 4.1.2.1 lit. c SIWZ, zamawiający wymagał zgłoszenia do „Rejestru Wyrobu Medycznego oznaczonego znakiem zgodności CE, dla którego wystawiono deklarację zgodności lub inny dokument wydany zgodnie z obowiązującymi przepisami w zależności od klasy produktu”.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyjaśnił, że Pakiet I zamówienia dotyczy bielizny operacyjnej, w związku z tym wymaga zastosowania obowiązujących przepisów dotyczących odzieży chirurgicznej. (...). Zamawiający stwierdził, że w zamawianym asortymencie „niektóre” z wyrobów miały charakter niemedyceński i w takich przypadkach wystarczające było przedstawienie innych dokumentów, np. świadectwa kontroli jakości dotyczące tkaniny użytej do produkcji wyrobu niemedyceńskiego.

W ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia wszyscy wykonawcy, z wyjątkiem wykonawcy A. s.c., dokonali niejednolitej kwalifikacji oferowanego asortymentu w Pakiecie I, w związku z czym zastosowali różne stawki podatku VAT oraz uchybili wymogowi przedstawienia dokumentów określonych w pkt 4.1.2.1 lit. c SIWZ dla oferowanego asortymentu:

- 1) w ofercie T. S.A. zastosowano dwie stawki podatku VAT: 1) stawkę 22% dla prześcieradła operacyjnego oraz dla koszuli dla położnic, 2) stawkę 7% dla pozostałego asortymentu oferowanego w zakresie pakietu I zamówienia; jednocześnie wykonawca złożył wraz z ofertą oświadczenie, w którym wskazywał, że wyroby pakietu 1 poz. 3, 4, 7 oraz pakietu 2 pozycje 1-7 nie mieszczą się w kategoriach wyrobu medycznego, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 17 ustawy o wyrobach medycznych i jako takie nie mogą być traktowane jako wyrób medyczny; ponadto wykonawca przedstawił certyfikat jakości tkanin dla bawełny 100%, kolor niebieski i zielony,
- 2) w ofercie E. zastosowano do wszystkich pozycji Pakietu I jednolitą stawkę VAT – 22%; wykonawca załączył do oferty oświadczenie, w którym wskazywał, że wymóg zastosowania tkaniny bawełnianej klasyfikuje wyroby będące przedmiotem zamówienia jako niespełniające ustawy o wyrobach medycznych i skutkuje zastosowaniem 22% stawki VAT; w opinii wykonawcy tkanina bawełna nie spełnia wymogów bezwzględnych dyrektywy i nie jest uznana jako wyrób medyczny,
- 3) w ofercie A. s.c. zastosowano 2 stawki podatku VAT: 22% dla koszuli dla położnic oraz 7% dla pozostałego asortymentu,
- 4) w ofercie B. zastosowano jedną stawkę podatku VAT 7% dla wszystkich pozycji asortymentu zamawianego w ramach Pakietu I.

Żadna z ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nie została odrzucona przez zamawiającego w związku z niespełnieniem ww. wymagania określonego w pkt 4.1.2.1 lit. c SIWZ.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający nie określił stawek podatku VAT właściwych dla poszczególnych pozycji zamówienia udzielanego w ramach Pakietu I. Wykonawcy samodzielnie wskazywali w ofercie oraz w formularzu cenowym stawki podatku VAT dla poszczególnych pozycji zamówienia. Każdy z czterech wykonawców, którzy złożyli oferty na Pakiet I zamówienia, odmiennie określił stawki VAT dla poszczególnych pozycji Pakietu I. Zamawiający nie wyjaśniał także przyczyn zastosowania różnych stawek VAT przez wykonawców, ani nie odrzucił żadnej ze złożonych ofert z powodu niewłaściwej stawki podatku VAT.

(...). Kwalifikacja produktu jako wyrobu medycznego powoduje daleko idące konsekwencje. Skutkuje bowiem koniecznością spełnienia wymagań zasadniczych dla wyrobów medycznych oraz obowiązkiem zgłoszenia wyrobu do „Rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzanie do obrotu i używania”, prowadzonego przez Prezesa Urzędu Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Ponadto ma wpływ na zastosowanie stawki podatku VAT – wobec wyrobów medycznych właściwa jest bowiem obniżona stawka VAT 7%.

Z wyjaśnień udzielonych przez Prezesa Urzędu Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wynika, że o kwalifikacji wyrobu jako wyrobu medycznego decyduje jego przeznaczenie, określone przez wytwórcę danego produktu.

Jednakże należy mieć na uwadze, że konkretne zamówienie stanowi co do zasady odpowiedź na określone potrzeby zamawiającego, zaś wiedzę o przeznaczeniu zamawianego asortymentu posiada przede wszystkim zamawiający. Zatem w odniesieniu do konkretnego zamówienia publicznego to zamawiający powinien określić, czy zamawiany asortyment powinien należeć do kategorii wyrobów medycznych, czy też nie. Niewątpliwie bowiem przeznaczenie asortymentu oferowanego przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno być zgodne z przeznaczeniem zamawianego asortymentu, przewidzianym przez zamawiającego.

Dodatkowo należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. ustawy o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jednolity Dz.U. z 2007 r., Nr 14, poz. 89, ze zm.), zakłady opieki zdrowotnej są zobowiązane do nabywania i stosowania wyrobów medycznych odpowiadających wymaganiom ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych.

Z uwagi na konsekwencje wynikające z kwalifikacji produktu jako wyrobu medycznego, zamawiający udzielając zamówienia na dostawę asortymentu, który zgodnie z obowiązującymi przepisami przynajmniej częściowo kwalifikuje się do kategorii wyrobów medycznych, powinien jednoznacznie wskazać w opisie przedmiotu zamówienia, które składniki zamawianego asortymentu, stosownie do ich przeznaczenia, powinny należeć do kategorii wyrobów medycznych. Warto wskazać, że również Prezes URPLWMIpB negatywnie odniósł się do opisu przedmiotu zamówienia dokonanego w SIWZ stwierdzając, że określenie w wymaganiach ogólnych, że wyroby muszą spełniać wymagane odrębnymi przepisami normy i standardy oznacza, że zamawiający nie potrafił wskazać konkretnych wymagań, wobec czego wątpliwym jest, czy zamawiający był w stanie ocenić dostarczone do ofert dokumenty w sposób wyczerpujący i kompletny.

Wysokość stawek opodatkowania regulują przepisy Działu VIII (art. 41-85) ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54 poz. 535, ze zm.), zwanej dalej ustawą o VAT. Stosownie do art. 41 ust. 1 ustawy o VAT stawka podatku wynosiła 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Stosownie do art. 41 ust. 2 ustawy o VAT, dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, stawka podatku wynosiła 7%. W poz. 106 załącznika nr 3 do ww. ustawy wymienione zostały wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika – bez względu na symbol PKWiU.

Prezes URPLWMIpB stwierdził, że odzież chirurgiczna, odzież dla bloków operacyjnych, obłożenia chirurgiczne przeznaczone do stosowania na blokach operacyjnych, generalnie podlegają definicji wyrobu medycznego. Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa URPLWMIpB, w odniesieniu do zamawianych w Pakiecie I wyrobów, wyrobami medycznymi, podlegającymi ustawie o wyrobach medycznych, a tym samym (w przypadku wytwórców mających siedzibę w Polsce lub importerów odpowiedzialnych za wprowadzenie do obrotu, lub autoryzowanych przedstawicieli, wytwórców z krajów trzecich mających siedzibę poza obszarem EOG, a którzy mają swoją siedzibę w Polsce), podlegającymi obowiązkowi zgłoszenia do Urzędu przed pierwszym wprowadzeniem do obrotu, są: bluza operacyjna, spodnie operacyjne z gumką, podkłady operacyjne, prześcieradło operacyjne, sukienka operacyjna dla personelu z kieszenią, koszula operacyjna dla pacjenta, czepek lekarski, fartuch operacyjny. Jednocześnie uchwałą nr 74/2009 z dnia 17 listopada 2009 r., Komisja ds. wyrobów medycznych – organ opiniodawczo-doradczy Prezesa URPLWMIpB stwierdziła, iż koszula położnicza nie spełnia definicji wyrobu medycznego.

Z powyższego wynika, że zasadnym było zastosowanie przez wykonawców stawki VAT 22%, wyłącznie w odniesieniu do poz. 7 Pakietu I, tj. koszuli dla położnic, zaś do pozostałych pozycji asortymentu właściwą była obniżona stawka podatku VAT 7%, przewidziana dla wyrobów medycznych.

Wskutek zaniechania przez zamawiającego dokonania precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone nieporównywalne oferty, bowiem wykonawcy odmiennie kwalifikowali oferowane wyroby jako wyroby medyczne i w związku z tym stosowali odmiennie

stawki podatku VAT do poszczególnych pozycji oferowanego asortymentu. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, zatem naruszył art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

Naruszenie 2 (KND/65/09)

Przedmiotem postępowania przeprowadzonego przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w trybie przetargu nieograniczonego było utrzymanie porządku w obiektach.

Zamawiający wskazał w SIWZ, iż podstawą do wyliczenia ceny oferty jest formularz cenowy stanowiący załącznik nr 3 (Formularz cenowy – kalkulacja). W ostatecznej wersji tabeli po modyfikacji SIWZ zawarto następujące pozycje:

	Nazwa obiektu	Powierzchnia (m ²)	Cena jednostkowa netto (zł/ m ² /m-cy)	Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)	Wartość brutto zamówienia za 48 m-cy (zł)
1.	Obiekty kubaturowe	5669,53			
2.	Tereny zielone	232 681,00			
3.	Tereny utwardzone poza zimą	87 107,00			
4.	Tereny utwardzone w okresie zimowym*	87 107,00			
5.	Razem				

* W pozycji 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym”, w kolumnie „Cena jednostkowa netto (zł/m²/m-c) należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 m² dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej. W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni.

Pod tabelą umieszczono następujące informacje:

1. cena jednostkowa utrzymania w czystości pomieszczeń w zł za 1 m²/m-c =
2. cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów zieleni w zł za 1 m²/m-c =
3. cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów utwardzonych w zł za 1 m²/m-c w okresie pozazimowym =
4. cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów utwardzonych w okresie zimowym:
 - zima lekka – w zł za 100 m²/doba =
 - zima średnia – w zł za 100 m²/doba =
 - zima ciężka – w zł za 100 m²/doba =
 - warunki pozimowe – w zł za 100 m²/doba =

Jednocześnie, w załączniku nr 4 do SIWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru) w pkt IV zamawiający wskazał, iż utrzymanie czystości w okresie zimowym obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca.

Jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena.

W dniu 4 września 2009 r. odbyło się otwarcie ofert. Do upływu powyższego terminu wpłynęły 3 oferty złożone przez wykonawców:

1. konsorcjum firm: Zakład ... oraz K. Sp. cywilna z ceną 2 488 054,31 PLN brutto;
2. I. Sp. z o. o. z ceną 3 273 356,62 PLN brutto;
3. Z. Sp. z o. o. z ceną 4 026 748,80 PLN brutto.

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, iż kalkulując cenę w pozycji 3 i 4 formularza cenowego, każdy w wykonawców przyjął za podstawę kalkulacji inną liczbę miesięcy świadczenia usługi w okresie

zimowym. Wykonawca Zakład ... oraz K. Sp. cywilna skalkulował cenę w pozycji 3 uwzględniając przedział czasowy świadczenia usługi utrzymania terenów utwardzonych w okresie pozazimowym za 28 miesięcy, natomiast w okresie zimowym za 20 miesięcy. Jednocześnie wykonawca zmodyfikował formularz cenowy – kalkulację (załącznik nr 3 do SIWZ) dodając kolumnę 7, w której w odniesieniu do pozycji 3 (tereny utwardzone poza zimą) i 4 (tereny utwardzone w okresie zimowym) podał inną liczbę miesięcy, przez które przemnożył ceny jednostkowe (odpowiednio 28 i 20). Wykonawca pod tabelą zawarł wyjaśnienia, iż powyższa zmiana została wprowadzona zgodnie z okresami wykonywania usługi wskazanymi w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Z kolei wykonawca I. Sp. z o.o. w pozycji 4 formularza cenowego wyliczył wartość usługi poprzez podanie dwóch wartości (a – za jeden miesiąc usługi i b – za 16 miesięcy wykonywania usługi). Natomiast wykonawca Z. Sp. z o.o. skalkulował ceny w pozycjach 3 i 4 formularza z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy.

Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Z. Sp. z o.o., jednocześnie odrzucając oferty pozostałych wykonawców z powodu błędu w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia ofert zamawiający wskazał, iż przewidział wyliczenie wartości za 48 miesięcy w związku z czym wartości podane przez ww. wykonawców są nieprawidłowe.

Należy zwrócić uwagę na fakt, iż SIWZ w niniejszym postępowaniu została skonstruowana w sposób wewnętrznie sprzeczny, uniemożliwiający sporządzenie oferty wykonawcy oraz dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z jej treścią. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót wskazał, iż utrzymanie czystości w okresie zimowym obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca (5 miesięcy). Natomiast z treści kolumny 5 i 6 tabeli zawartej w formularzu cenowym wynika, iż wymagał skalkulowania ceny w pozycji 3 i 4 (okres pozimowy i okres zimowy) z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy, tj. całego okresu świadczenia usługi objętego umową. Z kolei zapis znajdujący się w formularzu cenowym pod tabelą wskazuje, iż „w pozycji 4 „Tereny utwardzone w okresie zimowym”, w kolumnie „Cena jednostkowa netto (zł/m²/m-c) należy podać średnią arytmetyczną cenę jednostkową za 1 m² dla warunków zimy lekkiej, średniej i ciężkiej. W kolumnie „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy(zł)” należy wpisać iloczyn ceny jednostkowej netto i powierzchni”.

Powyższe zapisy SIWZ spowodowały, iż wykonawcy mogli powziąć uzasadnione wątpliwości co do zakresu usług podlegających wycenie oraz co do sposobu sporządzenia oferty zgodnej z SIWZ. Określenie ceny w pozycji nr 3 i 4 z uwzględnieniem okresu świadczenia usługi 48 miesięcy byłoby sprzeczne z zapisem umieszczonym pod tabelą nakazującym uwzględnić jedynie iloczyn powierzchni i ceny jednostkowej oraz z treścią Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, która wskazywała iż okres zimowy obejmuje 5 miesięcy w skali roku (20 miesięcy w ramach umowy), a tym samym okres pozazimowy obejmuje 7 miesięcy w skali roku (28 miesięcy w ramach całej umowy). Z kolei uwzględnienie okresu w pozycji 3 i 4 odpowiednio 28 i 20 miesięcy pozostawało w sprzeczności z samą konstrukcją tabeli, której 5 i 6 kolumna zostały zatytułowane „Wartość netto zamówienia za 48 m-cy (zł)”. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, iż żaden z wykonawców w pozycji 4 tabeli nie skalkulował ceny za świadczenie usług w okresie zimowym w sposób polegający na podaniu iloczynu powierzchni i ceny jednostkowej. Natomiast poszczególni wykonawcy dokonywali kalkulacji z uwzględnieniem okresów 20, 16 i 48 miesięcy. W tym miejscu należy również zauważyć, iż uwzględniany w kalkulacji ceny okres świadczenia usługi mógł mieć wpływ na określaną przez poszczególnych wykonawców cenę jednostkową.

Ponadto gdyby przyjąć, tak jak przyjął to zamawiający, za prawidłowo skalkulowaną cenę z uwzględnieniem we wszystkich pozycjach formularza okresu 48 miesięcy świadczenia usługi, doszłoby do sytuacji, w której wykonawcy wyceniliby dwukrotnie świadczenie usługi w tym samym okresie (okres zimowy i pozazimowy) za pomocą różnych stawek. Jednocześnie, przyjęcie przez zamawiającego w toku oceny jako podstawy kalkulacji wbrew pozostałym zapisom SIWZ okresu 48 miesięcy świadczenia usługi w pozycjach nr 3 i 4, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7

ust.1 ustawy. Zamawiający bowiem, mimo kierowanych do niego przez wykonawców pytań dotyczących treści SIWZ w tym zakresie, nie rozstrzygnął tej kwestii przed upływem terminu składania ofert.

Sporządzenie SIWZ w sposób sprzeczny w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu kalkulacji ceny spowodowało rozbieżności w ofertach złożonych przez biorących udział w postępowaniu, a także doprowadziło do odrzucenia przez zamawiającego dwóch ofert na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. Jednocześnie, jak wskazał Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 18 lutego 2009 r. (sygn. akt. XII Ga 10/09) wątpliwości związane ze sformułowaniem sposobu obliczania ceny oferty, powstałe w niniejszym postępowaniu nie mogły być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, co oznacza, że interpretacja zamawiającego nie może w efekcie prowadzić do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. Sąd wskazał również, że treść specyfikacji powinna być skonstruowana przez zamawiającego w ten sposób aby oferty wykonawców mogły być przygotowane zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i by nie zachodziły żadne wątpliwości co do intencji zamawiającego wyartykułowanych w specyfikacji.

Należy również mieć na uwadze, iż SIWZ nie daje podstaw do uznania, który z ww. okresów powinien być uznany za podstawę obliczenia ceny. Niedopuszczalnym jest również precyzowanie zapisów SIWZ przez zamawiającego w zakresie sposobu obliczenia ceny przez wykonawców po otwarciu ofert.

Art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Również art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 ustawy Pzp wskazuje na konieczność określenia w SIWZ zarówno opisu przedmiotu zamówienia jak i sposobu obliczenia ceny. Wskazane przepisy służą realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1033/09) „z dyspozycji przepisu art. 29 ust. 1 ustawy wynika, że dla wszystkich wykonawców opis przedmiotu zamówienia musi być zrozumiały i powinni go rozumieć w taki sam sposób”.

W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający nie określił przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Skoro bowiem w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wprowadził rozróżnienie świadczenia poszczególnych usług w okresie zimowym i poza nim, to wszystkie ww. elementy winny znaleźć odzwierciedlenie w sposobie obliczenia ceny, który powinien być określony w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe zaniechanie zamawiającego doprowadziło do złożenia ofert skonstruowanych w oparciu o różną interpretację SIWZ, w których wykonawcy oszacowali wynagrodzenie w odmienny sposób.

W zapadłym w niniejszej sprawie wyroku z dnia 18 lutego 2009 r. (sygn. akt. XII Ga 10/09) Sąd Okręgowy w Gdańsku wskazuje, iż „jednym z obligatoryjnych elementów specyfikacji jest wskazanie wykonawcy elementów, które muszą być uwzględnione w kalkulacji ceny oferty. Metoda opisanego sposobu obliczenia ceny jest uzależniona od rodzaju przedmiotu, ale zawsze sprowadza się do wyliczenia wszystkich istotnych czynników, które winny być w kalkulowane w cenę.”

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż wewnętrznie sprzeczne skonstruowanie SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny stanowi naruszenie 29 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 ustawy Pzp. (...).

Naruszenie 3 (KN/113/09)

Przedmiotem postępowania przeprowadzonego przez Instytut... w trybie przetargu nieograniczonego była dostawa stanowiska do obróbki cieplnej i cieplno-chemicznej.

W „specyfikacji technicznej”, stanowiącej załącznik A1 do SIWZ (tekst pierwotny, sprzed modyfikacji) zamawiający wskazał parametry techniczne uniwersalnego pieca ze zintegrowaną wanną hartowniczą, a także dodatkowe jego wyposażenie, tj.: urządzenie do mycia i suszenia wsadu, piec z atmosferą ochronną do odpuszczania, wózek załadowczo-wyładowczy, stół odkładczy rolkowy, generator atmosfery endotermicznej, wanna hartownicza wodna, sterowanie i kontrola procesu, stanowisko kontrolno-pomiarowe do określania jakości przeprowadzonej obróbki cieplnej, komputer rejestrujący wraz z podaniem parametrów technicznych ww. wyposażenia.

Zamawiający dokonał modyfikacji ww. załącznika A1 w ten sposób, iż wykreślił następujące pozycje: „piec z atmosferą ochronną do odpuszczania”, „wanna hartownicza wodna”, „stanowisko kontrolno-pomiarowe do określenia jakości przeprowadzonej obróbki cieplnej”. Jednocześnie, zamawiający nie wskazał nowych wymagań w tym zakresie.

Nadto wskazać należy, że w toku postępowania wykonawcy zadawali pytania dotyczące kwestii związanych z przedmiotem zamówienia. Przykładowe pytania to: „Proszę o podanie temperatury wsadu, który ma być zanurzony w wannie hartowniczej wodnej?”, „Czy ma to dotyczyć gorącego wsadu bezpośrednio wyciągniętego z pieca, czy może wsadu, którego temperatura zostanie wstępnie obniżona w piecu?”, „Jakie materiały przewidują Państwo hartować w wannie wodnej?”, „Jaka jest wysokość hali skoro ogranicza wyciąganie retorty generatora do góry?”

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono również, że zamawiający na dwa dni (tj. dnia 19 maja 2009 r.) przed upływem terminu składania ofert (21 maja 2009 r.), zamieścił na swojej stronie internetowej następującą informację:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do:

Po zainstalowaniu, sprawdzeniu wszystkich systemów i wstępnym uruchomieniu urządzeń wchodzących w skład „Stanowiska do obróbki cieplnej i cieplno-chemicznej” przewiduje się przeprowadzenie następujących prób technologicznych obróbki cieplnej:

- 1. Grzanie wsadu ze stopów żelaza w atmosferze ochronnej, wytworzonej we współpracującym generatorze z następnym hartowaniem w zintegrowanej wannie olejowej pieca (oziębienie z różnymi prędkościami);*
- 2. Nawęglanie stali niskowęglowej w atmosferze regulowanej z generatora ENDO, wzbogaconej propa-nem z następnym podchłodzeniem w przedsionku i hartowaniem w zintegrowanej wannie olejowej pieca;*
- 3. Wyżarzanie wsadu ze stopów żelaza w atmosferze ochronnej i powolne chłodzenie w przedsionku pieca w tej atmosferze do temperatury otoczenia;*
- 4. Oziębienie wsadu po wyżarzaniu w atmosferze ochronnej w podgrzanym lub chłodzonym oleju z różnymi prędkościami w zintegrowanej wannie olejowej;*
- 5. Chłodzenie wsadu po wyżarzaniu w atmosferze ochronnej z różnymi prędkościami w przedsionku pieca;*
- 6. Azotonawęglanie stopów żelaza w atmosferze regulowanej z generatora ENDO, wzbogaconej amoniakiem z następnym podchłodzeniem w przedsionku i hartowaniem w zintegrowanej wannie olejowej pieca;*
- 7. Próby wyżarzania żeliw w atmosferze ochronnej, wytworzonej we współpracującym generatorze ENDO oraz chłodzenia w atmosferze ochronnej w przedsionku pieca;*
- 8. W czasie realizacji powyższych procesów będą sprawdzane systemy regulacji temperatury i potencjału węglowego atmosfery, wizualizacji procesów w poszczególnych urządzeniach, programowania procesów cieplnych, transferu parametrów do komputera w pomieszczeniu obsługi, obliczania parametrów atmosfery piecowej i przebiegu dyfuzji węgla;*

9. *Sprawdzanie jakości działania urządzenia do mycia i suszenia wsadu po hartowaniu w oleju;*
10. *Próby sterowania generatorem ENDO w celu wytworzenia atmosfer o różnych wartościach potencjału węglowego lub temperatury punktu rosy."*

W związku z powyższym w toku kontroli należało odpowiedzieć na pytanie, czy specyfikacja techniczna zawiera wystarczające informacje do przygotowania oferty w zakresie przedmiotu zamówienia, w szczególności biorąc pod uwagę dokonane przez zamawiającego modyfikacje. W opinii z dnia 4 stycznia 2010 r. sporządzonej przez biegłych z Politechniki Warszawskiej powołanych przez Prezesa UZP do rozstrzygnięcia powyższego zagadnienia zostało wyrażone następujące stanowisko: „(...) stwierdzam, że pierwotna specyfikacja techniczna jak również specyfikacja zmodyfikowana – uboższa o takie elementy wymagane do dostawy jak piec z atmosferą ochronną do odpuszczania, wanna hartownicza wodna, jest w małym stopniu wystarczająca (czego dowodem są pytania skierowane do zamawiającego). W szczególności brak jest informacji o wymaganej funkcjonalności urządzenia, w tym rodzaju i ilości przewidzianych do obróbki materiałów. Informację o oczekiwanej funkcjonalności urządzenia znaleźć można dopiero w komunikacji z 19.05.2009 r., w której zawarto zakres prób technologicznych potwierdzających zgodność dostarczonego urządzenia z oczekiwaniami zamawiającego. Zwrócić należy również uwagę, że zamawiający w informacji z 19.05.2009 r. (2 dni przed upływem terminu składania ofert) również niezbyt precyzyjnie określa te wymagania pisząc m.in. „ożębienie z różnymi prędkościami” nie definiując jednocześnie metody sterowania zmiennymi prędkościami jak również przedziału tych prędkości. Nie określono również tzw. wsadu referencyjnego.”

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym pamiętać należy, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przez określenie przedmiotu zamówienia należy więc rozumieć zdefiniowanie przedmiotu zamówienia. Wyraz „jednoznaczny” należy rozumieć jako „mający jedno znaczenie”, „dokładnie określony”, „nie budzący wątpliwości”, wyraz zaś „wyczerpujący” – jako „przedstawiający jakieś zagadnienie wszechstronnie, dogłębnie, szczegółowo”, „gruntowny”, „dokładny”, przy czym pojęcia te (podobnie zresztą, jak zwrot: „za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń”) powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego.

W przedmiotowym postępowaniu nie sposób uznać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób należyty i nie budzący wątpliwości wykonawców. Świadczą o tym w szczególności pytania zadawane przez wykonawców w toku postępowania oraz stanowisko wyrażone w opinii biegłych. W specyfikacji technicznej zabrakło istotnych informacji niezbędnych dla prawidłowej oceny przez potencjalnych wykonawców celowości ich ewentualnego udziału w postępowaniu oraz szans na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Opisując przedmiot zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny i niewyczerpujący zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie 4 (KND/146/09)

Przedmiotem postępowania przeprowadzonego przez Związek... w trybie przetargu nieograniczonego była dostawa materacy do judo tatami w 2007 r.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacjach przedmiotowych postępowań przez określenie m.in. następujących parametrów:

W postępowaniu ZP/T/007

Długość: 200 cm (+/- 2 mm),

Szerokość: 100 cm (+/- 1 mm),

Wysokość minimum: 4 cm (+/- 1 mm).

W postępowaniu ZP/T1/07

Długość: 200 cm (+/- 5 mm),

Szerokość: 100 cm (+/- 3 mm),

Wysokość minimum: 4 cm (+/- 1 mm).

Ponadto, w obydwu postępowaniach, zamawiający wymagał wypełnienia mat tatami pianką poliuretano-
wą regeneracyjną o gęstości 250-280 kg/cm³.

Na zlecenie zamawiającego badania próbek materaców przeprowadził Instytut Sportu w Warszawie. W rap-
ortach z badań próbek zostały podane następujące wyniki:

Raport nr 02/2007/ZBS z 4.09.2007	Mata nr 1	Mata nr 2	Mata nr 3
Długość [m]	2,000	1,990	1,997
Szerokość [m]	1,002	1,001	1,001
Wysokość [m]	0,0399	0,0444	0,0408
Gęstość [kg/m ³]	260,1	225,0	279,8

Wszystkie oferty złożone w unieważnionym postępowaniu ZP/T/07, zostały przez zamawiającego odrzu-
cone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, po stwierdzeniu przez zamawiającego, że parametry
wszystkich oferowanych materaców do judo tatami nie odpowiadają parametrom wymaganym przez za-
mawiającego w zakresie wymiarów i/lub gęstości.

(...). Zgodnie z informacjami przekazanymi do UZP przez Instytut Sportu w Warszawie, wymagania mat
dla judo opisane są w normie *PN-EN 12503-3: kwiecień 2004. Maty i materace sportowe. Część 3: maty do judo,
wymagania bezpieczeństwa*. Zgodnie z normą:

- zakres normy obejmuje maty do judo używane w szkołach, do treningu i na zawodach,
- rozmiary mat określa się następująco: długość maty wynosi wielokrotność 1 m, tolerancja ± 5 mm,
szerokość – to wielokrotność 1 m, tolerancja ± 5 mm, grubość – 40 mm lub 50 mm, tolerancja
 $\pm 3\%$,
- norma określa wymogi związane z jednorodnością, sztywnością statyczną, sprężystością, współ-
czynnikiem tarcia na powierzchni i o podłoże, nie określa zaś rodzaju materiału i gęstości matera-
ców.

Instytut Sportu wskazał również, że zmniejszanie zakresu pola tolerancji wymiarów gabarytowych określo-
nych w normie PN-EN 12503-3 nie ma wpływu na bezpieczeństwo maty, jest jednak niecelowe z punktu
widzenia technologii wykonania materaców oraz kosztów wykonania.

Zamawiający nie uzasadnił przyczyn zaostrenia wymagań wobec zamawianych materaców do judo
w stosunku do odnoszącej się do nich normy. W korespondencji przekazanej do UZP w trakcie kontro-
li nie kwestionował zarzutu, że parametry zamawianych materaców do judo tatami w zakresie wymia-
rów, zostały sformułowane zbyt rygorystycznie. Jednocześnie wskazywał, że wykonawcy tego wymogu
nie kwestionowali w trakcie przeprowadzanych przez zamawiającego postępowań.

Zaostrenie przez zamawiającego wymagań względem rozmiarów zamawianych materaców w stosunku
do postanowień właściwej normy ograniczyło konkurencję, bowiem w jego rezultacie zamawiający odr-
zucił w postępowaniu ZP/T/07 oferty spełniające wymagania normy PN-EN 12503-3 w zakresie dopusz-
czalnych rozmiarów mat (próbki nr 1 i 3), z powodu niespełnienia wymagań w zakresie dopuszczalnych
rozmiarów mat określonych w SIWZ oraz unieważnił postępowanie ZP/T/07.

Z uwagi na powyższe, niezasadnie zaostrezając wymagania wobec zamawianych materaców w odniesieniu
do wymagań określonych w stosownej Polskiej Normie, zamawiający naruszył art. 30 ust. 1 ustawy Pzp,
zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakości-

wych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

Należy także wskazać, że podany w SIWZ wymóg gęstości pianki poliuretanowej 250-280 kg/cm³, zamawianych materaców jest niemożliwy do spełnienia, co potwierdził Instytut Sportu w Warszawie. Stwierdzając możliwość wystąpienia „błędu edytorskiego” polegającego na zastosowaniu jednostki kg/cm³ zamiast kg/m³, Instytut Sportu przyznał przy tym, że w 2006 r. możliwym było wykonanie i zaoferowanie materaca, w którym zastosowana pianka poliuretanowa miała gęstość 250-280 kg/m³. Z dokumentacji postępowań wynika, że zamawiający nie skorygował jednak jednostki odnoszącej się do gęstości pianki poliuretanowej w toku postępowań prowadzonych w 2007 r.

Ze zgromadzonych w toku kontroli informacji wynika, że pianka poliuretanowa o gęstości 250-280 kg/m³ jest stosowana w materacach o najwyższej twardości a wymaganie takiej wysokiej gęstości pianek nie jest uzasadnione ich przeznaczeniem w Uczniowskich Klubach Sportowych.

Zamawiający nie uzasadnił merytorycznie wymagania pianki o gęstości z zakresu 250-280 kg/m³, wskazał jedynie, że kierował się bliżej nieokreślonymi opiniami trenerów i instruktorów judo. W szczególności zamawiający nie wykazał, że materace zawierające piankę o mniejszej niż wymagana gęstości, nie mogą być zastosowane w Uczniowskich Klubach Sportowych, dla których materace były przeznaczone. Jednocześnie, jak wskazał Instytut Sportu w Warszawie, gęstość zastosowanej pianki nie przekłada się na spełnianie przez maty tatami wymagań normy PN-EN 12503-3.

Zamawiający nie uzasadnił wymagania wysokiej gęstości pianki wypełniającej zamawiane maty, w szczególności nie wskazał, czemu wysoka gęstość pianek zamawianych materaców miała służyć. Z tego względu wyjaśnień zamawiającego nie można uznać za wystarczające.

Wymóg dotyczący gęstości pianki poliuretanowej, skutkujący m.in. odrzuceniem wszystkich ofert składanych w postępowaniach przeprowadzonych w 2006 r. w trybie przetargu nieograniczonego, należy zatem uznać za niezasadnie ograniczający konkurencję.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, należy stwierdzić, że określając wymiary zamawianych materaców w sposób nieelastyczny, nadmiernie rygorystyczny w odniesieniu do wymagań normy *PN-EN 12503-3: kwiecień 2004. Maty i materace sportowe. Część 3: maty do judo, wymagania bezpieczeństwa*, nieuzasadniony przeznaczeniem zamawianych materaców, zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Naruszenie 5 (KND/10/10)

Przedmiotem postępowania przeprowadzonego przez Gminę K. w trybie przetargu nieograniczonego była dostawa pojazdu – autobusu w wersji 19-osobowej, przystosowanego do przewozu osób poruszających się na wózku inwalidzkim.

Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w części III SIWZ, że pojazd ma spełniać określone wymagania, w tym ma posiadać kolor lakieru: „srebrny brylantowy metalik”.

W związku z wątpliwościami, które pojawiły się w toku postępowania wyjaśniającego, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do rzeczoznawcy z prośbą o opinię w sprawie zgodności opisu przedmiotu zamówienia z zasadami odnoszącymi się do opisu przedmiotu zamówienia opisanymi w art. 29 ustawy Pzp. Wystąpienie Prezesa Urzędu miało na celu w szczególności uzyskanie wiadomości, czy z opisu przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza ze wskazanego przez zamawiającego koloru lakieru, a także rodzaju, mocy oraz pojemności silnika wynika, iż na bazie pojazdu wyłącznie jednej marki, możliwe było przystosowanie go do potrzeb zamawiającego opisanymi w SIWZ.

W sporządzonej opinii rzeczoznawca stwierdził, iż „nazwa koloru »srebrny brylantowy metalik« jest stosowana tylko do pojazdów MERCEDES-BENZ Sprinter”. Rzeczoznawca potwierdził także jednoznacznie, iż jedyną marką samochodu, na bazie którego możliwe było przystosowanie go do potrzeb, zwłaszcza pod

względem pojemności (wersja 19-osobowa, tj. 18 + 1) i koloru (srebrny brylantowy metalik) był MERCEDES-BENZ Sprinter. Jednocześnie, biegły podał, pomijając wymagania dotyczące koloru lakieru, iż pozostałe marki pojazdów służących do zabudowy nie mogły potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na odbiegające od wymaganych parametry mocy lub pojemności silnika. Biegły rzeczoznawca stwierdził, iż: „Samochód marki VOLKSWAGEN Crafter 35 TDi ma moc 163 kW – spełniającą wymagania, ale pojemność 2459 ccm, która wymagań nie spełnia. IVECO Dailly 35–14 ma pojemność 2287 ccm, która spełnia wskazane przez zamawiającego parametry, ale moc 116 kW, która tych parametrów nie spełnia.”

(...). Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia nie tylko w sytuacji bezpośredniego wskazania przez zamawiającego danych znaków towarowych, czy oznaczeń. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi również, gdy w sposób pośredni wskazane w SIWZ parametry prowadzą do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego.

A zatem, naruszeniem dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, które wskazuje na konkretny produkt eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów.

W świetle przytoczonej opinii biegłego, sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, wskazujący takie jego elementy jak pojemność oraz moc silnika, a przede wszystkim rodzaj lakieru właściwy wyłącznie samochodom marki MERCEDES – BENZ Sprinter, naruszał zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy oraz wyrażoną w art. 7 ust.1 ustawy zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, oferujących pojazdy innych marek.

O tym, iż wymagania zamawiającego dotyczące koloru lakieru czy pojemności i mocy silnika miały wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym wynik przedmiotowego postępowania, świadczą również pytania wykonawców do treści SIWZ oraz wyłącznie jedna złożona w postępowaniu oferta. (...).

Naruszenie 6 (KN/5/11)

Przedmiotem postępowania przeprowadzonego przez Urząd Pracy w K. w trybie przetargu nieograniczonego była dostawa komputerów.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w pkt 3 SIWZ wskazał parametry techniczne zamawianego sprzętu. Należy wskazać, że w toku postępowania wniesiono protest dotyczący sporządzonego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w zadaniu 1. Protestujący wskazał na nieprawidłowe zapisy SIWZ, tj. sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przez określenie parametrów, które w sposób jednoznaczny wskazywały na produkty firmy DELL.

W związku z wątpliwościami co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię. Zakres opinii obejmował następujące kwestie:

- 1) Czy zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia (dotyczący zadania nr 1) zgodnie z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też opis ten nie był jednoznaczny, albo wskazywał na konkretny produkt, czy też producenta (w szczególności producenta DELL)?
- 2) Czy na rynku istnieje tylko jedna firma, produkująca sprzęt o parametrach wskazanych przez zamawiającego, czy też istnieje kilka firm, mogących podjąć się realizacji przedmiotowego zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego, tj. zgodnie z minimalnymi parametrami technicznymi przez niego wyznaczonymi?
- 3) Czy zgodne z prawdą jest, że określenie poniżej wskazanych parametrów eliminuje krąg producentów jedynie do firmy DELL? W szczególności z zakresie następujących parametrów:

- a. wymogu napędu optycznego typu SLIM,
- b. wymogu ograniczenia mocy zasilacza do 240 W i wydajności min. 85%,
- c. wymogu posiadania certyfikatu EPEAT na poziomie GOLD,
- d. wymogu zakresu częstotliwości odświeżania poziomego i pionowego monitora oraz zakresu pochylenia monitora i jego obrotu,
- e. wymogu żądania wbudowanego wizualnego systemu diagnostycznego, służącego do sygnalizowania i diagnozowania problemów z komputerem i jego komponentami.

Ze sporządzonej ekspertyzy wynika, że: „Zamawiający sporządził opis zamówienia niezgodnie z zasadami wynikającymi z art. 29 ustawy Pzp”. W uzasadnieniu swojego stanowiska biegły stwierdził, że „pomimo że zamawiający nie użył nazwy DELL to de facto wskazał na produkty firmy DELL poprzez wyspecyfikowanie takich funkcji sprzętu komputerowego, których w opinii rzeczoznawcy inni producenci w tym czasie nie dostarczali”. Biegły zwrócił uwagę na następujące okoliczności. W odniesieniu do systemu operacyjnego, zamawiający „zdefiniował wymagania odnośnie systemu operacyjnego w sposób niezgodny z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, podając jawnie jego nazwę handlową (...) Microsoft Windows XP Professional, dodatkowo MUP w dalszej części opisu określił kolejny system operacyjny jako Microsoft Windows Vista Business PL 32-bit z SP1. (...) MUP nie określił celu wykorzystania przedmiotu zamówienia. Można zatem założyć możliwość spełnienia potencjalnych wymagań zamawiającego zarówno przez (...) Microsoft Windows XP Home Edition, Microsoft Vista (w różnych wersjach) czy nawet systemy z rodziny Linux z wbudowanymi emulatorami środowiska Windows (np. WINE czy QEMU)”. W odniesieniu do karty graficznej zamawiający „narusza art. 29 ust. 2 Pzp eliminując wymaganiem współdzielenia pamięci RAM zainstalowanej na płycie głównej z kartą graficzną wszystkie inne komputery, które oferują niezintegrowane z płytą główną karty graficzne z własną pamięcią”. Za niezasadniony uznano także wymóg maksymalnej mocy zasilacza 235 W (w następstwie zmiany z 240 W). Biegły ocenił, że taki wymóg w sposób skuteczny ogranicza liczbę dostępnych modeli komputerów, „określenie mocy maksymalnej zasilacza, a nie mocy minimalnej powoduje, że z dostawy zostaną wykluczone komputery, które są wyposażone w zasilacze posiadające nominalną moc większą niż wymagana w SIWZ. Komputery takie w opinii rzeczoznawcy mogłyby spełnić potrzeby użytkowe MUP”. W odniesieniu do napędu optycznego typu Slim, w oparciu o treść ekspertyzy rzeczoznawcy, należy stwierdzić iż, „bazując na znaczeniu angielskiego słowa „slim” można wnioskować, że wymagany komputer wg zamawiającego musi posiadać napęd optyczny o wymiarach mniejszych niż ogólnie przyjęte dla tego typu urządzeń (wymiar płyty czołowej ok. 148 mm x 42 mm). Zgodnie z opinią rzeczoznawcy, nie znalazł żadnego produktu spełniającego wymagania zamawiającego innego producenta niż firmy DELL, który byłby wyposażony w taki napęd. Jedynie DELL dostarczał komputery z takimi napędami (np. komputery serii DELL OptiPlex)”. Z treści opinii rzeczoznawcy również wynika, iż zamawiający „definiując wymagania wbudowanego wizualnego systemu diagnostycznego nie używając nazwy DELL de facto wskazał na produkty firmy DELL”. W ocenie rzeczoznawcy „firma DELL dostarcza wbudowane narzędzia diagnostyczne bazujące na zapalaniu się kombinacji diod świecących w przypadku wystąpienia awarii. (...) Rzeczoznawca nie znalazł żadnego produktu spełniającego wymagania zamawiającego innego producenta niż firmy DELL, który byłby wyposażony w taki wizualny system diagnostyczny. Jedynie DELL dostarczał komputery z takimi systemami diagnostyki”. W opinii rzeczoznawcy wyraźnie wskazał, iż „z uwagi na wymagania szczegółowe określone w SIWZ, można stwierdzić, że na rynku istnieje tylko jedna firma produkująca sprzęt o parametrach wskazanych przez zamawiającego. (...) należy zwrócić uwagę, że niektóre wymagania szczegółowe określone przez MUP nie są wymaganiami minimalnymi, lecz wręcz odwrotnie – maksymalnymi (np. maksymalna moc zasilacza, małogabarytowa obudowa). Nie są to więc wymagania poszerzające listę potencjalnych produktów, lecz zawężające tę listę”.

W konkluzji biegły stwierdził, iż zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający art. 29 ustawy Pzp.

(...). Należy wskazać, iż nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego – wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. (...). A zatem, w niniejszym stanie faktycznym nie sposób uznać, że przedmiot zamówienia, został opisany w sposób, który nie utrudniał uczciwej konkurencji. Świadczy o tym w szczególności stanowisko wyrażone w ekspertyzie biegłego oraz w proteście złożonym w toku postępowania.

Wobec powyższego poprzez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia, przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt w zakresie części 1 (tj. Dostawa komputerów...), zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie 7 (KN/37/11)

Przedmiotem postępowania przeprowadzonego przez Muzeum w R. w trybie przetargu nieograniczonego była usługa zbudowania platformy technologicznej do prezentacji zbiorów Muzeum.

Opis przedmiotu zamówienia zamawiający zamieścił w SIWZ (sekcja III) oraz w Projekcie portalu „Cyfrowy...”, który stanowił załącznik nr 10 do ww. SIWZ. W związku z wątpliwościami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z dnia 5 lipca 2011 r. wystąpił do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w zakresie opisu wymagań dotyczących sprzętu informatycznego.

Udzielając wyjaśnień zamawiający wskazał, iż *„opis przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań sprzętu informatycznego na chwilę obecną spełnia co najmniej pięć firm obecnych na rynku. Są to standardowe produkty z oferty firm: Fujitsu, HP, IBM oraz budowane na indywidualne zlecenia jednostki firm Action i NTT”*.

Ze względu na fakt, iż ustalenie i ocena stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wymaga wiadomości specjalnych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z wnioskiem o sporządzenie opinii w zakresie stwierdzenia, czy przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawiera wskazanie na sprzęt konkretnej firmy, czy też opisane wymagania może spełnić kilka firm obecnych na rynku.

W ww. opinii przekazanej do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 23 listopada 2011 r. stwierdzono: *„Zapisy SIWZ dotyczące serwera, komputera stacjonarnego i obu notebooków dyskryminują producentów procesorów innych niż firma Intel, w szczególności firmę AMD.*

(...) opis wymagań ponad wszelką wątpliwość utrudnia uczciwą konkurencję i wskazuje na nierówne traktowanie różnych producentów (art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 PZP), gdyż wskutek zbiegu wielu szczegółowych wymagań, nie wpływających na właściwości użytkowe nabywanego komputera, uniemożliwia przedstawienie ofert na wiele innych urządzeń o nie gorszej użyteczności. W ocenie biegłego ma tu więc miejsce dyskryminujący zbieg wymagań. (...) Porównując zapisy SIWZ i specyfikacje produktów firmy Dell ustalono, iż w zakresie komputera przenośnego 13,3” specyfikacja wzorowana była na komputerze Dell Latitude E6320, komputera przenośnego 15,6” na komputerze Dell Latitude E5520, komputera stacjonarnego na komputerze Dell Optiplex 990. W zakresie przeprowadzonej analizy biegły, nie znalazł produktów innych firm spełniających wymagania opisane dla ww. komputerów przenośnych 13,3” oraz 15,6”. Nie sposób ze 100% pewnością wykluczyć istnienie jakiegoś – poza odpowiednio wskazanym powyżej – urządzenia spełniającego wymagania SIWZ.

Na preferowanie produktów firmy Dell – obok zgodności wymaganych parametrów z wymienionymi modelami wskazują m.in. specyficzne zapisy właściwe wyłącznie produktom firmy Dell:

1. niektóre spośród użytych w opisie przedmiotu zamówienia nazw własnych (np. „UltraSharp HD+”),
2. Sposób podawania niektórych wymagań typowy dla produktów tej firmy (np. „Umożliwiająca jej [baterii] szybkie naładowanie do poziomu 80% w czasie 1 godziny i do poziomu 100% w czasie 2 godzin” – np. firma HP opisuje podobną właściwość w nieco inny sposób). Na marginesie: okre-

ślenie wymagań odnośnie szybkości ładowania w podany tu sposób skutecznie utrudnia konkurencję innym producentom, podającym te same parametry, ale w nieco innej postaci – np. jako czas ładowania do 90% pojemności baterii);

3. Wymagania względem wymiarów wzorowane na wskazanych tu urządzeniach firmy Dell (przypadkowe podanie w SIWZ kilku wymiarów zgodnych ze wskazanymi produktami jest nieprawdopodobne).

Podkreślić należy, iż nadmiernie szczegółowa specyfikacja, z jaką mamy tu do czynienia, wzorowana na parametrach wskazanych tu komputerów jednego z producentów, wyrażona w języku określeń właściwych temu producentowi znacznie utrudnia producentom komputerów „niewzorcowych” przedstawienie swej oferty, ułatwiając składanie ofert producentom komputerów stanowiących wzór dla specyfikacji, które w tym przypadku stają się de facto modelami preferowanymi.

W ocenie biegłego już same zbiegi mało istotnych wymagań – np. umiejscowienie złącza RJ45, materiał użyty na obudowę (szrotkowane aluminium!), gumowe uszczelnienie wokół matrycy, waga, liczba komórek baterii w połączeniu z jej pojemnością – wymagane koniunktywnie utrudniają uczciwą konkurencję (większość komputerów przenośnych ma złącze sieciowe RJ45 umiejscowione z boku obudowy – samo to wymaganie eliminuje przynajmniej 50% konkurencyjnych ofert”).

(...). Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny, w szczególności treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, jak również fakt, że w postępowaniu wpłynęła do zamawiającego tylko jedna oferta, stwierdzić należy, że przedmiot zamówienia dotyczący dostawy sprzętu komputerowego, został opisany w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję. Wobec powyższego zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie 8 (KND/46/11)

Przedmiotem postępowania przeprowadzonego przez Gminę T. w trybie przetargu nieograniczonego była dostawa samochodu osobowego na potrzeby Miasta T.

Zamawiający zamieścił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ. Zamawiający wymagał dostawy fabrycznie nowego samochodu osobowego o nadwoziu typu limuzyna, rok produkcji 2011 – spełniającego następujące wymogi:

Parametry techniczne: ilość miejsc siedzących – 5; długość samochodu – min. 4600 mm; nadwozie 5-drzwiowe (nadwozie 4-drzwiowe dopuszczone w toku postępowania); napęd przedni; skrzynia biegów: automatyczna – min. 6-biegowa; układ kierowniczy ze wspomaganiem; silnik benzynowy; pojemność silnika – nie mniej niż 1900 cm³; moc silnika – nie mniej niż 195 KM (145 kW); kolor nadwozia – czarny; lakier nadwozia – metalizowany; tapicerka – skóra / Alcantara w kolorze ciemnym; pojemność bagażnika z rozłożonymi tylnymi oparciami – min. 550 l.

Wyposażenie pojazdu: poduszka powietrzna dla kierowcy i pasażera + poduszka chroniąca kolana kierowcy; kurtyny powietrzne oraz boczne poduszki powietrzne z przodu i z tyłu; trzypunktowe pasy bezpieczeństwa z przodu z regulacją wysokości mocowania i pirotechnicznymi napinaczami; zagłówki z przodu i z tyłu z regulacją wysokości; ESP – system stabilizacji toru jazdy, ABS – system zapobiegający blokowaniu kół podczas hamowania, ASR – system optymalizacji przyczepności podczas przyspieszania, HBA – hydrauliczny system wspomagania awaryjnego hamowania; tempomat; reflektory Bi-ksenonowe z systemem adaptacji przednich świateł zależnie od prędkości jazdy i warunków; spryskiwacze reflektorów przednich; podgrzewane dysze spryskiwaczy szyby przedniej; przednie światła przeciwmgielne z funkcją doświetlenia zakrętów; system kontroli ciśnienia w ogumieniu; blokada przeciwuruchomieniowa (immobiliser); zdalnie sterowany centralny zamek z zabezpieczeniem safe; alarm z funkcją monitorowania wnętrza; klimatyzacja automatyczna dwustrefowa, niezależny system ogrzewania ze zdalnym sterowaniem; elektrycznie sterowane szyby z przodu i z tyłu z systemem zabezpieczającym przed przytraśnięciem, elektrycznie sterowane,

podgrzewane, składane i podświetlane lusterka boczne w kolorze nadwozia; elektrycznie sterowany fotel kierowcy z pamięcią ustawień oraz elektrycznie sterowany fotel pasażera, fotele przednie z regulacją podłędźwie oraz regulacją wysokości; fotele przednie oraz zewnętrzne miejsca tylnej kanapy podgrzewane, kanapa tylna asymetrycznie dzielona; oświetlenie wnętrza (2 lampki z przodu, 2 lampki do czytania z tyłu), oświetlenie przestrzeni wokół nóg z przodu i z tyłu; obręczce kół ze stopów lekkich min 16" + dodatkowy komplet obręczy stalowych 16" na opony zimowe; komplet opon zimowych – rozmiar jak w pkt 19; przednia szyba z przyciemnianym pasem przeciwsłonecznym; schowek w podłodze bagażnika; gniazdo 12 V w komorze bagażnika; chromowane listwy boczne oraz chromowane listwy wokół szyb bocznych; czujnik deszczu oraz czujniki parkowania – tył i przód; asystent parkowania; system nawigacji satelitarnej, fabryczny wraz z oprogramowaniem (2DIN, DVD, SD, MP3); instalacja radiowa (min. 6 głośników + cyfrowy kolektor) z funkcją bluetooth i zmieniarką CD oraz instalacja do telefonu GSM; 4-ramienna wielofunkcyjna, skórzana kierownica z możliwością obsługi radia i telefonu GSM; bezkluczykowy system obsługi samochodu.

Gwarancje: części mechaniczne – min. 2 lata; powłoki lakiernicze – min. 3 lata; perforacja nadwozia – min. 10 lat; przeglądy okresowe wg wskazań producenta; ubezpieczenie pojazdu OC, AC, NW, Assistance na rok.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wskazanymi we wniosku o wszczęcie kontroli doróżnej dotyczącym przedmiotowego postępowania, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z wnioskiem o opinię. Zakres opinii obejmował następujące kwestie:

- czy w świetle ostatecznych postanowień SIWZ, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj. konkretnej marki i modelu samochodu osobowego?
- w jaki sposób należy rozumieć zapis SIWZ odnoszący się do dostawy przez wykonawcę samochodu o objętości minimalnej bagażnika 550 l – w odniesieniu do rozłożonych na płasko tylnych oparć siedzeń, przy założeniu, iż przeciętny litraż bagażnika przy rozłożonych na płasko tylnych oparciach siedzeń w samochodach z tego segmentu przekracza objętość 1000 l?
- czy w przypadku udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi w której wskazałby, iż przy ustalaniu minimalnej objętości bagażnika (550 l) brał pod uwagę nierozłożone na płasko tylne oparcia siedzeń, powyższy wymóg powodowałby ograniczenie wyboru do konkretnego produktu, tj. konkretnej marki i modelu samochodu osobowego?
- czy w związku z dokonaną w trakcie postępowania modyfikacją opisu przedmiotu zamówienia i dopuszczeniem przez Zamawiającego dostawy samochodu o nadwoziu 4-drzwiowym (Limousin/Sedan), przy jednoczesnym zachowaniu pozostałych minimalnych wymogów technicznych, nastąpiło rozszerzenie kręgu modeli samochodów spełniających wszystkie wymogi Zamawiającego w stosunku do pierwotnego brzmienia SIWZ?

Biegły został zobowiązany do wskazania, jakie samochody odpowiadają parametrom technicznym określonym przez Zamawiającego oraz podania cen rynkowych tych samochodów. Należało uwzględnić sytuację panującą na rynku motoryzacyjnym w lutym 2011 r.

W opinii z dnia 15 lipca 2011 r. biegły rzeczoznawca mgr inż. Jerzy Źyszkowski stwierdził, że określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametry wskazują, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących wybór konkretnego pojazdu tj. konkretnej marki i modelu samochodu osobowego, a mianowicie samochodu marki ŠKODA model SUPERB II 2,0 TSI DSG. Zdaniem rzeczoznawcy parametrom technicznym określonym przez zamawiającego odpowiada wyłącznie samochód marki ŠKODA model SUPERB II 2,0 TSI DSG. Cena rynkowa ww. nowego pojazdu w lutym 2011 r. wg informacji uzyskanych w salonie dilerskim wynosiła ok. 140.000,00 złotych w zależności od wyneogcowanych upustów.

Zdaniem rzeczoznawcy wymagania zamawiającego, takie jak: Bi-ksenony adaptacyjne od prędkości i pogody, zamek centralny zdalnie sterowany z systemem safe, oświetlenie wnętrza – 2 lampki z przodu, 2 lampki do czytania z tyłu, instalacja radiowa z cyfrowym korektorem, a także kryterium pojemności bagażnika – wykluczają samochody innych marek i modeli niż ŠKODA SUPERB II 2,0 TSI DSG.

Ponadto, w części opinii dotyczącej wymaganego wyposażenia samochodu rzeczoznawca wskazał, iż: „Wymagania dotyczące wyposażenia pojazdu określone zostały bardzo rygorystycznie. Niektóre z ograniczeń trudno jest uzasadnić obiektywnymi potrzebami zamawiającego, jak np.: – 2 lampki z przodu, 2 lampki do czytania z tyłu, oświetlenie przestrzeni wokół nóg z przodu i z tyłu; – schowek w podłodze bagażnika; – gniazdo 12 V w komorze bagażnika; – chromowane listwy wokół szyb bocznych; – czteroramienna kierownica. Wymagania te ograniczają krąg dostawców (...).”

(...). W niniejszym stanie faktycznym podkreślenia wymaga fakt, iż określone w SIWZ wymagane minimalne parametry techniczne oraz specyficzne dla jednego modelu pojazdu rozwiązania dotyczące wyposażenia pojazdu wskazują na wybór produktu konkretnego producenta. Ponadto, w aspekcie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp istotne dla potwierdzenia prawidłowości powyższych ustaleń – jest wskazanie, że w przedmiotowym postępowaniu oferty zostały złożone tylko przez wykonawców, którzy oferowali pojazdy marki Škoda. Dlatego też zamawiający opisując przedmiot zamówienia przez wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt – Škoda Superb naruszył zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, oferujących produkty innych marek.

Naruszenie 9 (KN/33/12)

Przedmiotem zamówienia była dostawa następującego sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem dla budynku dydaktycznego:

- Drukarka wielofunkcyjna kolorowa, laserowa – 13 sztuk,
- Zasilacz awaryjny UPS – 158 sztuk,
- Zestaw komputerowy – 175 sztuk,
- Monitor – 175 sztuk,
- Oprogramowanie – 175 sztuk.

Dostarczony sprzęt i oprogramowanie musiały zachować pełną zgodność ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, iż „zapoznał się – przed wszczęciem przedmiotowego postępowania – z treścią Rekomendacji Prezesa Urzędu dotyczących udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych i stosując się do ich treści tak opisał przedmiot zamówienia, by w żaden sposób nie ograniczać konkurencji. Zamawiający dał temu wyraz przede wszystkim w zapisach specyfikacji – część III punkt 15. Dopuszczenie przez zamawiającego rozwiązań równoważnych, z jednoczesnym opisem zasad równoważności, umożliwia zaoferowanie sprzętu alternatywnego, różnych producentów i w żaden sposób nie ogranicza konkurencji (...) Zamawiający zapoznał się z ofertą kilku producentów i na podstawie zebranych informacji opisane zostały wymagane parametry techniczne dla zamawianego sprzętu komputerowego. W celu zapewnienia równego traktowania wykonawców, czy producentów, przy opisie wymagań zastosowano m.in. rekomendowane przez UZP testy procesora, który stanowi najbardziej istotny element zestawu komputerowego”.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego sądowego z prośbą o opinię. W sporządzonej ekspertyzie stwierdzono m.in. co następuje:

„Biegły po zapoznaniu się z udostępnioną dokumentacją sprawy, przekazaną biegłemu wraz z zapytaniem ofertowym, stwierdza, że wymagania wobec zamawianego sprzętu, określone w SIWZ mogą wskazywać na konkretnego wykonawcę i/lub konkretnego producenta zamawianego sprzętu komputerowego. Stwierdzenie takie wynika stąd, że w teźże specyfikacji dostrzegam pewną szczególną zbieżność podanych w SIWZ parametrów z parametrami dostępnymi na rynku urządzeń informatycznych, które spełniają łącznie tylko wybrane produkty, w szczególności np.:

- 1) parametry drukarki podane przez Zamawiającego w zał. 1 do SIWZ są w pełni zgodne z parametrami drukarki podanej na stronie produktu brothera, dużo bardziej zaawansowane drukarki wielofunkcyjne innych producentów i nie firmy brother nie spełniają łącznie poniższych parametrów minimalnych (brzegowych) (...) Z moich obserwacji, rozwiązania biznesowe w tej klasie cenowej i wyższej cenowej skanują w rozdzielczości max 1200*1200, a najczęściej 600*600 dpi co jest więcej niż wystarczające. Nadmierna eskalacja wymagań, a ponadto dodanie opcji bezprzewodowej znacznie podraża ten zakup (...) Podobnych wątpliwości jest tu więcej. Właśnie tą drukarkę wskazał w swojej ofercie Hardsoft Telekom (...) Biegłemu nie są znane drukarki, które spełniają wszystkie wymagania zamawiającego za wyjątkiem drukarki brothera.
- 2) wymagania w zakresie monitorów LCD – s.18/3 7, załącznik 1 do SIWZ, są kopią specyfikacji monitora LCD oferowanego na stronie: <http://www.fujitsu-sholl.pl/monitors122wl-led-22-10001-3ms-250cd-m2-audio-170-170-dvidsub-II-II> 12.html Tymczasem ponad 90% monitorów LCD z podświetleniem LED posiada czas reakcji 5ms i wagę około 5 kg, a także większe zużycie prądu niż 26 wat, podanie takiej kombinacji zmiennych wyklucza większość z nich (...) Biegłemu nie są znane monitory LCD, które spełniają wszystkie wymagania zamawiającego za wyjątkiem ME Fujitsu.
- 3) Wymagania odnośnie obudowy komputera; strona 16/37 – załącznik 1, 2. tiret od dołu – „znak CE oraz numer seryjny komputera powinien być umieszczony na górnej części obudowy”, obudowy mogą być różnie kładzione i używane, tj. poziomo i pionowo, mogą być też na półce i informacja może być trudno dostępna – a w ogóle to nie obowiązuje żaden standard w tym zakresie i producenci umieszczają te dane w różnych miejscach obudowy, ponieważ jest to informacja mało istotna, stąd wyminięcie jej jako wymogu w realizacji zamówienia publicznego może stanowić pretekst do protestu, jako dość wyraźna preferencja dla pojedynczego dostawcy, akurat z taką właśnie obudową (...)”

Powołany przez Prezesa Urzędu biegły stwierdził zatem, że opis przedmiotu zamówienia tj. drukarki i monitora wskazuje na produkty konkretnych firm (urządzenia właśnie tych firm wskazał wykonawca, który złożył ofertę) jak również, że wymagania odnośnie obudowy komputera w nieuzasadniony sposób zawężyły ilość możliwych do zaoferowania produktów (biegły stwierdził, że wskazanie miejsca zamieszczenia takiego znaku jest mało istotne i nie powinno być traktowane jako wymóg niezbędny).

Niezależnie od opinii biegłego trudno zgodzić się też z zasadnością zamieszczenia niektórych zapisów w treści opisu przedmiotu zamówienia na zestawy komputerowe. W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych co najmniej kilka zapisów prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji tj. uniemożliwia złożenie ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty przez podmioty zdolne do realizacji przedmiotu świadczenia. Przede wszystkim za niedopuszczalny należy uznać wymóg, aby różne elementy zestawu komputerowego (w przedmiotowym postępowaniu taki wymóg określono wobec obudowy, klawiatury, myszy komputerowej i płyty głównej) pochodziły od tego samego producenta i były sygnowane logiem tego producenta. Powyższy zapis oznacza, że zamawiający zażądał, aby dostarczany komputer był produktem tzw. markowym (i istotne elementy takiego komputera miały pochodzić od jednego producenta), co jednoznacznie wyeliminowało z postępowania mniejszych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu świadczenia, ale składających (integrujących) komputery z elementów różnych producentów. W konse-

kwencji zamawiający nie tylko uniemożliwił złożenie oferty przez mniejsze podmioty składające komputery samodzielnie, ale także uniemożliwił zastosowanie w komputerze niektórych elementów (w szczególności dotyczy to płyt głównych) światowych producentów o wysokiej jakości, którzy jednakże nie oferują gotowych zestawów komputerowych składających się z różnych elementów opatrzonym własnym logo. Dostęp do zamówienia ograniczało także żądanie przez zamawiającego w toku postępowania dokumentu EPEAT na poziomie złotym dla zestawu komputerowego. Dokument ten stanowi część programu Green Electronic Consilium, który jest prowadzony przez fundację non-profit Institute of Electrical and Electronics Engineers. Standard EPEAT został zaaprobowany w USA jako obowiązujący do stosowania przez agencje federalne USA. EPEAT opiera się na standardzie IEEE 1680 stworzonym przez Institute of Electrical and Electronics Engineers, który zawiera zestaw wymagań pozwalających ocenić wpływ na środowisko sprzętu komputerowego wraz z metodami ich oceny. IEEE 1680 odwołuje się także do innych norm m.in. do RoHS, ISO 14001 (System Zarządzania Środowiskiem), Energy Star, ale jednocześnie obejmuje normy związane z całym cyklem życia produktu. Stosowanie tego kryterium oznacza zawężenie wyboru sprzętu elektronicznego tylko do tych producentów, którzy mają dokument EPEAT. Należy bowiem zwrócić uwagę, że posiadanie EPEAT GOLD oznacza konieczność rejestracji produktu w Green Electronics Council i przejścia procesu weryfikacji zgodnie z wymaganiami rejestracji produktu w celu wprowadzenia danego sprzętu komputerowego do rejestru EPEAT. Zgodnie z wymaganiami należy spełnić 23 kryteria obowiązkowe oraz 28 opcjonalnych uzyskując w ten sposób rating środowiskowy porównywalny pomiędzy producentami. Producenci niezarejestrowani w rejestrze EPEAT pomimo spełniania norm wymaganych na rynku europejskim nie mogą otrzymać tego dokumentu. W konsekwencji brak rejestracji ogranicza ich liczbę.

Z dokumentacji postępowania, a także z opinii biegłego wynika zatem, że wymaganie posiadania przez dostarczony sprzęt wszystkich wyszczególnionych w Załączniku nr 1 do SIWZ parametrów spowodowało zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców do producentów Brothera (drukarki) i Fujitsu (monitory) oraz markowych producentów w zakresie zestawów komputerowych. Ponadto w zakresie zestawów komputerowych zamawiający używał niejednokrotnie klauzul i zapisów, które mogą ograniczać uczciwą konkurencję lub wprost wskazują na konkretnego producenta oprogramowania. Dodatkowo żądanie posiadania dokumentu EPEAT na poziomie GOLD, oznaczało, że wykonawcy spełniający inne normy środowiskowe wymagane na rynku europejskim (np. Energy Star), nie mogli wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny oraz prawny, w szczególności treść opinii biegłego, jak również fakt, że w postępowaniu wpłynęła do zamawiającego tylko jedna oferta, stwierdzić należy, że zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

**Nieprawidłowości związane ze stosowaniem
trybu zamówienia z wolnej reki
na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b)
ustawy Pzp wykrywane w toku kontroli
przeprowadzanej przez Prezesa UZP**

Informator nr 11/2012

Okoliczności związane z zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa”) oraz przykłady nieprawidłowości związanych ze stosowaniem tego przepisu, były przedmiotem szczegółowych rozważań w Informatorze nr 9 z 2010 r. (www.uzp.gov.pl). Informacje zawarte w przywoływanym artykule nie straciły na aktualności. Natomiast ze względu na fakt, iż nadal w toku prowadzonych kontroli stwierdzone są przypadki nieprawidłowego zastosowania przesłanki związanej z ochroną praw wyłącznych, należy uznać za zasadne ponowne przywołanie tej tematyki.

System zamówień publicznych ma na celu zapewnienie wydatkowania środków finansowych w sposób zgodny z zasadami ustanowionymi w Rozdziale II ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych² (dalej „Pzp”). Podstawy całego systemu stanowią wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Wszystkie pozostałe regulacje ustawowe służą realizacji powyższych zasad, w szczególności poprzez zapewnienie jasnych i merytorycznych kryteriów wyboru wykonawców czy też przeciwdziałanie uprzywilejowaniu czy dyskryminacji niektórych z nich. Za podstawowy przepis służący realizacji zasady uczciwej konkurencji należy uznać art. 10 Pzp, wprowadzający prymat trybu przetargu nieograniczonego oraz przetargu ograniczonego jako procedur w pełni konkurencyjnych, zaś uzależniający możliwość przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego oraz w trybie z wolnej ręki od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie. Ze względu na to, że zastosowanie ww. trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który je powołuje, musi być w stanie je udowodnić.

Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Z treści przepisu wynika zatem, iż zastosowanie na jego podstawie trybu zamówienia z wolnej ręki wymaga łącznego spełnienia dwóch przesłanek:

1. przedmiot zamówienia może być zrealizowany jedynie przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych oraz
2. ochrona praw wyłącznych musi wynikać z przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Pierwsza ze wskazanych wyżej przesłanek, oznacza, iż zamawiający powinien wykazać, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. W przeciwnym wypadku niemożliwe jest skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki, ponieważ prowadziłyby to do nierównego traktowania wykonawców i preferencji na rzecz rozwiązań opatentowanych. Zamawiający powinien zatem udowodnić, iż żaden inny wykonawca, poza podmiotem który ma być zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostaw, świadczenia usług lub wykonania robót budowlanych, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę. Taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny, a także obiektywny. Nie może być brana pod uwagę renowa danej firmy lub zaufanie, jakim się ona cieszy u zamawiającego np. z uwagi na wcześniej realizowane u zamawiającego zamówienia. Subiektywna ocena wykonawcy nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki. Stanowisko takie zajął NSA w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 r. (sygn. II GSK/7/06). Należy podkreślić, iż dokonując tej oceny, należy uwzględnić nie tylko rynek polski, ale również co najmniej rynek wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej.

Druga z przytoczonych przesłanek stanowi, iż ochrona praw wyłącznych musi wynikać z odrębnych przepisów. Należy przyjąć, że zakresem tego przepisu będą objęte wyłącznie sytuacje, w których ochrona taka wynika z przepisów prawa (w szczególności zaś ochrona taka nie może wynikać ze stosunku zobowiąza-

niowego. Ustawa nie dopuszcza zatem stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) w każdej sytuacji, gdy przedmiot zamówienia objęty jest ochroną praw wyłącznych, lecz jedynie w sytuacjach, gdy obowiązek ochrony tych praw wynika z przepisów innych ustaw).

W dalszej części przedstawione zostały przykładowe naruszenia związane z zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, stwierdzone w toku przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

PRZYKŁAD 1 – projekt architektoniczny (KZ/865/10)

Przedmiotem zamówienia było wykonanie dokumentacji projektowej, dodatkowej i zamiennej dla Stadionu Miejskiego w X.

Zamawiający poinformował, iż po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu dwustopniowego zawarł z firmą Y. umowę obejmującą zaprojektowanie i wykonanie inwestycji, polegającej na zadaszeniu oraz rozbudowie Stadionu Miejskiego w X (dalej „umowa podstawowa”). W ramach wykonywania tejże umowy prace projektowe realizował Wykonawca – Z sp. z o. o., działający w charakterze podwykonawcy. Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiot umowy podstawowej został wykonany w całości.

Zamawiający poinformował, że do wykonanej dokumentacji projektowej przysługują mu prawa majątkowe na zasadach wyłączności w kraju i za granicą w zakresie:

- a) powielania dokumentacji projektowej w całości lub w części w dowolnej formie, technice oraz ilości egzemplarzy na cele realizacji inwestycji modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w X;
- b) udostępnienia w dowolnej formie dokumentacji projektowej osobom trzecim, zaangażowanym w realizację modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w X;
- c) wykorzystania dokumentacji projektowej w całości lub części w celu przygotowania i przeprowadzenia ewentualnych postępowań, niezbędnych dla realizacji inwestycji modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w X, w całości lub etapami;
- d) wytwarzania, każdą możliwą techniką, egzemplarzy dokumentacji projektowej, w tym techniką drukarską, reprograficzną lub cyfrową na cele realizacji inwestycji modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w X;
- e) wykorzystywanie dokumentacji projektowej w celach reklamowych i marketingowych w drodze wszelkich dostępnych środków, w szczególności za pomocą środków elektronicznych w drodze wystawy;
- f) obrotu oryginałem i egzemplarzami, na których dokumentację projektową utrwalono, w tym wprowadzenie do obrotu, użyczenia oraz najem oryginału i egzemplarzy na cele realizacji inwestycji modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w X;
- g) publicznego wystawienia, a także publicznego udostępnienia dokumentacji projektowej.

Zamawiający podkreślił, iż pierwotny projekt musiał podlegać w części sukcesywnym zmianom ze względu na zmiany obowiązujących przepisów prawnych oraz konieczność spełnienia wymogów organizacji międzynarodowych (UEFA), wprowadzających standardy konieczne dla przeprowadzenia na konkretnym obiekcie rozgrywek międzynarodowych.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż zmiany oraz uzupełnienia w dokumentacji projektowej w ramach przedmiotowego postępowania obejmują projekt budowlano-wykonawczy, dotyczą przełożenia magistrali ciepłej w związku z kolizją z boiskami rekreacyjnymi oraz wykonania projektów budowlano-wykonawczych na promenadę dla kibiców gości w związku z krzyżującymi się drogami kibiców gości i kibiców gospodarzy. Konieczność wprowadzenia ww. zmian Zamawiający uzasadnił względami bezpieczeństwa przeprowadzania imprez masowych i bezwzględnych zaleceń Policji w celu zapewnienie-

nia bezpieczeństwa w trakcie organizacji meczy o podwyższonym ryzyku ligi krajowej oraz rozgrywek europejskich, a także ze względu na prawidłowe zagospodarowanie terenów wokół stadionu zgodnie z wytycznymi UEFA (...).

Uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wskazał, iż obecny projektant z tytułu posiadania autorskich praw osobistych jako jedyny może dokonać zmiany dzieła. W ocenie Zamawiającego twierdzenia tego nie podważa art. 49 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. – Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) (dalej „prawo autorskie”), który zezwala na wprowadzanie zmian do utworu twórcy, którym to zmianom nie powinien się on sprzeciwić bez słusznej podstawy. Artykuł ten bowiem jako szczególnie wyjątek, nie może być interpretowany rozszerzająco. Zgodnie z jego treścią, jeżeli w umowie nie określono sposobu korzystania z utworu, powinien on być zgodny z charakterem i przeznaczeniem utworu oraz przyjętymi zwyczajami (art. 49 ust. 1 prawa autorskiego), zaś następca prawny, choćby nabył całość autorskich praw majątkowych, nie może, bez zgody twórcy, czynić zmian w utworze, chyba że są one spowodowane oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy im się sprzeciwić. Dotyczy to odpowiednio utworów, których czas ochrony autorskich praw majątkowych upłynął (art. 49 ust. 2 prawa autorskiego). Powołując się na stanowisko doktryny, Zamawiający wskazał, iż art. 49 ust. 2 prawa autorskiego ma ułatwiać rozstrzygnięcie kolizji między interesami nabywcy autorskich praw majątkowych a wykonywaniem przez twórcę prawa do integralności utworu. Zgodnie z przytaczanym przez Zamawiającego stanowiskiem, nawet przyjmując szeroką wykładnię tego przepisu, zezwalającą twórcy na generalne upoważnienie nabywcy autorskich praw majątkowych do wprowadzania dowolnych zmian w utworze, to nawet takie upoważnienie nie wyłącza możliwości podniesienia przez twórcę zarzutu naruszenia autorskich praw osobistych w rezultacie wprowadzanych zmian. Do naruszenia tych praw dochodziłoby nie z uwagi na fakt wprowadzania zmian, lecz ze względu na ich charakter (treść, poziom). Zamawiający wskazał również, iż dla kwestii swobody wprowadzania zmian w utworze zakres przeniesienia majątkowych praw autorskich nie jest relewantny.

W świetle przywoływanego przez Zamawiającego stanowiska, użyty w przepisie zwrot „oczywista konieczność” ma charakter zobiektywizowany, co nie przeczy temu, że należy zawsze kryterium to rozpatrywać w świetle okoliczności konkretnego przypadku, biorąc pod uwagę m. in.: rodzaj utworu; czy zamierzona umową eksploatacja utworu jest możliwa bez wprowadzania zmian; czy w chwili zawierania umowy strony miały świadomość konieczności wprowadzenia zmian; jakie byłyby konsekwencje niewprowadzenia zmian z punktu widzenia realizacji autorskich uprawnień majątkowych przez następcę prawnego.

Oczywista konieczność wprowadzenia zmian w utworze zachodzi np. wobec zaistnienia w nim błędów gramatycznych, ortograficznych lub faktograficznych, naruszania przez część utworu cudzych praw osobistych lub majątkowych, nie jest nią natomiast np. wprowadzanie skrótów i innych zmian podyktowanych gustami odbiorców dzieła lub panującymi normami obyczajowymi, koloryzowanie filmu, wprowadzanie w trakcie emisji filmu reklam itp.

Dodatkowo, zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego stanowiskiem, dla legalności wprowadzania zmian obok oczywistej konieczności zmiany, zmiana ta musi być takiego rodzaju, że twórca nie miałby słusznej podstawy się jej sprzeciwić. Słuszna podstawa do sprzeciwu twórcy jest również kryterium zobiektywizowanym, a więc oderwanym np. od szczególnej drażliwości twórcy. Za słuszną podstawą do sprzeciwu może przemawiać np. charakter dokonanych zmian, nawet niezbędnych dla eksploatacji utworu czy to ze względów technicznych, czy ze względu na odbiorcę, ale które istotnie naruszają wymowę lub cechy artystyczne utworu. Twórca może słusznie sprzeciwić się także tym koniecznym zmianom w utworze, gdy następca prawny w chwili zawierania umowy wiedział, iż niezbędne będzie ich wprowadzenie, lecz twórca o tym nie uprzedził.

W ocenie Zamawiającego, powyższe stanowisko potwierdza, iż zmiany projektowe wymuszone kwestiami technicznymi i zmianami prawnymi nie stanowią oczywistej potrzeby, a więc nie mogą być wyko-

nane bez zgody twórcy utworu pierwotnego, a w konsekwencji konieczne jest udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy (...). Zamawiający zaznaczył, iż w analizowanym przypadku zachodzi koniunkcja pomiędzy faktem, że przedmiot zamówienia objęty jest ochroną prawa wyłącznego oraz okolicznością, iż istnienie praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia podmiotowi, który dysponuje tym prawem. Zamawiający podkreślił, iż w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której istnieją prawa wyłączne oraz wyłącznie jeden podmiot zdolny do realizacji zamówienia, przy czym pomiędzy powyższymi okolicznościami zachodzi związek przyczynowo-skutkowy, więc jeżeli tylko jeden podmiot ze względów technicznych jest zdolny wykonać zamówienie, to spełnione są również przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Z uwagi na powyższe Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z art. 16 pkt 3 prawa autorskiego, każda zmiana utworu narusza autorskie prawa osobiste, zaś prawo do integralności utworu w odniesieniu do projektu architektonicznego jest prawem do projektu, które wynika z potrzeby zapewnienia twórcy (autorowi) kreatywnej koncepcji danego dzieła oraz możliwości sprzeciwienia się wszelkim działaniom, które mogłyby doprowadzić do zniekształcenia zamysłu twórczego.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy (...).

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż Zamawiający dysponował autorskimi prawami majątkowymi do wykonanej dokumentacji projektowej. Dokumentacja ta, zgodnie z przedstawioną przez Zamawiającego kopią pisma z 19.05.2009 r. została wykonana z należytą starannością, terminowo, zgodnie z warunkami technicznymi i obowiązującymi przepisami oraz wytycznymi PZPN, UEFA i FIFA (...), a fakt posiadania autorskich praw majątkowych do dokumentacji projektowej został również potwierdzony przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego. Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający dysponując autorskimi prawami majątkowymi do stworzonego utworu, mógł dokonać wyboru wykonawcy przedmiotowego zamówienia w procedurze konkurencyjnej.

Nieuzasadnione było również powoływanie się przez Zamawiającego na autorskie prawa osobiste Wykonawcy pierwotnej dokumentacji projektowej jako podstawy dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Art. 49 prawa autorskiego określa bowiem sposób korzystania z utworu oraz opisuje okoliczności dające możliwość wprowadzania do utworu zmian przez następcę prawnego. Możliwość taka, zgodnie z art. 49 ust. 2 prawa autorskiego istnieje w sytuacji, gdy zmiana utworu spowodowana jest oczywistą koniecznością, a twórca w okolicznościach danej sprawy nie ma słusznej podstawy im się sprzeciwić. Przepis ten ma pomagać w rozstrzygnięciu sporów, które mogą pojawić się na linii twórcy – następcy prawnego (nabywca praw do utworu), których interesy mogą pozostawać w sprzeczności. Kryteria „oczywistej konieczności”, jak również „słusznej podstawy do sprzeciwu twórcy” powinny mieć charakter zobiektywizowany, (a więc oderwany np. od szczególnej drażliwości twórcy) i może dotyczyć jedynie sytuacji, gdy dokonane zmiany istotnie naruszają wymowę lub cechy artystyczne utworu. Tym samym, nie ma przeszkód do dokonywania modyfikacji utworu, jeżeli są konieczne i niezbędne, a jednocześnie uwzględniają istotę stworzonego przez projektanta utworu. Jak słusznie zauważył Zamawiający, należy jednak zawsze kryterium to rozpatrywać w świetle okoliczności konkretnego przypadku, biorąc pod uwagę m. in. rodzaj utworu oraz kwestie czy zamierzona umową eksploatacja utworu jest możliwa bez wprowadzania zmian, czy w chwili zawierania umowy strony miały świadomość konieczności wprowadzenia zmian oraz jakie byłyby konsekwencje niewprowadzenia zmian z punktu widzenia realizacji autorskich praw majątkowych przez następcę prawnego. Te ostatnie kryteria mają istotne znaczenie w szczególności z uwagi na fakt, iż prawo autorskie obejmuje swoim zakresem szeroki krąg utworów o różnym charakterze. W badanym przypadku mamy do czynienia z utworem, który obok twórczego po-

siada również charakter techniczny i użytkowy. Zgodnie z poglądem wyrażanym w doktrynie³, każdy autor utworu użytkowego, a tym bardziej twórca dzieła opracowujący koncepcję, której urzeczywistnienie ma doprowadzić do stworzenia wartości służącej zamawiającemu i odpowiadającej jego potrzebom, powinien uwzględniać (także subiektywne) wymagania swojego partnera. Praktycznym następstwem stosowania tej zasady jest rozszerzenie granic prawnie dozwolonych modyfikacji, ponieważ istotą projektów i planów architektonicznych oraz urbanistycznych jest ewoluowanie – podleganie przeobrażeniom w toku ich realizacji. Tą treścią trzeba wypełnić, w każdym indywidualnie rozpatrywanym przypadku, ogólnikowo sformułowane wymaganie ustawowe – takiego sposobu korzystania z utworu, aby był on zgodny z jego charakterem, przeznaczeniem i przyjętymi zwyczajami.

Tym samym, nie ma przeszkód do dokonywania modyfikacji utworu, jeżeli są konieczne i niezbędne, a jednocześnie uwzględniają istotę stworzonego przez projektanta utworu. Zakaz dokonywania zmian w utworze nie ma bowiem, na gruncie przepisu art. 49 ust. 2 prawa autorskiego, charakteru bezwzględniego. Potwierdza to wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29.10.1997 r. (sygn. I ACa 477/09), zgodnie z którym *„nie ma podstaw do przyjęcia takiej „absolutnej” interpretacji przepisu art. 16 pkt 3 Prawa autorskiego, która w każdej dowolnej zmianie jakiegokolwiek elementu treści lub formy utworu dostrzega naruszenie prawa do jego integralności. Prawo to, tak jak i inne autorskie prawa osobiste, chroni „więź twórcy z utworem” (art. 16 in principio Prawa autorskiego). Tak ujęta funkcja prawa do integralności utworu rozstrzyga o tym, że oceny naruszenia tego prawa są zależne od ustalenia ingerencji w „więź twórcy z utworem”. Nie każda zatem zmiana dowolnego elementu treści lub formy utworu narusza prawo do jego integralności, lecz tylko taka jego zmiana, która „zrywa” lub „osłabia” więź twórcy z utworem, usuwa lub narusza więź między utworem a cechami indywidualizującymi jego twórcę. Tak oznaczonych cech naruszenia prawa do integralności utworu nie spełniają, rzecz jasna, takie drobne zmiany elementów jego treści lub formy, które nie uchylają atrybucji utworu”*. Powyższe świadczy jednak, iż udzielenie przedmiotowego zamówienia i jego wykonanie przez inny podmiot niż twórca dotychczasowych projektów nie jest niemożliwe ze względu na ochronę praw wyłącznych, zaś trudności związane dysponowaniem przez pierwotnego Wykonawcę prawami autorskimi osobistymi mogą zostać przezwyciężone na gruncie postanowień umownych, w których twórca może wyrazić zgodę na wprowadzanie określonych zmian (przy zachowaniu przez twórcę autorskich praw osobistych do utworu, jak również możliwości ich ochrony w przyszłości).

Reasumując, przyjęcie przez Zamawiającego założenia, że ze względu na wykonanie uprzednich umów oraz dysponowanie z tego tytułu określonymi prawami (w badanym przypadku prawami autorskimi osobistymi), ich wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji kolejnego zamówienia, prowadzi do naruszenia zasad wolnego rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne. Konieczność powierzenia realizacji zamówienia polegającego na sporządzeniu dokumentacji projektowej dodatkowej bądź zamiennej w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie może wynikać z zaniechań zamawiającego odnośnie konstruowania umów zawartych z wykonawcą projektów.

PRZYKŁAD 2 – system informatyczny (KZ/223/09)

Przedmiot zamówienia obejmował „zwiększenie bezpieczeństwa w istniejącej infrastrukturze Centralnego Systemu Dostępowego (CSD) oraz zintegrowanie systemów poczty wewnętrznej i zewnętrznej w celu utworzenia spójnego i zarządzalnego środowiska w zakresie funkcjonowania systemów na styku sieci zewnętrznej i wewnętrznej”.

Jak poinformował Zamawiający w zawiadomieniu, celem projektu jest umożliwienie odczytu/wysyłania poczty elektronicznej z jednego stanowiska dostępowego z dwóch niezależnych systemów poczty elektronicznej (wewnętrznej i zewnętrznej) – zlokalizowanych obecnie w sieci S. oraz w sieci Internet przy

występującej obecnie absolutnej separacji obu wymienionych sieci. Dla zachowania bezpieczeństwa zasobów dostępnych w sieci S. konieczne jest zatem utworzenie bezpiecznego, bezwzględnie monitorowanego, zarządzanego i wydajnego systemu dostępu do systemów pocztowych zlokalizowanych w sieci S., działających dla potrzeb komunikacji z użytkownikami wewnętrznymi i zewnętrznymi w rozumieniu użytkowników zlokalizowanych zarówno w strukturach Zamawiającego, jak i poza nimi, wraz z konieczną implementacją narzędzi do monitorowania bezpieczeństwa i wydajności Centralnego Systemu Dostępowego. Kolejnym elementem, którego budowa jest konieczna celem realizacji zadania jest budowa bramy dostępowej, która połączy w bezpieczny sposób obie sieci teleinformatyczne.

Jak zaznaczył zamawiający, w celu zrealizowania powyższego projektu zakupił uprzednio licencje i usługi wspomagające firmy X.

Powyższe, zdaniem zamawiającego, wskazuje na konieczność kontynuacji dotychczasowych prac i nakładów oraz pogłębienia procesów rozwojowych zaimplementowanych rozwiązań w oparciu o produkty i usługi firmy X. Punktem wyjścia dla tych działań będzie wykorzystanie pozytywnych rezultatów dotychczasowego rozwoju i poniesionych nakładów. Ze względu na skomplikowany charakter budowy oraz zasady przetwarzania i udostępniania danych zgromadzonych w CSD, rozbudowa musi opierać się na rozwiązaniach sprzętowo-programowych, które aktualnie funkcjonują w tym systemie. Ponadto powyżej opisany przedmiot zamówienia, stanowiący kolejny etap budowy funkcjonalności CSD, wymaga dokonania modyfikacji w kodach źródłowych oprogramowania aplikacyjnego oraz ingerencji w funkcjonujące już obszary objęte gwarancją firmy X. Zamawiający podkreśla, iż firma X. jest jedynym właścicielem kodów źródłowych oprogramowania systemu CSD, a prace wykonywane przy budowie tego systemu opierały się na produktach sprzętowych i programowych firmy X. Z uwagi na objęty przedmiotem zamówienia zakres prac, stopień skomplikowania funkcjonującego systemu CSD, złożoność jego architektury, przyjętą metodykę budowy tego systemu, kolejne prace projektowo-programistyczne zwiększające wydajność, bezpieczeństwo, funkcjonalność i dyspozycyjność systemu muszą być prowadzone przez firmę X, która posiada pełną znajomość wszystkich struktur bazodanowych i funkcjonalnych systemu oraz rozumienie zarówno filozofii całego systemu, jak i poszczególnych jego modułów. Ponadto jak zaznacza zamawiający, ze względu na bardzo rygorystyczne wymagania gwarancyjne Zamawiającego związane z kluczową rolą, jaką ten system odgrywa w spełnianiu obowiązków służbowych przez policjantów – np. czas reakcji na zgłoszenie awarii i czas jej naprawy – oraz wysoką wagę rozwiązania dla bezpieczeństwa systemów dostępnych w sieci S. tylko firma X. ma możliwość rozbudowy tego systemu.

Biorąc pod uwagę zasadę ochrony ciągłości inwestycji oraz specyfikę ochrony praw autorskich, patentowych, znaków towarowych, a także posiadanych zdolności wytwórczych jedynym podmiotem spełniającym oczekiwania zamawiającego była firma X. Na zasadzie wyłączności, X był jedynym podmiotem, który ma prawo modyfikowania kodu źródłowego oferowanych produktów, jest ich jedynym wytwórcą i właścicielem oraz jedynym dysponentem praw do ich używania. Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, iż planowane przedsięwzięcie wybiega poza zakres produktów i usług standardowo oferowanych na rynku, zatem nie istnieje możliwość zapraszania do udziału w przedsięwzięciu podmiotów pośredniczących, które z natury rzeczy mogą poruszać się jedynie w granicach udzielonych praw i posiadanych technologii.

W ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający nie wykazał spełnienia w niniejszym stanie faktycznym przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy. Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ten przepis, konieczne jest stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do zrealizowania zamówienia ze względu na konieczność ochrony uregulowanych w odrębnych przepisach praw wyłącznych.

W niniejszej sprawie, Zamawiający nie przedstawił dokumentów potwierdzających, iż z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, jedynym wykonawcą jest X. Ponad 60% wartości niniejszego zamówienia stanowiły dostawy oprogramowania, a także sprzętu stan-

dardowego oraz ogólnie dostępnego. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż w odniesieniu do usług objętych przedmiotowym zamówieniem znaczący jego zakres obejmują szkolenia.

Nawet jeżeli uznać, iż X przysługują prawa wyłączne do zakupywanego oprogramowania, to w żaden sposób nie wpływa to na wypełnienie przez zamawiającego przesłanki wynikającej z treści art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, gdyż po pierwsze w przedmiotowej sprawie istnieją na rynku produkty równoważne z których mógł skorzystać Zamawiający. Po drugie, Zamawiający wymaga od wykonawcy dostarczenia oprogramowania standardowego, które można jednocześnie nabyć również u innych wykonawców (...). Po trzecie, wskazywana przez Zamawiającego konieczność powierzenia realizacji przedmiotowego zamówienia danemu wykonawcy nie może wynikać z zaniechań Zamawiającego odnośnie braku zagwarantowania sobie praw do swobodnego ingerowania w oprogramowanie. Przywoływana przez Zamawiającego ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych rozróżnia autorskie prawa majątkowe od praw osobistych. O ile autorskie prawa osobiste mają charakter niezbywalny, tak autorskimi prawami majątkowymi twórca może swobodnie rozporządzać zawierając odpowiednie postanowienia w umowach. W ocenie Urzędu, Zamawiający udzielając zamówień powinien mieć świadomość obowiązywania tych przepisów i powinien zdawać sobie sprawę, że brak zabezpieczenia w odpowiednim zakresie autorskich praw majątkowych do oprogramowania, czy też niezagwarantowanie sobie prawa do korzystania z utworu w określony sposób może uniemożliwić lub też utrudnić możliwość udzielania w przyszłości kolejnych zamówień publicznych (związanych np. ze zmianami bądź rozwojem oprogramowania wynikającymi ze zmieniających się potrzeb Zamawiającego oraz zmiennego otoczenia legislacyjnego w którym działa) przy udziale innych podmiotów niż dotychczasowy wykonawca zamówienia.

W ocenie Urzędu, przyjęcie przez Zamawiającego założenia, że ze względu na wykonanie uprzednich umów wskazany przez niego wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji zamówienia może prowadzić do kreowania sztucznego monopolu na rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne.

Powyższe zostało potwierdzone w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006r. II GSK 7/06 Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie gdzie wyrażony został pogląd, iż „ustawa Prawo zamówień publicznych w pewnym sensie godzi zupełnie różne wartości związane z funkcjonowaniem nowoczesnego państwa – tj. zasady wolnego rynku z jednej strony i konieczną dbałość o finanse publiczne z drugiej strony. Ta reguła (zależność) powinna być brana pod uwagę przy wykładni przepisów Prawa zamówień publicznych, a więc także przy wykładni art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) tej ustawy. Powołane przepisy – przy przyjęciu wspomnianego założenia – nie mogą w istocie pozbawiać podmiotów sektora finansów publicznych uzasadnionego dostępu do określonych dóbr związanych z ochroną praw wyłącznych, ale nie mogą również być interpretowane w taki sposób, by możliwe było nabycie w trybie zamówienia z wolnej ręki każdego dzieła, z którym są związane czyjeś prawa autorskie. Takich dzieł w sferze szeroko rozumianego rynku towarów i usług jest wiele i gdyby przyjąć, że mogą one być nabywane na zasadach, których stosowania domaga się strona skarżąca, idea zamówień publicznych nie miałaby sensu. Praktyka udzielania podobnych zamówień z wolnej ręki mogłaby doprowadzić do omijania wymogów Prawa zamówień publicznych przez jednostki sektora publicznego, które zawierałyby umowy wstępne na niewielką wartość tylko po to, aby powołując się na ochronę praw wyłącznych dokonywać później swobodnego wydatkowania środków znacznej wartości z pominięciem wymogów tej ustawy”.

PRZYKŁAD 3 – nadzór autorski (KZ/1861/10)

Przedmiot zamówienia obejmował usługę pełnienia nadzoru autorskiego w zakresie budowy drogi ekspresowej (...).

Zamawiający w dniu sierpnia 2008 r. podpisał umowę z konsorcjum firm reprezentowanych przez Lidera – Biuro Projektów X na opracowanie kompleksowej aktualizacji dokumentacji technicznej w stadium Projektu Budowlanego, Projektu Wykonawczego i Dokumentacji Przetargowej na rozbudowę drogi krajowej (...).

Zamawiający wyjaśnił, iż przewidując możliwość wystąpienia problemów technicznych związanych z realizacją skomplikowanego technicznie i technologicznie zadania oraz mając na uwadze zapisy art. 18 ust. 3 i art. 20 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) (dalej Prawo budowlane) zaszła konieczność zlecenia nadzoru autorskiego nad realizacją wyżej wymienionego zadania w zakresie dotyczącym dokumentacji technicznej opracowanej przez Biuro Projektów X. Tym samym, w styczniu 2010 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie X. Zamawiający wskazał, iż na podstawie § 9 ust. 8 wykonawca zobowiązał się „na wezwanie Zamawiającego do pełnienia nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej. Wynagrodzenie za czynności nadzoru zostanie ustalone w wyniku odrębnego postępowania”. Zamawiający wskazał, iż usługa pełnienia nadzoru autorskiego może być wykonana wyłącznie przez autora projektu budowlanego i wykonawczego z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z przepisów ustawy z dnia 23.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. Nr. 43 poz. 170 z późn. zm.), dalej Prawo autorskie, która to ustawa gwarantuje niezbywalną więź twórcy z utworem, a w szczególności nadzór nad sposobem korzystania z utworu w związku z nienaruszalnością treści i formy utworu oraz jego rzetelności wykorzystania. Z powyższego wynika, że nikt oprócz autora projektu nie może wykonywać czynności nadzoru nad realizacją robót w zakresie stwierdzenia zgodności wykonywanych robót z projektem. Dodatkowo Zamawiający nadmienił, iż ustawa Prawo budowlane określa, że podstawowym obowiązkiem projektanta jest sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzenia w toku wykonania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, a także uzgodnienia możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie przewidział możliwości świadczenia usługi pełnienia nadzoru autorskiego w ramach zamówienia na wykonanie dokumentacji technicznej z uwagi na niemożność przewidzenia terminu udzielenia zamówienia na roboty budowlane oraz ukończenia tych robót na etapie zlecenia wykonania dokumentacji projektowej. Zamawiający stwierdził, iż w chwili udzielenia zamówienia na prace projektowe nie mógł przewidzieć kiedy oraz czy w ogóle będzie w stanie wykonać roboty budowlane objęte projektem, nie znał rzeczywistych rozmiarów oraz pełnej specyfiki i kształtu przyszłych robót. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego decyzja o uruchomieniu inwestycji będącej przedmiotem nadzoru autorskiego nie leżała w jego gestii, **lecz w kompetencji Ministerstwa Infrastruktury**. Ostateczna decyzja o ujęciu ww. inwestycji w „Programie Budowy Dróg Krajowych na lata 2011-2015” zapadła pod koniec roku 2010, po licznych protestach samorządowców, przedsiębiorców, organizacji związkowych, społecznych oraz mieszkańców regionu kierowanych do Rządu RP. Stąd w momencie wszczynania postępowania o zamówienie publiczne na opracowanie projektowe Zamawiający nie posiadał wiedzy czy inwestycja ta zostanie ujęta w powyższym programie, a jeżeli tak, to w jakiej perspektywie czasowej może nastąpić jej realizacja. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, iż nie był w stanie prawidłowo opisać przedmiotu zamówienia, obejmującego opracowanie dokumentacji projektowej wraz z usługą nadzoru autorskiego. Zdaniem Zamawiającego opis dla zamówienia tego typu zmuszałby wykonawców do wycenienia usług o niedookreślonym zakresie (czasowym), odnośnie których niemożliwe byłoby określenie kiedy i jak długo będą wykonywane oraz prowadziłyby to do niemożliwości oszacowania i wycenienia zamówienia. Powyższy fakt wymuszałby, w ocenie Zamawiającego, konieczność zawarcia umowy z nieokreślonym, bądź nadmiernie długim, nierzeczywistym terminem jej realizacji.

Zamawiający podniósł, iż ceny za pełnienie nadzoru autorskiego zaoferowane na etapie składania ofert na wykonanie dokumentacji, nawet przy wprowadzeniu do umowy mechanizmów waloryzacyjnych, okazałyby się niewspółmierne do aktualnych stawek za tego typu usługi. Dodatkowo brak możliwości określenia terminu pełnienia nadzoru autorskiego spowodowałby brak możliwości określenia realnej ceny nadzoru

przez wykonawców, co mogłoby się przyczynić do odmowy złożenia przez nich ofert w postępowaniu lub konieczność kalkulowania ceny na wyrost, z dużym zapasem uwzględniającym ryzyko realizacji zamówienia w czasie nieokreślonym.

Przedstawiając stanowisko Prezesa Urzędu w odniesieniu do powyższego, na wstępie należy wskazać, iż przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, które uzasadniają udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwyčajalny. Pamiętać należy, że przepisy zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych, w szczególności przepis art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy, interpretować należy w świetle zasad udzielania zamówień publicznych. Należą do nich zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, zawarte w art. 7 ust 1 ustawy. W świetle tych zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy, wymaga aby istniejący stan faktyczny spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań Zamawiającego. Nie można więc uznać, że spełnione zostały przesłanki art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy, jeżeli okoliczności uzasadniające zastosowanie tego przepisu – tj. istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa – mają swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Innymi słowy działanie Zamawiającego nie może w żaden sposób powodować zaistnienia okoliczności, od których wystąpienia ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z przepisem art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Tym samym obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego uzależniony jest od decyzji samego inwestora (Zamawiającego). W myśl bowiem art. 18 ust. 3 Prawa budowlanego, inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. W konsekwencji, sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe, albowiem jest nierozzerwalnie związane z opracowaniem projektu, a w konsekwencji z osobą projektanta. W tym stanie rzeczy ustalenie przez Zamawiającego, że projektant będzie zobowiązany do pełnienia nadzoru autorskiego powoduje, iż sprawowanie nadzoru będzie wchodziło w istoty rzeczy w zakres zamówienia na prace projektowe. W niniejszej sprawie w § 9 ust. 8 umowy z dnia sierpnia 2008 r., zostało zastrzeżone, że wykonawca zobowiązuje się na wezwanie Zamawiającego do pełnienia nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej. Wynagrodzenie za czynności nadzoru zostanie ustalone w wyniku odrębnego postępowania. Jak wynika z powyższego, pomimo konieczności udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego, Zamawiający pominął tę usługę w umowie na wykonanie dokumentów projektowych, wskazując jedynie na potrzebę unormowania tej kwestii w kolejnym postępowaniu.

Zamawiający niezasadnie przyjął, iż nie miał możliwości należytego opisanie przedmiotu zamówienia objętego kontrolą. Powołuje się przy tym na brak możliwości stwierdzenia, czy wystąpi obowiązek świadczenia usługi nadzoru autorskiego, braku możliwości określenia terminu realizacji usługi nadzoru autorskiego. Jak już powyżej zostało stwierdzone Zamawiający miał świadomość konieczności sprawowania nadzoru autorskiego, zawarł bowiem zapis o udzieleniu odrębnego zamówienia w umowie na wykonanie projektu (cytowany § 9 ust. 8 umowy z sierpnia 2008 r.) Podniesiony przez Zamawiającego argument, iż nie był w stanie określić prawidłowo ceny za usługi ze względu na odstęp czasu pomiędzy pierwotnym postępowaniem, a udzieleniem zamówienia na usługę nadzoru autorskiego jest chybiony. Trudno bowiem stwierdzić, iż Zamawiający, jako profesjonalny podmiot nie jest w stanie ustalić wartości zamówienia. Jed-

nocześnie, podnoszona okoliczność braku możliwości określenia terminu realizacji usługi nadzoru również nie znajduje uzasadnia. Nie było bowiem przeszkód, aby Zamawiający zastrzegł realizację tych usług bez określenia terminu ich wykonywania. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż usługi nadzoru autorskiego mogą być wykonywane jedynie w toku wykonywania robót budowlanych (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane). Nie znając dokładnych dat wykonania robót budowlanych można również w SIWZ zastrzec możliwość ich zmiany.

Nawiązując do stanowiska Zamawiającego, że jedynie autor projektu budowlanego może wykonywać nadzór autorski należy stwierdzić, iż zgodnie z dyspozycją art. 16 ustawy Prawo autorskie, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, w tym prawo do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystywania jak i prawo do sprawowania nadzoru nad korzystaniem z utworu. Co do zasady prawa te są niezbywalne i autor nie może się ich zrzec. Niemniej jednak użyty przez ustawodawcę zwrot „o ile ustawa nie stanowi inaczej” pozwala uznać, iż mogą istnieć wyjątki od przedmiotowej zasady. Wyjątkiem takim jest art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego, który stanowi, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy tj. przepisy Prawa budowlanego. Art. 44 ust. 1 pkt 3 prawa budowlanego nakłada na inwestora obowiązek bezzwłocznego zawiadomienia właściwego organu o zmianie projektanta sprawującego nadzór autorski. Uznać zatem należy, iż ustawodawca *expressis verbis* dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami Prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów.

Możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym nie wyłącza także art. 46 Prawa autorskiego, który stanowi, iż twórca zachowuje wyłączne prawo zezwalania na wykonanie zależnego prawa autorskiego, mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości autorskich praw majątkowych. Zgodnie bowiem z przepisem zawartym w art. 49 ust. 2 Prawa autorskiego, następcą prawny legitymowany jest do wprowadzania zmian w nabytym utworze bez konieczności pozyskiwania zgody autora projektu. Warunkiem niezbędnym do wprowadzenia modyfikacji już istniejącego utworu jest ustalenie, iż zmiany te spowodowane są oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić. Tym samym zakaz dokonywania zmian w utworze w rozumieniu Prawa autorskiego przez inną osobę aniżeli przez samego autora, nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający miał możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w trybie otwartym, zapewniającego zachowanie pełnej konkurencyjności, które to postępowanie może skutkować wyborem innego wykonawcy niż autor dokumentacji projektowej. Na marginesie należy zaznaczyć, iż przyjęcie odmiennego stanowiska w zakresie dopuszczalności udzielenia zamówienia publicznego na pełnienie usługi nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym skutkowałoby możliwością udzielania zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki do każdego zamówienia na usługi, której przedmiotem jest dzieło objęte prawem autorskim. Powyższej tezy nie sposób obronić w kontekście podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki
na podst. art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp
– przykłady naruszeń wykrywanych w toku
kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP**

Informator nr 1/2013

Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ust. 1 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielania zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku C-126/03).

Z treści art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający może udzielić zamówienia w trybie 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 ustawy Pzp, 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) w prowadzonych kolejno postępowaniach 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 Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia;
- c) 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 ustawy Pzp zamawiający może 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 art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zastosowanie tego trybu jest zatem możliwe, gdy pierwotne warunki zamówienia nie zostają w istotny sposób zmienione. Istotna zmiana pierwotnych warunków zamówienia uniemożliwia zatem udzielenie zamówienia na podstawie tego przepisu.

W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innych wykonawców (por. orzeczenie z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja przeciwko Grecji*, dotychczas niepublikowany w Zbiorze, pkt 52). Oznacza to, że pod pojęciem „warunki postępowania” 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.

KND/15/11

Podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na *obsługę wyjazdów zagranicznych w zakresie dostawy biletów lotniczych, autobusowych i kolejowych*, będącą przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający wskazał na okoliczność, że przeprowadzono kolejno dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. W ostatnim postępowaniu nie zostały złożone żadne oferty, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Powyższa argumentacja, zdaniem zamawiającego, przemawiała za możliwością udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

[...] do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie jest wystarczające, aby tylko jedno z kilku wcześniejszych postępowań zostało unieważnione ze względu na przyczyny wymienione w treści ww. przepisu. Z dokumentacji przesłanej przez zamawiającego do Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż zamawiający przeprowadził 3 postępowania na udzielenie zamówienia pn.: „*Obsługa wyjazdów zagranicznych zamawiającego w zakresie dostawy biletów lotniczych, autobusowych i kolejowych*”. Zarówno pierwsze [...] jak i drugie postępowanie [...] zostały unieważnione przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp albowiem oferty z najniższą ceną przewyższały kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jedynie trzecie postępowanie [...] zostało unieważnione przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Nie można zatem uznać, iż w niniejszym stanie faktycznym zamawiający mógł zastosować tryb z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dla udzielenia zamówienia na *obsługę wyjazdów zagranicznych zamawiającego w zakresie dostawy biletów lotniczych, autobusowych i kolejowych*, albowiem zamawiający jedynie jedno z trzech przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego postępowań unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Należy zaznaczyć, że z prawidłowym zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki przy spełnieniu pozostałych przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, mielibyśmy do czynienia, w sytuacji gdyby co najmniej dwa ww. postępowania zostały unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tymczasem unieważnienie dwóch z ww. postępowań na innej podstawie tj. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie uzasadnia 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 4 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki, co doprowadziło do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ww. trybie z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

KND/28/11

Podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na usługę pn.: „*Wybór banku udzielającego i obsługującego kredyt długoterminowy w kwocie 3 050 000 PLN, jaki Powiat M. zamierza zaciągnąć w 2010 r.*”, będącej przedmiotem niniejszej kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki zawartym w protokole postępowania zamawiający wskazał, że w prowadzonych kolejno dwóch postępowaniach tj. w trybie przetargu nieograniczonego i w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie zostały złożone żadne oferty, tym samym spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Powyższa argumentacja, zdaniem zamawiającego, przemawiała za możliwością udzielenia przedmiotowego zamówienia ww. wykonawcy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji przesłanej przez zamawiającego do Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający w przedmiocie wyboru banku udzielającego i obsługującego kredyt w 2010 r. przeprowadził 4 postępowania.

Przedmiotem pierwszego z postępowań przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, był kredyt długoterminowy w kwocie 4 830 000 zł. Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 2 229 964,38 zł, co stanowi równowartość kwoty 580 871,16 euro. Ponadto zgodnie z rozdziałem IV pkt 1–4 SIWZ powyższego postępowania, zamawiający przewidywał, że kredyt będzie wykorzystywany od dnia 6 grudnia 2010 r. Spłata rat zaciągniętego kredytu rozpocznie się od dnia 31 lipca 2019 r. Spłata rat odsetek będzie następowała ostatniego dnia roboczego miesiąca. Należne odsetki od dnia uruchomienia kredytu do 31 stycznia 2011 r. zapłacone zostaną 31 stycznia 2011 r. Zaciągnięty kredyt wraz z oprocentowaniem i marżą banku będzie spłacany do 30 września 2020 r. w terminach: 31 lipca 2019 r., 31 sierpnia 2019 r., 30 września 2019 r., 31 października 2019 r., 31 marca 2020 r., 30 kwietnia 2020 r., 31 maja 2020 r., 30 czerwca 2020 r., 31 lipca 2020 r., 31 sierpnia 2020 r., 30 września 2020 r. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 24 września 2010 r. Do upływu terminu składania ofert tj. do dnia 15 listopada 2010 r., nie złożono żadnej oferty. W dniu 16 listopada 2010 r. zamawiający unieważnił niniejsze postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Przedmiotem drugiego z postępowań, wszczętego w dniu 17 listopada 2010 r. w trybie negocjacji bez ogłoszenia, był kredyt długoterminowy do wysokości 4 700 000 zł. Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 1 356 123,28 zł, co stanowi równowartość kwoty 353 249,10 euro. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 1–4 SIWZ powyższego postępowania, zamawiający przewidywał, że kredyt będzie wykorzystywany od dnia 15 grudnia 2010 r. Spłata rat zaciągniętego kredytu rozpocznie się od dnia 31 lipca 2014 r. Spłata rat odsetek będzie następowała ostatniego dnia roboczego miesiąca. Należne odsetki od dnia uruchomienia kredytu do 31 stycznia 2011 r. zapłacone zostaną 31 stycznia 2011 r. Zaciągnięty kredyt wraz z oprocentowaniem i marżą banku będzie spłacany do 30 kwietnia 2019 r. w terminach: 31 lipca 2014 r., 31 sierpnia 2015 r., 30 września 2016 r., 31 października 2017 r., 31 marca 2018 r., 30 kwietnia 2019 r. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 17 listopada 2010 r. Do negocjacji nie przystąpił żaden z zaproszonych wykonawców. W dniu 22 listopada 2010 r. postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Przedmiotem trzeciego z postępowań, wszczętego w dniu 26 listopada 2010 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki z Bankiem X w O. był pierwotnie kredyt długoterminowy w kwocie 4 500 000 zł, następnie w toku negocjacji uległ on zmniejszeniu do kwoty 3 750 000 zł, 3 500 000 zł, a ostatecznie wyniósł kwotę 3 100 000 zł. W dniu 27 grudnia 2010 r., Bank X w O., pomimo zmniejszenia kwoty kredytu, odmówił jego udzielenia ze względu na brak zdolności kredytowej Powiatu M. [...]. W tym miejscu należy wskazać, iż niniejsze postępowanie przeprowadzone w trybie z wolnej ręki, nie podlega dalszej analizie, ponieważ z uwagi na brzmienie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w przedmiotowej kontroli istotne są postępowania przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego oraz negocjacji bez ogłoszenia.

Przedmiotem czwartego postępowania, stanowiącego przedmiot niniejszej kontroli, przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki z Bankiem X Oddział w M. był kredyt w kwocie 3 050 000 zł. W dniu 24 grudnia 2010 r. zamawiający skierował do ww. wykonawcy zaproszenie do negocjacji, w przedmiocie kredytu długoterminowego w kwocie 3 050 000 zł. Zgodnie z ww. zaproszeniem zamawiający przewidywał uruchomienie kredytu w dniu 29 grudnia 2010 r. Spłatę rat kredytu określili na: 30 kwietnia 2014 r. – 500 000 zł, 30 czerwca 2014 r. – 500 000 zł, 30 listopada 2014 r. – 525 000 zł, 30 kwietnia 2015 r. – 500 000 zł, 30 czerwca 2015 r. – 500 000 zł, 30 listopada 2015 r. – 525 000 zł. Odsetki naliczane od dnia uruchomienia kredytu – płatne po raz pierwszy 31 stycznia 2011 r., później co miesiąc. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 27 grudnia 2010 r. na kwotę 872 669,85 zł, co stanowi równowartość kwoty 227 316,97 euro.

[...] W postępowaniu objętym kontrolą zamawiający w kolejnych postępowaniach dokonywał następujących zmian w zakresie przedmiotu zamówienia:

Zmiany przedmiotu zamówienia			
	Przetarg nieograniczony	Negocjacje bez ogłoszenia	Zamówienie z wolnej ręki (kontrolowane postępowanie)
Wartość szacunkowa zamówienia	2 229 964,38 zł (580 871,16 euro)	1 356 123,28 zł (353 249,10 euro)	872 699,85 zł (227 316,97 euro)
Kwota kredytu	4 830 000 zł	Do 4 700 000 zł	3 050 000 zł
Okres kredytowania	Od zawarcia umowy do 30.09.2020 r.	Od zawarcia umowy do 30.04.2019 r.	Od zawarcia umowy do 30.11.2015 r.
Splata kredytu	11 rat w okresie od 31.07.2019 r. do 30.09.2020 r.	6 rat w okresie od 31.07.2014 r. do 30.04.2019 r.	6 rat w okresie od 30.04.2014 r. do 30.11.2015 r.
Oprocentowanie kredytu	W danym miesiącu oparte na stopie WIBOR 1 M z 20 dnia miesiąca poprzedzającego, powiększone o marżę bankową	W danym miesiącu oparte na stopie WIBOR 1 M z 20 dnia miesiąca poprzedzającego, powiększone o marżę bankową	7,5% w stosunku rocznym (po negocjacjach 8% w stosunku rocznym)

Mając na uwadze powyższe zestawienie, nie sposób nie zwrócić uwagi, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w toku kolejnych postępowań w sposób znaczący zmieniał przedmiot zamówienia.

Zamawiający dokonywał bowiem zmian w zakresie przedmiotu zamówienia w kolejnych postępowaniach prowadzonych na wybór banku udzielającego i obsługującego kredyt długoterminowy w zakresie:

- kwoty kredytu (kwoty 4 830 000 zł w trybie przetargu nieograniczonego, kwoty do 4 700 000 zł w trybie negocjacji bez ogłoszenia, kwoty 3 050 000 zł w kontrolowanym postępowaniu);
- okresu kredytowania, który podlegał skróceniu w następujących po sobie postępowaniach począwszy od obowiązywania do roku 2020 do obowiązywania do roku 2015 r. w kontrolowanym postępowaniu;
- splaty kredytu tj. z 11 rat w okresie od 31.07.2019 r. do 30.09.2020 r. na 6 rat w okresie od 30.04.2014 r. do 30.11.2015 r. w kontrolowanym postępowaniu;
- oprocentowania kredytu tj. z oprocentowania opartego w danym miesiącu na stopie WIBOR 1 M z 20 dnia miesiąca poprzedzającego, powiększone o marżę bankową na oprocentowanie 7,5% w stosunku rocznym (po negocjacjach 8% w stosunku rocznym) w kontrolowanym postępowaniu.

W związku z przedstawionymi zmianami, każdorazowo zmianie ulegała także wartość szacunkowa zamówienia, tj. kwota 2 229 964,38 zł w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, kwota 1 356 123,28 zł w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, kwota 872 699,85 zł w kontrolowanym postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki.

Z powyższego wynika zatem, że pierwotny przedmiot zamówienia został zmodyfikowany w toku poszczególnych postępowań w sposób istotny, gdyż zamawiający w toku kolejnych postępowań dokonywał zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zasadniczo wpływających na kształt zamówienia. Należy bowiem podkreślić, że w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawieranej na wykonywanie usługi banku obsługującego kredyt, niezwykle istotnymi elementami zamówienia jest kwota kredytu, okres kredytowania, liczba rat czy wreszcie oprocentowanie kredytu. Tymczasem dla zachowania spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, istotne jest aby przedmiot zamówienia pozostawał w kształcie zasadniczo niezmienionym, a zbliżony charakter pierwotnych warunków zamówienia musi zachodzić za-

równy pomiędzy każdym z wcześniejszych postępowań konkurencyjnych, jak i między nimi a zamierzonym zamówieniem z wolnej ręki.

W kontrolowanym postępowaniu zmiany dokonywane w kolejnych postępowaniach były na tyle znaczące, że spowodowały zanik tożsamości warunków zamówienia. Nie sposób bowiem dopatrzeć się związku w zakresie pierwotnych warunków zamówienia w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia, a zamówieniem udzielanym w trybie z wolnej ręki. Jednocześnie, jak wynika z przedstawionej powyżej analizy, do istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia dochodziło również w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia w stosunku do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Tymczasem, dla spełnienia jednej z przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zbliżony charakter pierwotnych warunków zamówienia musi zachodzić zarówno między każdym z wcześniejszych postępowań prowadzonych w trybach konkurencyjnych, jak i między nimi a zamierzonym zamówieniem udzielanym w trybie z wolnej ręki.

W kontrolowanym postępowaniu zmiany warunków zamówienia były tak znaczące, iż wątpliwe jest czy postępowanie będące przedmiotem kontroli pozostaje w związku z wcześniejszymi postępowaniami na usługę wyboru banku udzielającego i obsługującego kredyt długoterminowy.

Wobec powyższego należy uznać, że w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu z wolnej ręki, albowiem nie została spełniona jedna z przesłanek warunkujących możliwość zastosowania tego niekonkurencyjnego trybu udzielania zamówienia – brak istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia, co stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

KN/21/12

W toku kontroli doraźnej następczej ustalono, że zamawiający [...] zamierzając udzielić zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: „Wykonanie projektu i budowa nowego wydziału produkcji preparatów do iniekcji i liofilizatów jałowych” wybrał tryb przetargu nieograniczonego. Postępowanie w powyższym trybie wszczynane było dwukrotnie:

- postępowanie nr 03/P/2009 [...];
- postępowanie nr 5/P/2009 [...].

Zamawiający w obydwu przypadkach nie zdołał wyłonić wykonawcy, pierwsze z powyższych postępowań zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – cena najkorzystniejszej oferty przewyższała środki finansowe jakie mógł przeznaczyć na ten cel zamawiający, drugie z postępowań zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – jedyny wykonawca jaki złożył ofertę w toku postępowania odmówił zawarcia umowy na warunkach w niej przedstawionych.

Jak wynika z przedłożonej dokumentacji w obydwu ww. postępowaniach wpłynęła tylko jedna oferta składana przez tego samego wykonawcę, tj. spółkę X GmbH działającą poprzez swój oddział Y Sp. z o.o. – Oddział w Polsce.

Trzecie w kolejności postępowanie dotyczące udzielenia zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Wykonanie projektu i budowa nowego wydziału produkcji preparatów do iniekcji i liofilizatorów jałowych” nr 10/P/2009 zamawiający przeprowadził w trybie z wolnej ręki powołując się zarówno na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a), art. 67 ust. 1 pkt 3 jak i art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Do negocjacji zamawiający zaprosił spółkę X GmbH działającą poprzez swój oddział Y Sp. z o.o. – Oddział w Polsce, która to złożyła oferty w dwóch poprzednich postępowaniach. W dniu 7 sierpnia 2009 r. zamawiający udzielił przedmiotowego zamówienia ww. wykonawcy. Wartość kontraktu została ustalona na kwotę netto 19 380 000,00 PLN.

[...] Zamawiający, co prawda przeprowadził uprzednio dwa postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, które nie doprowadziły do podpisania umowy. Jednakże powodem unieważnienia tych postępowań nie był brak ofert bądź też ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia.

Pierwsze postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższała środki finansowe, jakie mógł przeznaczyć na ten cel zamawiający, drugie z postępowań zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż jedyny wykonawca, który złożył ofertę w toku postępowania odmówił zawarcia umowy na warunkach w niej przedstawionych. A zatem pierwsza z przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie została spełniona, gdyż w obu przetargach złożone oferty nie zostały odrzucone z powodu niezgodności z treścią SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Należy ponadto zauważyć, że w dwóch pierwszych postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia dokumentów z §1 ust 1 pkt 2–5 Rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, których opis został dokonany w SIWZ (ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na min. 1 mln PLN oraz doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 robót odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia). W postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki zamawiający wymagał natomiast przedłożenia jedynie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o niepodleganiu wykluczeniu. Tym samym pierwotne warunki w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki zostały w istotny sposób zmienione, gdyż zarówno z opisu sposobu spełnienia warunku ekonomicznego i doświadczenia jak i wymogu przedłożenia szeregu dokumentów podmiotowych, zrezygnowano w ogóle. Oznacza to, że nie została spełniona także ostatnia przesłanka umożliwiająca zastosowanie art. 67 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, polegająca na braku istotnych zmian pierwotnych warunków zamówienia.

KN/42/11

Dwa postępowania przeprowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę generatora udarowego (układu do wysokonapięciowych prób impulsowych), wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem, dla Politechniki X”, zakończyły się unieważnieniem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. nie złożono w nich żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wobec powyższego, zamawiający w dniu 12 maja 2011 r. wszczął postępowanie na ww. przedmiot zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie 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.

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, w postępowaniu przeprowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający nie dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia, jednak ograniczył stawiane warunki podmiotowe w stosunku do przetargów nieograniczonych [...] nie formułując warunków szczególnych w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców (podczas gdy w obydwu przetargach nieograniczonych wymagał wykonania minimum 1 dostawy aparatury/urządzenia podobnego rodzaju jak przedmiot zamówienia, o wartości minimum 400 000,00 zł), jak również nie żądał przedłożenia *aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp* (tj. żądanego w obydwu przetargach nieograniczonych dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów,

jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817)). Ponadto, udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki, zamawiający wydłużył termin realizacji tego zamówienia do 5 miesięcy, podczas gdy w obu przetargach nieograniczonych wynosił on ok. 4 miesięcy (licząc od daty publikacji ogłoszeń w BZP do 30 marca 2011 r.).

[...] 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 postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, naruszył postanowienia ustawy Prawo zamówień publicznych w powyższym zakresie.

KN/18/11

Dwa postępowania przeprowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Budowę i wyposażenie świetlicy wiejskiej w W. Etap I Fundament. Izolacja. Roboty w zakresie przygotowania terenu pod budowę i roboty ziemne*”, zakończyły się unieważnieniem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. nie złożono w nich żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż drugie z ww. postępowań o udzielenie zamówienia, wszczęte w dniu 18 października 2010 r., zostało unieważnione w dniu 4 listopada 2010 r., zaś jako uzasadnienie prawne zamawiający wskazał niezgodność treści jedynej złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, natomiast jako uzasadnienie faktyczne zamawiający wskazał, iż wykonawca nie załączył do oferty dokumentu: aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W wyniku uzupełnienia dokumentacji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dostarczono bowiem wymagany dokument, jednakże wystawiony w dniu 3 listopada 2010 r., czyli po terminie składania ofert, który upłynął 2 listopada 2010 r.

W związku z unieważnieniem ww. dwóch postępowań, zamawiający w dniu 4 listopada 2010 r. wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, należy wyjaśnić, że wskazany przez zamawiającego jako podstawa odrzucenia jedynej złożonej w drugim postępowaniu oferty art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w których treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Treść oferty o której mowa w tym przepisie, obejmuje oferowany przedmiot zamówienia, jego cenę, termin i sposób wykonania. Treścią oferty nie są natomiast dołączone do niej dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W przypadku niespełnienia ww. warunków, mimo wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania. Zatem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający był zobowiązany do wykluczenia wykonawcy X na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego ofertę należało uznać za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 11 maja 2011 r. zamawiający wyjaśnił, iż ww. oferta podlegała także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż „w przedmiarze zostały określone prace, które należało wykonać w celu realizacji przedsięwzięcia. Jedną z pozycji była izolacja ław fundamentowych betonowych 2 warstwami papy smołowej izolacyjnej na lepisku na gorąco o powierzchni 51,84 m². Wykonawca w swoim kosztorysie nie zawarł tej pozycji. Zawarł natomiast pozycję pokrycie dachów papą termozgrzewalną dwuwarstwową – powierzchnia 33 m². Zamawiający nie widział podstawy zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż niezgodności te nie były oczywiste i nie można było stwierdzić, iż zawarta pozycja jest oczywistą omyłką pisarską. W związku z powyższymi faktami odrzucono ofertę jako że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ”.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, należy wskazać, iż w rozdziale XVI pkt 2 i 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zapisał, iż „cena oferty będzie ceną ryczałtową”, oraz wskazał,

że „dołączone przez zamawiającego kosztorysy mają charakter wyłącznie poglądowy, zawarta umowa będzie umową ryczałtową (...)”.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż w umowie o zamówienie publiczne na roboty budowlane zamawiający może ustalić wynagrodzenie ryczałtowe bądź kosztorysowe na podstawie obmiaru robót.

Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła lub usługi w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła czy usługi. Ryczałt polega więc na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego, ale również zamawiający nie może żądać obniżenia ustalonego wcześniej przez strony ryczałtu.

Wykonawca kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i postanowieniami projektu umowy. Zasadnym jest zatem zwrócenie uwagi, iż przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, wykazane rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym wybranego wykonawcy a przedmiarem robót, przygotowanym przez zamawiającego nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również pozycje, które faktycznie nie zostały ujęte w jego kosztorysie ofertowym, ale są ujęte w przedmiarze robót, projekcie technicznym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (KIO/UZP 1439/09, wyrok KIO z 24.11.2009 r.). Tym bardziej zatem rozbieżność polegająca na zmianie jednej pozycji kosztorysowej nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia oferty. Co do zasady bowiem kosztorys ofertowy ma przy cenie ryczałtowej znaczenie pomocnicze, a nieistotne rozbieżności między jego treścią, a treścią otrzymanych przedmiarów nie oznaczają niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto, należy wskazać na orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r., w którym wskazano, że jeżeli za wykonanie dzieła strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego (podobnie wyroki Zespołu Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej).

Reasumując, w świetle ustalonego w SIWZ wynagrodzenia ryczałtowego oraz wyłącznie poglądowego charakteru kosztorysu, oferta wykonawcy X nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Jak wskazano wyżej, oferta ta nie podlegała również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu nieuzupełnienia przez wykonawcę aktualnego zaświadczenia ZUS.

[...] Należy zatem stwierdzić, iż nie została spełniona pierwsza przesłanka *[bezskuteczność uprzednio prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, z którą mamy do czynienia, jeżeli 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 Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia]* zezwalające na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż po pierwsze wykonawca X winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, po drugie, brak też było podstaw do odrzucenia ww. oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie jednej z pozycji kosztorysu ofertowego, gdyż z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe, a kosztorysy mają „wyłącznie charakter poglądowy”.

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż zamawiający przeprowadzając zamówienie w trybie z wolnej ręki, naruszył art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki
na podst. art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp
– przykłady naruszeń wykrywanych w toku
kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP**

Informator nr 4/2013

Zgodnie z art. 10 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w pozostałych trybach, w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki, uzależnione jest od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie Pzp. Z uwagi na to, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.

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

Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Dodatkowo pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej warunkami powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.

Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Przykład nr 1 (KN/24/10)

Przedmiotem kontrolowanego postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp była modernizacja świetlic wiejskich oraz zaplecza rekreacyjno-sportowego dla wsi S. i D. w gminie W.

Na podstawie przekazanej dokumentacji ustalono, że zamawiający przeprowadził kolejno dwa postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację świetlic wiejskich oraz zaplecza rekreacyjno-sportowego dla wsi S. i D. w gminie W. W pierwszym nie zostały złożone żadne oferty, natomiast drugie postępowanie zostało unieważnione, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Jednakże w dniu 7 września 2009 r. zamawiający uznał, iż zachodzi pilna potrzeba udzielenia ww. zamówienia, w związku z „kontrolą jednoroczną” świetlic we wsi S. i D. przeprowadzoną przez komisję w składzie: technik budowlany oraz inspektor ds. planowania przestrzennego.

Komisja sporządziła protokoły nr 5/2009 i 6/2009 z wizji lokalnej ww. obiektów, w których wskazała, iż zalecane jest natychmiastowe wykonanie wymiany pokrycia dachowego, natomiast w przypadku świetlicy w D. również instalacji elektrycznej. W protokołach stwierdzono też, że budynki nie były właściwie remontowane od 30 i 50 lat i w obecnym stanie nie mogą służyć jako obiekty użyteczności publicznej.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający podjął decyzję o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki, kierując w dniu 8 września 2009 r. zaproszenie do negocjacji do Firmy Piotr S., z którym następnie w dniu 22 września 2009 r. przeprowadził negocjacje i podpisał umowę nr .../09 na kwotę 720.103,36 zł. Jako podstawę prawną wyboru trybu zamawiający podał art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, oraz kontroli doraźnej następczej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w dniu 15 kwietnia 2010 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o przesłanie m.in. protokołów z okresowej kontroli obiektów budowlanych (świetlic wiejskich w S. i D.) za lata 2008

i 2007 w celu ustalenia, czy stan ww. obiektów pogorszył się w ciągu ostatniego roku, czy zamawiający już wcześniej posiadał wiedzę o złym stanie obiektów. Ponadto, zamawiający został poproszony o wskazanie jaka konkretnie działalność była wykonywana w wymienionych świetlicach przed sporządzeniem protokołów kontroli obiektów z 2009 r.

W odpowiedzi na ww. pismo zamawiający wyjaśnił, iż „świetlice wiejskie zarówno w D. jak i w S. są głównym miejscem spotkań mieszkańców wsi. W okresie poprzedzającym przeprowadzenie kontroli tych obiektów na świetlicach odbywały się m.in. zebrania mieszkańców wsi, szkolenia dla rolników, spotkania różańcowe w miesiącu październiku, zabawy karnawałowe i sylwestrowe, imprezy sportowo-rekreacyjne, jak m.in. „Powitanie Lata” w S., gminne zawody sportowo-pożarnicze. Z obiektów w obu wsiach korzystały też miejscowe organizacje wiejskie takie jak Koło Gospodyń Wiejskich czy też Ochotnicza Straż Pożarna, które organizowały tam spotkania swoich członków, szkolenia, warsztaty. Ze świetlicy korzystają zarówno mieszkańcy wsi D. i S., jak i osoby spoza tych miejscowości organizując różnego rodzaju imprezy rodzinne takie jak komunie, wesela, stypy”.

Ponadto zamawiający przesłał kopie protokołów za 2007 i 2008 rok z okresowej kontroli obiektów budowlanych (kontrola jednoroczna) świetlic wiejskich w D. i S., gdzie komisja stwierdziła, iż:

1. Protokoły nr 1/2007 i 2/2007:

- a) Budynek Sali Wiejskiej w D. – budynek głównie w części klubowej znajduje się w złym stanie technicznym, wymaga przeprowadzenia prac remontowych. Wymaga przystosowania do obowiązujących przepisów i standardów. Dotychczasowe prace remontowe polegały głównie na malowaniu pomieszczeń. Budynek ogrzewany okresowo w czasie organizowanych imprez i spotkań. Instalacja elektryczna części klubowej w złym stanie technicznym.
- b) Budynek Sali Wiejskiej w S. – budynek znajduje się w nieodpowiednim stanie technicznym wymagającym przeprowadzenia remontu. Wymaga przystosowania do obowiązujących przepisów i standardów. Budynek ogrzewany okresowo. Przewiduje się wykonanie instalacji grzewczej gazowej w związku z wykonaniem przez PGNiG S.A. przyłącza gazowego do obiektu.

2. Protokoły nr 2/2008 i 3/2008:

- a) Budynek Sali Wiejskiej w D. – budynek głównie w części klubowej znajduje się w złym stanie technicznym, wymaga przeprowadzenia prac remontowo-modernizacyjnych. Wymaga przystosowania do obowiązujących standardów. Część klubowa z uwagi na prowadzenie w niej baru przez najemcę nie była dawno remontowana. Dotychczasowe prace remontowe polegały głównie na malowaniu pomieszczeń. Budynek ogrzewany okresowo. Instalacja elektryczna części klubowej w złym stanie technicznym.
- b) Budynek Sali Wiejskiej w S. – budynek znajduje się w nieodpowiednim stanie technicznym wymagającym przeprowadzenia gruntownego remontu. Wymaga przystosowania do obowiązujących przepisów i standardów. Budynek ogrzewany okresowo. Instalacja grzewcza przewidziana do montażu w przyszłym roku po opracowaniu projektu technicznego.

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień należy zauważyć, że zamawiający nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, obejmującego roboty budowlane polegające na modernizacji świetlic wiejskich oraz zaplecza rekreacyjno-sportowego dla wsi S. i D. w gminie W. zostały spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, nie można uznać, że konieczność wyremontowania ww. budynków była niemożliwa do przewidzenia. Zamawiający już wcześniej przeprowadził 2 postępowania przetargowe w celu udzielenia ww. zamówienia, a zatem przewidywał ich udzielenie. Dodatkowo nie można uznać za nieprzewidywalną sytuację, gdy konieczność wykonania zamówienia, polegającego na remoncie ww. budynków, znana była zamawiającemu już wcześniej, potwierdzeniem czego jest treść protokołów nr 1/2007, 2/2007, 2/2008 i 3/2008 z okresowej kontroli obiektu budowlanego. Tym samym należy stwierdzić, iż zamawiający już przy

wcześniejszych kontrolach posiadał wiedzę o stanie budynków, na których miały być wykonane roboty budowlane.

Po drugie, przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest też potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia. Na podstawie tego przepisu dopuszczalne jest zatem udzielenie zamówień tylko w takim zakresie, który jest niezbędny do zapobieżenia zagrożeniu, np. ochrony życia i zdrowia, znacznej szkody majątkowej, czy ochrony środowiska. Przede wszystkim należy zauważyć, że w protokołach kontroli stanu obiektów z 2009 r. zalecono wymianę pokrycia dachowego i instalacji elektrycznej. Natomiast z kosztorysu ofertowego, jak również z protokołów z odbioru technicznego z dnia 15 grudnia 2009 r. wynika, iż zakres robót budowlanych obejmował również modernizację:

- a) boisk trawiastych do piłki nożnej;
- b) parkingów;
- c) wiaty;
- d) utwardzenie z kostki betonowej,

czyli modernizację obiektów, których wykonanie nie było natychmiastowo wymagane. Roboty dotyczące boiska, parkingu, wiaty czy chodnika nie wymagają natychmiastowego wykonania w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Również wymienionej przez zamawiającego działalności jaka była wykonywana w świetlicach i zapleczu rekreacyjno-sportowych we wsi D. i S. przed sporządzeniem protokołów kontroli obiektów w 2009 r., nie można uznać za potrzebę wymagającą natychmiastowej realizacji, która zwalniałaby zamawiającego z całkowitego odstąpienia od zasad uczciwej konkurencji, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz zasadę prymatu trybów konkurencyjnych, o której mowa w art. 10 ustawy Pzp.

Przykład nr 2 (KN/34/11)

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadań: 1) Przebudowa drogi powiatowej K – H, 2) przebudowa drogi powiatowej K – Z” zostało przeprowadzone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ww. postępowanie wszczęto w dniu 24 kwietnia 2009 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy Zakład „P”. W wyniku przeprowadzonych z ww. wykonawcą negocjacji dniu 4 maja 2009 r. została zawarta umowa .../2009 na kwotę 93.680,00 zł brutto.

Termin realizacji zamówienia ustalono na: rozpoczęcie – 4 maja 2009 r., zakończenie – 15 czerwca 2009 r. Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał, że w związku z możliwością ubiegania się o dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej w ramach RPO WSL na lata 2007 – 2013 dla zadania „Przebudowa drogi powiatowej K – Z” zwrócił się do Wydziału Architektury Starostwa Powiatowego w K. o wznowienie decyzji pozwolenia na budowę. Jednak okazało się, że wznowienie decyzji wymaga aktualizacji całego projektu budowlanego. W składanym wniosku o dofinansowanie należało przedstawić warunki uwzględnione w nowym (zaktualizowanym) projekcie budowlanym, wobec czego aktualizację projektu należało zlecić w trybie pilnym. Ponadto uzyskanie pozwolenia na budowę wymagało posiadania aktualnych kosztorysów inwestorskich, przedmiarów oraz dokumentacji projektowej. Dokumentacja, którą posiadał zamawiający straciła ważność, gdyż była wykonana w 2001 i 2003 r., tak więc nie spełniała wymagań obowiązujących przepisów prawnych. Nieaktualne stały się uzyskane do projektu opinie, uzgodnienia i decyzje.

W związku z powyższym oraz z faktem, iż szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 90 000,00 zł w ocenie zamawiającego, „należało w trybie pilnym wykonać powyższą aktualizację całego projektu – co skutkowało zastosowaniem trybu z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp)”.

Dodatkowo zamawiający zaznaczył, że w projekcie „Przebudowa drogi K – H” nastąpiły zmiany w kilometrażu, wynikające z faktu, że w miejscowości K. w 2004 r. zostały wykonane 485 mb nowej nakładki, która nie została uwzględniona w nowym projekcie. Zaoszczędzone środki przeznaczono na przedłużenie zakresu inwestycji o ok. 700 mb w kierunku gminy K.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że zamawiający w przesłanych w toku kontroli wyjaśnieniach i dokumentach nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia zostały spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, nie można uznać, że konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia nie można było przewidzieć. Jak wskazał zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 12 sierpnia 2011 r. nabór wniosków o dofinansowanie projektu trwał od 23 maja 2008 r. Zatem co najmniej od maja 2008 r. zamawiający mógł powziąć informację o możliwości ubiegania się o dofinansowanie oraz o wymogach, jakie należało w tym celu spełnić (w tym przypadku aktualizacja dokumentacji projektowej). Należy zauważyć, że aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, przesłanka konieczności wykonania zamówienia musi wynikać z wystąpienia zdarzenia, którego nie można było wcześniej przewidzieć. W świetle orzecnictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zdarzeniami takimi są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powódzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Nie można natomiast uznać za nieprzewidywalne działania lub zaniechania organów publicznych w przypadku, gdy realizacja danego zamówienia uzależniona jest od spełnienia pewnych dodatkowych obowiązków, np. uzyskanie pozwolenia lub zatwierdzenia przez inne organy publiczne, które ponadto mogą czasami również wyznaczyć termin realizacji zamówienia publicznego. Jednocześnie, potrzeba udzielenia zamówienia publicznego nie może być wywołana działaniem lub zaniechaniem organów państwa.

Należy ponadto zauważyć, że możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie jest jedynie uprawnieniem, nie ma charakteru obligatoryjnego. Dlatego też, chęć skorzystania z takiej możliwości nie może powodować ominięcia wyrażonej w art. 7 ustawy zasady uczciwej konkurencji, poprzez odejście od podstawowych trybów udzielania zamówienia. W szczególności, nie jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy obowiązek wykonania zamówienia na aktualizację projektu, który stał się warunkiem umożliwiającym złożenie ww. wniosku powinien być znany zamawiającemu od wielu miesięcy. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne, zmierzające do udzielenia zamówienia publicznego są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich wynikających z prawa obowiązków związanych z udzielaniem zamówienia, takich jak zachowanie terminów. Zamawiający musi brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat braku wypełniania zobowiązań i w toku postępowania nie może powoływać się na działania lub zaniechania innego organu, w celu uzasadnienia naruszenia prawa⁴.

Wobec powyższego nie może być okolicznością usprawiedliwiającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki fakt, iż wznowienie decyzji o pozwoleniu na budowę wymaga aktualizacji całego projektu budowlanego. Jest to bowiem okoliczność, którą zamawiający powinien był przewidzieć, szczególnie w sytuacji, gdy przewidując ubieganie się o dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej w 2009 r. dysponował dokumentacją z lat 2001 i 2003 i miał świadomość, że wobec poczynionych w międzyczasie inwe-

⁴ *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki* (opracowane przez Urząd Zamówień Publicznych zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej, przyjęte przez Komitet Europejski Rady Ministrów w dniu 17.11.2006r., str. 4.

stycji jest ona już nieaktualna. Tym bardziej ww. okoliczność była nieprzewidywalna, skoro nabór wniosków o dofinansowanie trwał od maja 2008 r.

Po drugie, należy podkreślić, że w przedmiotowej sprawie nie zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przyjmuje się, że **natychmiastowe wykonanie** zamówienia oznacza konieczność jego realizacji **szybciej niż pilnie**, czyli właściwie **z dnia na dzień**. Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na cel trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jest nim potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. W przedmiotowym stanie faktycznym, zamawiający nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności. Chęć uzyskania dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej, nie stanowi bowiem interesu w ww. rozumieniu, tym bardziej, że zamawiający wszczął postępowanie w terminie 11 miesięcy od daty ogłoszenia naboru wniosków. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że nabór trwał do grudnia 2009 r., a zatem zamawiający dysponował czasem 18 miesięcy na udzielenie i realizację ww. zamówienia, a licząc nawet od dnia zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki (tj. od 4.05.2009 r.) czasem ok. 8 miesięcy. Oznacza to, że czas, jakim dysponował zamawiający nie wymuszał wykonania zamówienia w trybie natychmiastowym, a zatem nie została spełniona przesłanka zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Po trzecie, nie sposób zgodzić się z argumentem zamawiającego, że w przedmiotowej sprawie nie można było zachować terminów określonych dla innych, konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia. Należy ponownie podkreślić, że nabór wniosków o dofinansowanie projektów drogowych w ramach poddziałania 7.1.2 RPO WSL miał miejsce od dnia 23 maja 2008 r. do dnia 31 grudnia 2009 r. Co więcej należy stwierdzić, że nawet w przypadku wszczęcia postępowania w dniu 4 maja 2009 r. (dzień podpisania umowy z wykonawcą w kontrolowanym postępowaniu) zamawiający nadal miał możliwość przeprowadzenia go w trybie konkurencyjnym. Przykładowo można podać następujący harmonogram przetargu nieograniczonego:

- 4 maja 2009 r. – zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- 18 maja 2009 r. – otwarcie ofert;
- 8 czerwca 2009 r. – wybór najkorzystniejszej oferty;
- 19 czerwca 2009 r. – zawarcie umowy.

Zamawiający miał zatem wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania i zawarcie umowy w trybie konkurencyjnym.

O możliwości realizacji postępowania zgodnie z ww. zaproponowanym harmonogramem świadczy również średni czas trwania przetargów nieograniczonych na usługi o wartości niższej od tzw. progów unijnych, który w 2009 r. wynosił 33 dni⁵.

Należy zwrócić również uwagę na fakt, że termin realizacji kontrolowanego zamówienia, zgodnie z § 2 umowy został wyznaczony następująco: rozpoczęcie – 4 maja 2009 r., zakończenie – 15 czerwca 2009 r., co oznacza, że realizacja zamówienia trwała 42 dni. Zatem nawet zawarcie umowy w dniu 19 czerwca 2009 r. (jak w powyższym przykładowym harmonogramie) skutkowałoby wykonaniem przedmiotu zamówienia w dniu 31 lipca 2009 r., a tym samym dawało zamawiającemu możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie projektu przed wyznaczonym na 31 grudnia 2009 r. terminem składania wniosków o dofinansowanie projektów.

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępnie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz zasadę prymatu trybów konkurencyjnych, o której mowa w art. 10 ustawy Pzp.

Przykład nr 3 (KN/8/12)

W toku kontroli stwierdzono, że zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp na „wykonanie pełnej dokumentacji aplikacyjnej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Priorytet XII Bezpieczeństwo zdrowotne i poprawa efektywności systemu ochrony zdrowia, działanie 12.2 Inwestycje w infrastrukturę ochrony zdrowia o znaczeniu ponadregionalnym na potrzeby Instytutu X”.

Wybór trybu zamawiający uzasadniał w sposób następujący: „w dniu 21.01.2009 r. Dyrekcja podjęła decyzję o złożeniu kolejnych wniosków aplikacyjnych do działania 12.2 POIiŚ. Podstawą podjęcia decyzji była informacja o uzyskaniu wszystkich danych i dokumentów niezbędnych do sporządzenia studium wykonalności i wniosku aplikacyjnego. W związku z powyższym istnieje pilna potrzeba przygotowania do dnia 30 stycznia br. wniosków aplikacyjnych”. Postępowanie wszczęto w dniu 23.01.2009 r. poprzez przekazanie zaproszenia do podpisania umowy wykonawcy D. S.A.

W dniu 29.01.2009 r. została zawarta umowa .../2009 na kwotę 109 800,00 zł brutto.

Zamawiający wyjaśniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w piśmie do Prezesa Urzędu z dnia 03.02.2012 r. wskazał, że konkurs nr 3/2008 dawał Instytutowi szansę uzyskania dofinansowania w kwocie blisko 20 mln zł na projekty dotyczące modernizacji pomieszczeń i sprzętu medycznego dwóch z najważniejszych komórek organizacyjnych Instytutu X tj. Bloku Operacyjnego „A” oraz Zakładu Diagnostyki Obrazowej, zapewniających prawidłowe funkcjonowanie pozostałych komórek medycznych Instytutu. Zamawiający ponadto wskazał, że była to kluczowa sprawa z uwagi na znaczne zużycie infrastruktury zapewniającej prawidłowe świadczenie usług medycznych pacjentom, jak również ze względu na brak możliwości sfinansowania tych inwestycji ze środków własnych czy też innych programów unijnych lub pomocowych. Dyrekcja otrzymała informację, że konkurs ten będzie ostatnim konkursem w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, w ramach którego możliwe będzie sfinansowanie planowanych działań. Zamawiający stwierdził w swoich wyjaśnieniach, że w okresie kiedy został ogłoszony konkurs nr 3/2008 i prowadzone było postępowanie na wybór wykonawcy dokumentacji aplikacyjnej, Instytut nie posiadał w swojej strukturze komórki organizacyjnej odpowiedzialnej za monitorowanie konkursów unijnych oraz weryfikację warunków formalno-prawnych związanych z przystąpieniem do konkursu. Z uwagi na trudną sytuację finansową Instytut doraźnie korzystał ze wsparcia firm zewnętrznych w tym zakresie. Zamawiający poinformował ponadto, że informacja o możliwości przystąpienia do konkursu została przekazana Dyrekcji Instytutu z końcem miesiąca grudnia 2008 r., zaś w dniu 21.01.2009 r. ustalono ostatecznie możliwość zgromadzenia wszystkich niezbędnych dokumentów i informacji celem sporządzenia dokumentacji aplikacyjnej, co stanowiło dla zamawiającego podstawę uruchomienia procedury wyboru wykonawcy. Zamawiający wskazał ponadto, że zastosowanie innego niż wybrany przez zamawiającego trybu w zakresie przygotowania studium wiązałyby się z brakiem możliwości złożenia wniosku o dofinansowanie w terminie określonym w konkursie, tj. 02.02.2009 r., a tym samym utratę możliwości uzyskania dofinansowania.

Mając na uwadze powyższe należy podnieść, że zamawiający w przesłanych w toku kontroli wyjaśnieniach i dokumentach nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia zostały spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, nie można uznać, że konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia nie można było przewidzieć. Jak wskazano w opinii Instytucji Kontrolującej z dnia 21.11.2011 r. ogłoszenie konkursu na-

stąpiło dnia 03.11.2008 r. zaś nabór wniosków o dofinansowanie projektu trwał od 04.12.2008 r. do 02.02.2009 r. Zatem od listopada 2008 r. zamawiający mógł powziąć informację o możliwości ubiegania się o dofinansowanie oraz o wymogach, jakie należało w tym celu spełnić (w tym przypadku przygotowanie studium wykonalności i wniosku aplikacyjnego). Jak wskazano już wyżej, aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, przesłanka konieczności wykonania zamówienia musi wynikać z wystąpienia zdarzenia, którego nie można było wcześniej przewidzieć. (...) Nie stanowi takiej okoliczności fakt, że zamawiający nie posiadał w tym okresie w swojej strukturze komórki organizacyjnej odpowiedzialnej za monitorowanie konkursów unijnych oraz weryfikację warunków formalno-prawnych związanych z przystąpieniem do konkursu, na co powołuje się zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 03.02.2012 r. przesłanych do Prezesa Urzędu. Nie może być także okolicznością uzasadniającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki fakt, iż dopiero w dniu 21.01.2009 r. ustalono ostatecznie możliwość zgromadzenia wszystkich niezbędnych dokumentów i informacji celem sporządzenia dokumentacji aplikacyjnej. Jak bowiem wskazano już wyżej, informacja o ogłoszeniu konkursu była dostępna od listopada 2008 r.

Należy ponadto zauważyć, że możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie jest jedynie uprawnieniem, nie ma charakteru obligatoryjnego. Dlatego też, chęć skorzystania z takiej możliwości nie może powodować ominięcia wyrażonej w art. 7 ustawy zasady uczciwej konkurencji, poprzez odejście od podstawowych trybów udzielania zamówienia. W szczególności, nie jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy zakres wymaganych wraz z wnioskiem aplikacyjnym dokumentów oraz termin ich złożenia powinien i mógł być znany zamawiającemu od wielu miesięcy.

Po drugie, należy podkreślić, że w przedmiotowej sprawie nie zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. (...). Chęć uzyskania dofinansowania ze środków Unii Europejskiej, nie stanowi bowiem interesu w ww. rozumieniu. W szczególności nie można przyjąć, że wykonanie dokumentacji aplikacyjnej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko służyło „natychmiastowej” ochronie życia lub zdrowia, lub innych ważnych interesów.

Po trzecie, nie sposób zgodzić się z argumentem zamawiającego, że w przedmiotowej sprawie nie można było zachować terminów określonych dla innych, konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia. W stanie prawnym obowiązującym w tym okresie, ustawa Pzp określała obowiązek wyznaczenia terminu nie krótszego niż 7 dni w przypadku dostaw i usług na składanie ofert w przetargu nieograniczonym o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Nawet biorąc pod uwagę jedynie okres naboru wniosków, który trwał od 04.12.2008 r. do 02.02.2009 r., tj. 60 dni, w przedmiotowej sytuacji nie zachodziła przesłanka niemożności zastosowania terminów właściwych dla przetargu nieograniczonego.

O możliwości realizacji postępowania z zachowaniem zasady prymatu trybów konkurencyjnych świadczy również średni czas trwania przetargów nieograniczonych na usługi o wartości niższej od tzw. progów unijnych, który w 2009 r. wynosił 33 dni⁶. Biorąc pod uwagę, że oferta wykonawcy D. S.A. została przygotowana dnia 09.01.2009 r., zaś umowa o zamówienie publiczne została podpisana dnia 29.01.2009 r. a termin realizacji został określony na dzień 30.01.2009 r., istnieje duże prawdopodobieństwo, że przy zachowaniu należytej staranności zamawiający byłby zdolny przeprowadzić procedurę otwartą w terminach określonych w obowiązującym stanie prawnym.

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz zasadę prymatu trybów konkurencyjnych, o której mowa w art. 10 ustawy Pzp.

Przykład nr 4 (KN/17/12)

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, zamawiający wszczął w grudniu 2010 r. postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę *zarządzania projektem oraz przeprowadzenie szkoleń w ramach projektu: „Profesjonalizm Urzędów = Satysfakcja Mieszkańców Powiatu S.”*. W postępowaniu tym wybrano ofertę wykonawcy R. Sp. z o.o. z ceną 348 336,00 zł brutto (ofertę złożył także wykonawca A. s.c. z ceną brutto 439 120,00 zł).

W dniu 25.01.2011 r. została zawarta umowa Nr .../10 pomiędzy zamawiającym a wykonawcą R. Sp. z o.o., której przedmiotem było:

- zarządzanie projektem partnerskim od stycznia 2011 do 31 grudnia 2012 r.;
- przeprowadzenie szkoleń specjalistycznych dla 60 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego przygotowujących decyzje administracyjne w tym zakresie – termin wykonania zajęć od 01.02.2011 r. do 30.06.2011 r.;
- przeprowadzenie szkoleń specjalistycznych dla 24 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego na kierowniczych stanowiskach urzędniczych, w tym komunikacja i negocjacje, autoprezentacja i budowanie wizerunku, zarządzanie czasem i archiwizacją dokumentów, ustawa o ochronie informacji niejawnych, zamówienia publiczne, zarządzanie zasobami ludzkimi, metodyka i tworzenie prawa miejscowego – termin wykonania zajęć od 01.08.2011 r. do 31.12.2011 r.;
- przeprowadzenie szkoleń ogólnych i specjalistycznych dla 72 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego wg potrzeb stanowiska pracy – termin wykonania zajęć od 01.01.2012 r. do 31.12.2012 r.

Zgodnie z § 9 pkt 1b) ww. umowy, zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonywania umowy.

Jak wyjaśnił zamawiający, wykonawca R. Sp. z o.o. nie realizował przedmiotu zamówienia zgodnie z podpisaną umową o dofinansowanie, zatwierdzonym wnioskiem o dofinansowanie projektu oraz wytycznymi w zakresie wdrażania projektów PO KL. W piśmie z dnia 30.03.2011 r. skierowanym do ww. wykonawcy zamawiający przedstawił zastrzeżenia do realizacji projektu obejmujące: brak koordynowania prac całego partnerskiego projektu, brak wyodrębnienia i zakupu sprzętu do biura projektu, brak monitoringu rezultatów twardych i miękkich w projekcie, brak dokumentów rekrutacyjnych niezbędnych do dokumentacji procesu rekrutacji zgodnego z zasadą równych szans, kryteriami kwalifikowalności uczestników oraz obowiązku zniesienia wkładu własnego oraz brak oświadczeń podmiotów wypłacających o poniesionych kosztach wynagrodzenia delegowanych pracowników proporcjonalnie do czasu szkolenia.

W dniu 05.04.2011 r. na mocy porozumienia między zamawiającym a wykonawcą R. Sp. z o.o. doszło do rozwiązania umowy .../10. Zamawiający zobowiązał się zapłacić wykonawcy wynagrodzenie wynikające z dwóch faktur w wysokości 10 267, 82 zł brutto pomniejszonej o wysokość odsetek za zwłokę wynikających z niewykonania do końca pierwszego kwartału 2011 r. 70% I transzy dotacji na cel związany z realizacją projektu.

Następnie zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zarządzanie projektem oraz przeprowadzenie szkoleń w ramach projektu: „Profesjonalizm Urzędów = Satysfakcja Mieszkańców Powiatu S.”*, w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią umowy Nr.../2011 zawartej w dniu 21.04.2011 r. z wykonawcą A. s.c., przedmiotem kontrolowanego zamówienia było:

- zarządzanie projektem partnerskim od 21.04.2011 do 31.12.2012 r., zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie nr POKL 05.02.01-00-076/10 stanowiącym załącznik do umowy;
- przeprowadzenie szkoleń specjalistycznych dla 60 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego przygotowujących decyzje administracyjne w tym zakresie – termin wykonania zajęć od 21.04.2011 r. do 30.06.2011 r. zgodnie z ww. wnioskiem o dofinansowanie;

- przeprowadzenie szkoleń specjalistycznych dla 24 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego na kierowniczych stanowiskach urzędniczych, w tym komunikacja i negocjacje, autoprezentacja i budowanie wizerunku, zarządzanie czasem i archiwizacją dokumentów, ustawa o ochronie informacji niejawnych, zamówienia publiczne, zarządzanie zasobami ludzkimi, metodyka i tworzenie prawa miejscowego – termin wykonania zajęć od 01.08.2011 r. do 31.12.2011 r.;
- przeprowadzenie szkoleń ogólnych i specjalistycznych dla 72 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego wg potrzeb stanowiska pracy – termin wykonania zajęć od 01.01.2012 r. do 31.12.2012 r.

Pismem z dnia 27.05.2011 r. zamawiający uzasadniając zastosowanie do udzielenia przedmiotowego zamówienia trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wyjaśnił, że po przeprowadzeniu wewnętrznego audytu oraz kontroli stwierdzono, iż wykonawca R. Sp. z o.o. nie wywiązywał się z umowy i dalsza realizacja zamówienia przez tego wykonawcę nie była możliwa. *„Rozwiązanie umowy z dotychczasowym wykonawcą nie nastąpiło z winy zamawiającego, ale przyczyna leżała po stronie dotychczasowego wykonawcy, który nie wywiązywał się z umowy w takim stopniu, że dalsza realizacja zamówienia nie była możliwa. W związku z powyższym nie było możliwe wypełnienie obowiązków umowy o dofinansowanie projektu... W przypadku dalszej realizacji zamówienia przez wykonawcę – R. Sp. z o.o. oraz jej błędnego zarządzania, budżet dla zadania 2 z projektu zostałby przekroczony o 43% co jest niezgodne z zapisami umowy § 25 umowy o dofinansowanie podpisanej z MSWiA i w konsekwencji doprowadziłoby do rozwiązania przez MSWiA umowy...”*

Ponadto zamawiający wyjaśnił, iż natychmiastowe wykonanie zamówienia stało się konieczne ze względu na ryzyko rozwiązania umowy o dofinansowanie ze strony MSWiA, bowiem zgodnie z § 26 ww. umowy może ona ulec natychmiastowemu rozwiązaniu, gdy projekt jest realizowany niezgodnie z umową oraz gdy beneficjent przekaże środki na inny cel, a także gdy beneficjent zaprzestał realizacji Projektu lub realizuje projekt w sposób niezgodny z umową.

Zamawiający dodał, iż wybór nowego wykonawcy był podyktowany także niemożliwością zachowania terminów określonych dla innych trybów, jak i wcześniej zorganizowanym postępowaniem w trybie przetargu nieograniczonego, w którym została wyłoniona firma R. Sp. z o.o., a kolejnym wykonawcą, który zajął drugie miejsce była firma A. s.c.

Mając powyższe na względzie, podkreślenia wymaga fakt, iż przedstawione przez zamawiającego wyjaśnienia nie dają podstaw do uznania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z zaistnieniem sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć. Rozwiązanie umowy przez zamawiającego z uwagi na nienależyte jej wykonywanie nie może bowiem uzasadniać zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkowość sytuacji, której nie można było przewidzieć.

Okoliczności nieprzewidywalne to m.in. zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. W literaturze przedmiotu do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. W niniejszej sprawie nie można uznać, że rozwiązanie umowy z wykonawcą miało charakter okoliczności wyjątkowej i nieprzewidywalnej.

Na brak możliwości ewentualnego uznania faktu rozwiązania umowy – za wyjątkową oraz nieprzewidywalną sytuację uzasadniającą zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje również fakt, że w § 9 pkt 1b) umowy Nr AB.342-14/10 z dnia 25.01.2011 r. zamawiający przewidział sytuację nienależytego wykonywania tej umowy oraz możliwość jej rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym. Tak więc w świetle ww. zapisów w niniejszej sprawie nie może być mowy o sytuacji wyjątkowej i niemożliwej do przewidzenia.

Należy także zauważyć, iż Umowa o dofinansowanie przedmiotowego projektu (UDA-POKL.05.02.01-00-076/10-00) zawarta między Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji a Powiatem S. w dniu 31.01.2011 r. w § 25 (Zmiany w Projekcie) stanowiła, iż:

1. *Beneficjent może dokonywać zmian w Projekcie pod warunkiem ich zgłoszenia w formie pisemnej Instytucji Wdrażającej (Instytucji Pośredniczącej II stopnia) nie później niż na 1 miesiąc przed planowanym zakończeniem realizacji Projektu oraz przekazania aktualnego wniosku i uzyskania pisemnej akceptacji Instytucji Wdrażającej (Instytucji Pośredniczącej II stopnia) w terminie 15 dni roboczych, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3. Akceptacja, o której mowa w zdaniu pierwszym, dokonywana jest w formie pisemnej i nie wymaga aneksu do niniejszej umowy.*
2. *Beneficjent może dokonywać przesunięć w budżecie projektu określonym we wniosku o sumie kontrolnej: DFC1-993F-5792-F403 do 10% wartości środków w odniesieniu do zadania, z którego przesuwane są środki jak i do zadania, na które przesuwane są środki w stosunku do zatwierdzonego wniosku bez konieczności zachowania wymogu, o którym mowa w ust. 1 (...).*

Powyższe oznacza, iż w ww. umowie przewidziano możliwość zmian, co w przypadku dopełnienia przez zamawiającego określonych obowiązków pozwalało na zachowanie przyznanego dofinansowania.

Ponadto, z § 26.1.4 (Rozwiązanie umowy) przedmiotowej umowy wynika, że podstawą do rozwiązania umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym była okoliczność, iż *beneficjent ze swojej winy nie rozpoczął realizacji Projektu w ciągu 3 miesięcy od ustalonej we wniosku początkowej daty okresu realizacji Projektu, zaprzestał realizacji Projektu lub realizuje go w sposób niezgodny z niniejszą umową*. Jak wynika z okoliczności sprawy, rozwiązanie umowy Nr AB.342-14/10 z dnia 25.01.2011 r. nastąpiło z winy wykonawcy, zatem w świetle powyższego zapisu nie istniało ryzyko rozwiązania umowy o dofinansowanie.

Powyższe oznacza, że dokonanie ewentualnych zmian w procesie realizacji projektu, było możliwe pod warunkiem spełnienia określonych wymogów i nie stanowiło okoliczności wyjątkowej i nieprzewidywalnej, jak też nie groziło utratą dofinansowania.

Kolejną przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest też potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia. Na podstawie tego przepisu dopuszczalne jest zatem udzielenie zamówień tylko w takim zakresie, który jest niezbędny do zapobieżenia zagrożeniu, np. ochrony życia i zdrowia, znacznej szkody majątkowej, czy ochrony środowiska. Z pewnością usługa zarządzania projektem i prowadzenia szkoleń nie służy ochronie tak ważnych interesów, zatem nie musi być wykonana natychmiast. Ewentualna utrata środków finansowych w przypadku niedochowania terminów zawartych w umowie o dofinansowaniu projektu (niezależnie od faktu, że w istocie zagrożenie takie nie istniało, co wykazano powyżej), również nie powoduje natychmiastowej konieczności wykonania zamówienia, która zwalnia zamawiającego z całkowitego odstąpienia od zasad uczciwej konkurencji, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ponadto ważnym jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają bowiem natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym, ale nie wymagającym podejmowania działań natychmiastowych, ustawodawca przewidział bowiem inny niż wolna ręka tryb (negocjacje bez ogłoszenia). Art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, czyli pilnej potrzeby zawarcia umowy z wykonawcą (przepis ten nie odnosi się do czasu trwania realizacji zamówienia), natomiast art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia, czyli jego realizacji niemal „z dnia na dzień”. Zawarcie umowy na ponad rok i 8 miesięcy oznacza, że od początku nie było mowy o natychmiastowej realizacji zamówienia.

Ponadto należy zauważyć, że z danych zawartych w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2010 roku” (str. 23) wynika, że przeciętny czas trwania postępowania o wartości nie przekraczającej progów UE (publikowanego w Biuletynie Zamówień Publicz-

nych), liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy wskazanej w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia w 2010 r. wyniósł 33 dni (w 2009 – 37 dni, w roku 2008 – 36 dni). W przypadku przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia na usługi czas ten wyniósł w 2010 r. zaledwie 30 dni. Powyższe potwierdza także faktyczny czas trwania postępowania prowadzonego przez zamawiającego pierwotnie w trybie przetargu nieograniczonego – 27 dni (od 29.12.2010 r. do 25.01.2011 r.).

Powyższe oznacza, iż gdyby zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na przedmiotowe usługi w dniu 1 kwietnia 2011 r. (tj. bezpośrednio po powzięciu informacji o nieprawidłowym wykonywaniu zamówienia przez R. Sp. z o.o.), umowę w sprawie zamówienia mógłby podpisać już pod koniec tego miesiąca lub na początku maja (a zatem zaledwie kilka dni później niż miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu – 21 kwietnia 2011 r.).

W związku z czym w przedmiotowej sprawie nie została także spełniona przesłanka niemożności dochowania terminów właściwych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

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

Przykład nr 5 (KND/47/10)

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na wywóz śniegu z terenu gminy Ź. będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Z ustaleń Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że umowa której przedmiotem było zdjęcie hałd śniegu z chodników przyległych do drogi i poboczy, załadunek mas śniegu i błota pośniegowego na samochody, a następnie wywiezienie i wyładowanie śniegu w miejsca wskazane przez zamawiającego, została zawarta na okres 47 dni, tj. od dnia 12 stycznia 2010 r. do dnia 28 lutego 2010 r., przy czym na miesiąc luty 2010 r. przewidziano wykonywanie przedmiotowej usługi przez 4 dni.

W uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający wskazał na okoliczność, że usługa wywiezienia śniegu z terenu gminy Ź. nie była wykonywana przez ostatnie 10 lat, dlatego też umowa na zimowe utrzymanie dróg gminnych zawarta z wykonawcą M. Sp. z o.o. zawarta w miesiącu grudniu 2009 r. nie obejmowała wykonywania ww. usługi. Zamawiający nie przewidywał wystąpienia sytuacji, w której wykonanie takiej usługi okaże się niezbędne ze względu na niebezpieczeństwo podtopienia budynków. W miesiącu styczniu z uwagi na intensywne opady śniegu, które sparaliżowały miasto i gminę, zaszła potrzeba natychmiastowego wywiezienia śniegu z newralgicznych punktów na terenie miasta, z uwagi na brak w centrum miasta kanalizacji deszczowej, co przy odwilży dużych mas zgromadzonego śniegu mogłoby doprowadzić do podtopienia budynków położonych bezpośrednio przy ul. Narutowicza, Kilińskiego i Pl. 29-go listopada. Ponadto zamawiający poinformował, że w zaistniałej sytuacji nie dysponował dostateczną ilością czasu nie tylko do przeprowadzenia postępowania rozpoczynającego się ogłoszeniem, ale nawet do przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dla którego ustawa nie przewiduje żadnego terminu na czynności zamawiającego.

Analiza dokumentów i wyjaśnień zamawiającego nie pozwala na stwierdzenie, że zasadnie zastosowano w przedmiotowej sprawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie nie mamy bowiem do czynienia z zaistnieniem przesłanki dotyczącej okoliczności, której nie dało się wcześniej przewidzieć. (...).

90 Trudno uznać za nieprzewidywalną sytuację, gdy w miesiącu styczniu ze względu na opady śniegu, wy-

magane jest wywiezienie śniegu zalegającego na ulicach, bowiem zjawiska takie w sezonie zimowym są charakterystyczne dla strefy klimatycznej, w której leży Polska. Zamawiający, jako podmiot odpowiedzialny za kształt dokumentacji przetargowej, na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym, winien był dołożyć należytej staranności i określić przedmiot zamówienia w taki sposób, by odpowiadał on jego przyszłym, potencjalnym potrzebom.

W tym miejscu należy wskazać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lipca 2002 r. (sygn. akt. II SA 756/02), w którym stwierdzono, co następuje: „*W polskich warunkach klimatycznych wystąpienie w drugiej połowie grudnia obfitych opadów śniegu trudno traktować jako wyjątkową sytuację, której skarżący nie mógł wcześniej przewidzieć i tym samym zabezpieczyć sobie dostaw soli drogowej w jednym z konkurencyjnych trybów zamówienia publicznego.*” Analogicznie, stwierdzić należy, że wystąpienie w styczniu obfitych opadów śniegu, które w konsekwencji wymagają usunięcia z ulic zalegających hałd śniegu, nie może być traktowane jako sytuacja wyjątkowa, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Tym samym zamawiający mógł zawrzeć umowę obejmującą tę usługę w następstwie przeprowadzonego w trybie konkurencyjnym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do przesłanki stanowiącej, że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, stwierdzić należy, że nie zaistniała ona w niniejszym stanie faktycznym. Przyjmuje się, że natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie”, a więc „właściwie z dnia na dzień”. Przesłanka ta znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. W tym miejscu należy wskazać, że umowa na *wywóz śniegu z terenu gminy Ż.* została zawarta przez zamawiającego na okres 47 dni. O ile dopuścić można argumentację, że wykonanie ww. usługi było niezbędne bezpośrednio po zawarciu umowy przez pewien okres czasu w miesiącu styczniu, o tyle nie sposób zgodzić się z objęciem przez zamawiającego niniejszą umową również usługi wykonywanej w dłuższym okresie czasu, tj. w miesiącu lutym (4 dni). Stwierdzić należy, że pomiędzy wykonywaniem usługi w miesiącach styczniu i lutym nastąpiła przerwa (**vide** treść aneksu z dnia 22.01.2010 r., w którym ustalono, że sprzęt wyszczególniony w umowie z dnia 12.01.2010 r., pracować będzie w styczniu maksymalnie 10 dni oraz 4 dni w lutym), zaś okoliczności wykonania ww. usługi wywozu śniegu, tj. w etapach, nie stanowią argumentacji dla spełnienia przesłanki potrzeby natychmiastowego wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż w przedmiotowej sprawie konieczność udzielenia zamówienia publicznego na wywóz śniegu z terenu gminy Ż. wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, bowiem mógł on przewidzieć, że obfite opady śniegu mogą powodować zaleganie hałd śniegu na ulicach, oraz że niezbędne będzie ich usunięcie celem zapewnienia kierowcom bezpieczeństwa poruszania się po drogach, jak również w celu uniknięcia prawdopodobieństwa wystąpienia podtopień spowodowanych przez wodę pochodzącą z roztopionego śniegu. Zamawiający wyjaśnił, że ustalając przedmiot zamówienia, który nie obejmował swoim zakresem wywozu śniegu, Gmina Ż. wzięła pod uwagę swoje potrzeby z lat poprzednich, kiedy to w okresie ostatniej dekady nie wystąpiły sytuacje uzasadniające zawarcie w przedmiocie zamówienia usługi wywozu śniegu. Powyższa argumentacja zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem mając na uwadze warunki klimatyczne panujące w Polsce, a zwłaszcza występujące w ostatnich latach mroźne i śnieżne zimy, zamawiający powinien był przewidzieć, że potrzeba wywiezienia zalegającego śniegu może wystąpić, a tym samym powinien był zabezpieczyć wykonanie takiej usługi w umowie na usługę odśnieżania i zwalczania gołoledzi w sezonie zimowym 2009/2010 zawartej z wybranym wykonawcą w grudniu 2009 r. Tym samym, zamawiający przy zachowaniu należytej staranności przy ustaleniu zakresu usługi odśnieżania i zwalczania gołoledzi dla Gminy Ż. w sezonie zimowym 2009/2010 mógł zachować terminy określonych dla innych, konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniającej do zastosowania trybu zamówienia

z wolnej ręki. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie. Ponadto zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych, naruszył także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

Przykład nr 6 (KND/75/11)

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na wykonanie robót ogólnobudowlanych remontowych w ramach umowy nr .../2010, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający wskazał na okoliczność zwiększenia limitu przyjęć na studia zawodowe na kierunku pielęgniarstwo i położnictwo wynikające z rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12.07.2010 r. w sprawie limitów przyjęć na studia medyczne w roku akademickim 2010/2011 oraz liczbę zarejestrowanych na te kierunki kandydatów. Zamawiający wskazał, iż sytuacji tej nie mógł przewidzieć, gdyż nie po stronie uczelni leży decyzja o zwiększeniu limitów przyjęć. W związku z powyższym, Zamawiający podjął decyzję, iż udzieli zamówienia na realizację robót remontowych wynikających z „Projektu budowlanego modernizacji budynku Wyższej Szkoły ... w R.” w zakresie ograniczonym do zadań: Pracownia Umiejętności Pielęgniarskich – niski parter, Sala wykładowa, Hol i korytarz I piętra, w trybie z wolnej ręki.

W dniu 09.09.2010 r. podpisana została umowa (Nr .../2010) ze Spółdzielnią w R. na wykonanie robót ogólnobudowlanych remontowych. Stosownie do postanowień zawartych w umowie termin rozpoczęcia robót wyznaczony został na dzień 27.09.2010 r. zaś termin zakończenia robót objętych umową na dzień 25.02.2011 r. W trakcie realizacji robót objętych umową wyznaczony został harmonogram prac, według którego przebiegać miała realizacja zadania:

1. Pracownia Umiejętności Pielęgniarskich – niski parter – 30.10.2010 r.,
2. Sala wykładowa:
 - stan przejściowy – audytorium płaskie – 15.10.2010 r.,
 - stan końcowy – audytorium amfiteatralne z klimatyzacją – 15.02.2011 r.,
3. Hol i korytarz I piętra:
 - stan przejściowy – obejmujący sufit, ściany i oświetlenie – 15.10.2010 r.,
 - stan końcowy – 25.02.2011 r.

Powyższa argumentacja, zdaniem zamawiającego, przemawiała za koniecznością udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Prace adaptacyjne związane z dostosowaniem obiektów do celów określonych w zawartej umowie wymagały podjęcia natychmiastowej decyzji o przystąpieniu do realizacji przedmiotowego zadania. W ocenie zamawiającego, ww. okres był zbyt krótki, aby można było zachować terminy określone dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w odniesieniu do zamówienia obejmującego wykonanie robót ogólnobudowlanych remontowych w ramach umowy nr .../2010.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na wymagany cel udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Jest nim potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności.

Należy też zwrócić uwagę, iż harmonogram realizacji zamówienia zamawiający przedstawił wykonawcy w dniu 18.08.2010 r. (protokół nr 1 z negocjacji warunków udzielenia zamówienia). Zgodnie z nim stan przejściowy (sala wykładowa, hol i korytarz I piętra) miał być wykonany do 15.10.2011 r., Pracownia Umiejętności Pielęgniarskich – niski parter do 30.10.2011 r., natomiast stan końcowy, odpowiednio do 15.02.2011 r. (sala wykładowa) i 25.02.2011 r. (hol i korytarz I piętra). W tym kontekście wątpliwości budzi ustalony w umowie (Nr 3R/2010) zawartej pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą – Spółdzielnią w R. późny termin rozpoczęcia robót, tj. 27.09.2010 r. W szczególności w sytuacji, gdy termin realizacji zamówienia do tzw. stanu przejściowego wynosił mniej niż 3 tygodnie (sala wykładowa, hol i korytarz I piętra). Zatem okres pomiędzy zawarciem umowy, a rozpoczęciem prac był równy okresowi wykonania zamówienia do stanu przejściowego (sala wykładowa, hol i korytarz I piętra) i stanowił znaczną część okresu do upływu terminu wykonania Pracowni Umiejętności Pielęgniarskich, a więc tego zakresu zamówienia, który według zamawiającego był niezbędny do prowadzenia zajęć dla zwiększonej liczby studentów. Należy też zwrócić uwagę na ponad miesięczny okres trwania negocjacji pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym (zaproszenie do negocjacji – 30.07.2011 r., udzielenie zamówienia – 09.09.2010 r.). Tym samym, udzielenie zamówienia nastąpiło po ponad miesięcznym okresie od wszczęcia postępowania, a jego realizacja rozpoczęła się prawie po dwóch miesiącach od wszczęcia. Powyższe terminy mają istotne znaczenie w kontekście spełnienia przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, która wymaga konieczności realizacji zamówienia „szybciej niż pilnie”, czyli „z dnia na dzień”. Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać w sytuacjach wyjątkowych wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. W niniejszej sprawie nie można uznać, że mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją, bowiem wyżej opisany stan faktyczny przeczy istnieniu wymogu natychmiastowego wykonania zamówienia. Należy dodać, iż w piśmie Kanclerza WS... z dnia 23.07.2010 r. do Rektora uczelni jako uzasadnienie do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazano termin realizacji zamówienia do 30.10.2010 r., natomiast w umowie termin zakończenia inwestycji został ustalony na 25.02.2011 r.

Zamawiający nie wykazał również, że zaistniała sytuacja stanowi sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć. Należy stwierdzić, iż do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Tym samym, wydanie aktu prawnego przez organ państwowy nie stanowi sytuacji wyjątkowej oraz nieprzewidywalnej albowiem są sytuacjami określonymi w przepisach obowiązującego prawa. Uznanie takiej okoliczności, za wyjątkowe oraz nieprzewidywalne stanowiłoby znaczne poszerzenie zakresu wyjątku, który zgodnie ze wskazanym powyżej orzecznictwem nie powinien być traktowany rozszerzająco.

Reasumując stwierdzić należy, że zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przywoływanych przez siebie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

Przykład nr 7 (KND/29/10)

W dniu 14 listopada 2007 r. zamawiający zawarł z wykonawcą „A” umowę na wykonanie zabezpieczenia muru oporowego przy drodze powiatowej J-K-Z miejscowości K. w ramach usuwania szkód powodziowych z lat 2000/2001 oraz z września 2007, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, iż w dniach 7-8 września 2007 r. miały miejsce gwałtowne opady deszczu, które doprowadziły do dalszego uszkodzenia muru oporowego przy drodze powiatowej J-K-Z, co skutkowało powstaniem lejka (wyrwy) pomiędzy murem oporowym i koroną drogi. Teren osuwiska został

zabezpieczony przez pracowników PZD w Ż., wyrwę ogrodzono i zorganizowano ruch jednym pasem drogi. W okresie wrzesień – październik 2007 r. ruch drogowy na tym odcinku przebiegał bez zakłóceń.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż w dniu 6 września 2007 r. na ten sam przedmiot zamówienia zostało wszczęte postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, które zostało unieważnione w dniu 28 września 2007 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W postępowaniu zostały złożone 2 oferty. Jeden z wykonawców został wykluczony z uwagi na brak spełnienia warunku posiadanego doświadczenia, natomiast oferta drugiego z wykonawców została odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Zawiadomienia o tym fakcie doręczono uczestnikom postępowania dnia 1 października 2007 r., a termin na oprostowanie powyższych czynności upłynął w dniu 8 października 2007 r.

W dniu 5 listopada 2007 r. w czasie inspekcji dróg przez pracownika PZD w Ż. stwierdzono spękania na powierzchni ścian leja wskazujące na realne niebezpieczeństwo dalszego obsunięcia się ziemi i powiększenia istniejącej wyrwy (leja), co zdaniem zamawiającego stwarzało bardzo poważne zagrożenie dla użytkowników drogi.

Zamawiający wyjaśnił, iż o ile konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia na zabezpieczenie muru oporowego, wynikająca z protokołu z dnia 28 września 2007 r. związana była z sygnalizowaną tam potrzebą uniknięcia zamknięcia ww. drogi w okresie zimowym (objazdy), o tyle związane z powstałą wyrwą bezpośrednie zagrożenie dla bezpieczeństwa osób trzecich stwierdzono dopiero na początku listopada 2007 r. To właśnie ta druga okoliczność, tj. realne niebezpieczeństwo powiększenia się istniejącej wyrwy i związane z tym bezpośrednie zagrożenie dla życia i zdrowia użytkowników drogi, stanowiło bezpośrednią przyczynę dla wszczęcia postępowania przetargowego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający wyjaśnił, iż jego zdaniem, w okresie wrzesień – październik 2007 r. skutecznie zabezpieczony lej nie stwarzał bezpośredniego zagrożenia dla bezpieczeństwa ruchu i nie był bezpośrednim zagrożeniem życia użytkowników drogi.

Ponadto, w kolejnym piśmie zamawiający wyjaśnił, że powodem przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki były również zasady finansowania przedmiotowego zadania. Zamawiający tłumaczył, że realizacja przedmiotowego zamówienia była uzależniona od dotacji celowej przyznanej ze środków Skarbu Państwa na usuwanie klęsk żywiołowych. Na wykonanie wnioskowanych zadań (w tym na remont muru oporowego) zostały przyznane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji promesy otrzymania dotacji celowych na łączną kwotę 700 000,00 zł (promesa z dnia 2 kwietnia 2007 r. oraz promesa z dnia 20 czerwca 2007 r.).

W dniu 12 października 2007 r. zamawiający podpisał umowę o przyznanie dotacji z rezerw celowych budżetu państwa na dofinansowanie realizacji ww. zadania. Warunkiem postawionym przez Ministerstwo było zakończenie realizacji dotowanego zadania w terminie do 30 listopada 2007 r. Brak ukończenia realizacji zadania w powyższym terminie skutkowało obowiązkiem zwrotu otrzymanej dotacji.

W przedmiotowym postępowaniu inspekcja dróg przeprowadzona przez pracownika Powiatowego Zarządu Dróg w Ż. w dniu 5 listopada 2007 r., w trakcie której stwierdzono spękania na powierzchni ścian leja wskazujące na „realne niebezpieczeństwo dalszego obsunięcia się ziemi i powiększenia istniejącej wyrwy”, skutkujące bardzo poważnym zagrożeniem dla użytkowników drogi, mająca być uzasadnieniem dla zastosowania dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie uzasadnia ponad miesięcznego okresu przestoju pomiędzy unieważnieniem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 28 września 2007 r., a wszczęciem kolejnego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 14 listopada 2007 r. Zakładając bowiem racjonalizm w działaniu zamawiającego, stopniowa degradacja terenu osuwiska była faktem, który przewidywać się powinno, a inspekcja była jedynie czynnością potwierdzającą stan, którego zamawiający powinien być świadomy przy zachowaniu należytej staranności. Wnioski jakie zostały wysunięte w wyniku inspekcji nie stanowiły istotnego *novum* – były możliwe do przewidzenia już w dniu

28 września 2007 r., a więc w dniu stwierdzenia uszkodzenia muru oporowego. W związku z powyższym już od momentu sporządzenia protokołu z dnia 28 września 2007 r. w interesie zamawiającego leżało jak najszybsze przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku unieważnienia postępowania, tak jak w niniejszej sprawie – niezwłoczne wszczęcie kolejnego postępowania mającego na celu wyłonienie najkorzystniejszej oferty, skutkującego podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, następstwem której byłoby przywrócenie w pełni funkcjonalności drogi powiatowej J-K-Z. Ponadto w ww. protokole zawarte jest sformułowanie, iż „należy w trybie natychmiastowym usunąć powstałe zagrożenia”. Wobec tego sytuacja stwierdzona w czasie inspekcji drogi w dniu 5 listopada 2007 r. była możliwa do przewidzenia po gwałtownych opadach deszczu w dniach 7 i 8 września 2007 r., a najpóźniej w dniu sporządzenia ww. protokołu, tj. w dniu 28.09.2007 r.

Powyższa sytuacja wynikała z braku wcześniejszego podjęcia przez zamawiającego odpowiednich prac remontowych muru oporowego. Prace te nie zostały podjęte w wyniku m.in. braku niezwłocznego wszczęcia kolejnego, po unieważnionym w dniu 28.09.2007 r., postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na ten przedmiot.

Zatem sytuacja w dniu wszczęcia postępowania, tj. w dniu 14.11.2007 r., w trybie zamówienia z wolnej ręki, wbrew przywoływanemu przez zamawiającego jako podstawa wszczęcia postępowania brzmieniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Z tych też względów należy wyrazić przekonanie, że nie istnieją uzasadnione powody, dla których zamawiający przez tak długi okres, tj. do dnia wszczęcia w dniu 14 listopada 2007 r. postępowania z wolnej ręki, wstrzymywał się z wszczęciem kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nawet pomimo faktu, iż w okresie wrzesień – październik 2007 r. na skutek zabezpieczenia terenu osuwiska przez pracowników Powiatowego Zarządu Dróg w Ż. ruch drogowy na tym odcinku przebiegał bez zakłóceń. Wykonane zabezpieczenie stanowiło jedynie środek doraźny, a nie docelowy, jakim powinno być przeprowadzenie robót naprawczych przez wykonawcę wyłonionego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy więc stwierdzić, iż ww. okoliczności faktyczne sprawy nie materializują przesłanki natychmiastowości wyrażonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Również zasady finansowania przedmiotowego zadania nie materializują przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, tj. wyjątkowości sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W dniach 2 kwietnia 2007 r. oraz 20 czerwca 2007 r. na wykonanie wnioskowanych zadań (w tym na remont muru oporowego) zostały przyznane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji promesy otrzymania dotacji celowych na łączną kwotę 700 000,00 zł. Obowiązek wydatkowania środków przyznanych w ramach dotacji celowej w terminie wskazanym w umowie przyznającej dotację nie stanowi wystarczającej przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Nie ulega wątpliwości fakt, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania postępowania w sposób należyty, uwzględniający wszystkie okoliczności tak prawne jak i faktyczne mogące mieć wpływ na sposób realizacji danego zamówienia publicznego. Nie można zatem uznać, iż udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki nastąpiło w wyniku wystąpienia wyjątkowej sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, w związku z czym wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia. 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 Prawo zamówień publicznych. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie. Jednocześnie należy podkreślić, iż wykonawca wybrany w trybie zamówienia z wolnej ręki nie był poddany żadnej weryfikacji pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu ani nie był zobowiązany do złożenia oferty zgodnej z przedmiarem robót. Tymczasem unieważnienie postępowania prowadzonego wcześniej w trybie przetargu nieograniczonego spowodowane było brakiem ważnych

ofert niepodlegających odrzuceniu. Tym bardziej więc zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, co jest uprzywilejowanym sposobem wyboru wykonawcy, w okolicznościach faktycznych sprawy prowadziło do obejścia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki
na podst. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp⁷
– przykłady naruszeń wykrywanych w toku
kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP**

Informator nr 5/2013

⁷ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.).

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Przepis statutowany w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy stanowi, że dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zastosowanie trybu z wolnej ręki w oparciu o tę przesłankę zależne jest od szczególnego charakteru danego zamówienia, jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Nie podlega zatem ocenie to, czy dany wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej albo czy dysponuje największym doświadczeniem lub potencjałem organizacyjnym i technicznym. Nie bierze się także pod uwagę doświadczenia danej firmy czy też zaufania jakim się ona cieszy u zamawiającego. Subiektywna ocena wykonawcy nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o omawianą przesłankę. Zamawiający powinien działać w sytuacji faktycznego monopolu na rynku obejmującym dostawy, usługi lub roboty budowlane. Przy czym, dokonując oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. Jednocześnie, taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny. Warunkiem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy jest także wykazanie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez określonego wykonawcę. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, Zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych. Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Przykład nr 1 (KND/81/11)

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu wszczętym w trybie z wolnej ręki było wykonanie dostawy Samochodu specjalnego sanitarnego – ambulans z napędem na cztery koła (4x4). Zamawiający wskazał, iż w niniejszej sprawie przeprowadzono rozeznanie rynku w zakresie wykonania zamówienia przez innych wykonawców, między innymi u Autoryzowanego Dealera firmy X oraz w trybie roboczym u producenta samochodów terenowych w L. Zamawiający nadmienił, iż żaden z producentów nie był w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia o parametrach i wymaganiach technicznych określonych przez Zamawiającego spełniających jednocześnie wymagania instrukcji poligonowych i programów strzelań zatwierdzonych przez Ministra Obrony Narodowej. Określając warunki techniczne pojazdu m.in.: napęd terenowy na wszystkie koła (4x4) ze skrzynią redukcyjną i blokadą mostów, mocą silnika, Zamawiający określił także, odpowiednio duży prześwit zapewniający konieczność dojazdu ambulansu do każdego stanowiska badawczego. Zamawiający zauważył, że wykonawca – działający pod firmą Z. zaoferował do przeprowadzenia testów dwa modele ambulansów z napędem na cztery koła. Testy terenowe zakończone wynikiem pozytywnym pomyślnie przeszedł Ambulans specjalny typu M. Wskazał, że pojazdy innych wykonawców nie były testowane w warunkach poligonowych, ponieważ żaden z pozostałych wykonawców nie był w stanie ich udostępnić do przeprowadzenia próby drogowej.

Należy zwrócić uwagę, że wykonanie dostawy *Samochodu specjalnego sanitarnego – ambulans z napędem na cztery koła (4x4)* znajduje się w zakresie działalności przedsiębiorstw obecnych na rynku, co zostało potwierdzone także przez samego Zamawiającego, który wskazał, że zwracał się do różnych podmiotów w celu zbadania ewentualnej możliwości wykonania dostawy. Natomiast powodem dla którego Zamawiający zrezygnował w wszczęcia procedury otwartej był fakt, że żaden z podmiotów, do których Zamawiający zwrócił się z zapytaniem ofertowym, nie był w stanie zrealizować przedmiotowej dostawy o parametrach i wymaganiach technicznych wskazanych przez Zamawiającego, w wyznaczonym przez niego terminie.

wydatkowania środków przy wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki, nie dotyczy przesłanki statutowanej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Nie może być zatem brana pod uwagę przy ocenie zasadności wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki.

Fakt istnienia podmiotu, którego oferta odpowiada wymaganiom zamawiającego nie przesądza o tym, że postępowanie otwarte przeprowadzone w przedmiotowej sprawie nie doprowadzi do wyłonienia innego wykonawcy, którego oferta będzie korzystniejsza dla zamawiającego, a zarazem spełni wszelkie wymogi stawiane przedmiotowemu zamówieniu. Przykładowo należy wskazać, że przeprowadzane były postępowania otwarte na dostawę ambulansu z napędem 4x4 (np. Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego SP ZOZ w Suwałkach ogłoszenie BZP: 369790 – 2010; Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Dobre Miasto ogłoszenie BZP: 316923 – 2011).

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Przykład nr 2 (KZ/58/10)

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu wszczętym w trybie z wolnej ręki była dostawa 11 używanych wagonów tramwajowych T.

Zamawiający wyjaśnił, że żadne z polskich przedsiębiorstw tramwajowych nie sprzedaje używanych tramwajów, gdyż stan ich taboru jest bardzo zbliżony do stanu taboru Zamawiającego. Możliwość nabycia tramwajów używanych zachodzi tylko wówczas, gdy przedsiębiorstwa transportowe z państw Europy Zachodniej dokonują wymiany taboru i pozbywają się starych tramwajów. W ten sposób Zamawiający nabył w latach 2006 i 2007 używane tramwaje T., kupując je od firmy B. (dalej „Wykonawca”). Zamawiający wskazał, iż również w innych miastach Polski następowały zakupy tramwajów używanych (np. Miasto P. od miasta Amsterdam i Dusseldorf, zaś Miasto K. od miasta Wiedeń). Zamawiający może nabyć tego rodzaju pojazdy tylko wówczas, gdy ich dotychczasowy właściciel wycofuje je z eksploatacji, wymieniając na pojazdy nowe.

Jak wyjaśnił Zamawiający, po uzyskaniu od Wykonawcy informacji o możliwości sprzedaży używanych wagonów typu T., podjęto decyzję o przeprowadzeniu szczegółowego badania rynku. W wyniku przeprowadzonych działań Zamawiający uzyskał informację, iż żaden z podmiotów (poza Wykonawcą) nie ma na zbyciu i nie zna firm sprzedających używane tramwaje o parametrach odpowiednich dla Zamawiającego. Z uwagi na powyższe, Zamawiający przyjął założenie, że poza Wykonawcą brak jest podmiotów, które mogłyby zrealizować dostawę używanych wagonów o określonym przez Zamawiającego standardzie i Wykonawca jest jedynym w tej części Europy przedsiębiorstwem posiadającym w normalnej, bieżącej eksploatacji zmodernizowany tabor, podlegający obecnie planowej kompleksowej wymianie, oferując ten tabor do sprzedaży.

Argumentem do ponownego nawiązania kontaktów z Wykonawcą było zawarcie w latach poprzednich – po pomyślnie zakończonych negocjacjach – umów na dostawę wagonów T. Ponadto Zamawiający zlecił wykonanie operatu szacunkowego – oszacowania wartości rynkowej ww. pojazdów. Wyceny w siedzibie Wykonawcy dokonali certyfikowani rzeczoznawcy. Materiał potwierdził stan techniczny i wartość rynkową oferowanego przez Wykonawcę taboru i stanowił podstawę do wystąpienia do Wykonawcy o przedstawienie wstępnych warunków ewentualnej przyszłej oferty i negocjacji.

Zamawiający zaznaczył, iż nie bez znaczenia jest fakt, iż oferta zakupu dotyczy 31 szt. pojazdów, gdyż dokonanie natychmiastowego zakupu tak znaczącej ilości tramwajów (przy jednoczesnej kasacji najstarszych pojazdów posiadanych przez Zamawiającego) zapewni ciągłość realizacji zadań przewozowych w komunikacji tramwajowej, przyczyni się do zmniejszenia ilości typów tramwajów, co jest działaniem pożądanym z punktu widzenia polityki taborowej. Posiadanie dużej ilości różnych typów tramwajów zwiększa bowiem koszty obsługi serwisowej, części zamiennych itd.

Zamawiający podkreślił, że wagony będące przedmiotem planowanego zakupu charakteryzują się także wysokimi walorami technicznymi. Wagony poddane zostały obszernej modernizacji. Dokonana modernizacja gwarantuje wysoką funkcjonalność pojazdów oraz czas eksploatacji na okres ok. 10–12 kolejnych lat bez konieczności przeprowadzania większych remontów. Ponadto tramwaje te należą do tego samego typu tramwajów jak wcześniej zakupione. Zakup tramwajów o takich samych rozwiązaniach konstrukcyjnych przyczyni się do wykorzystania już przeszkolonej kadry motorniczych i części pracowników zaplecza technicznego oraz stworzy korzystniejsze warunki techniczne i ekonomiczne utrzymania taboru (konserwacja, obsługa, remonty).

Rozwiązania konstrukcyjne zastosowane w pojazdach są nowocześniejsze niż w polskim wagonie 105N. Oferowane przez Wykonawcę wagony dają szansę powstrzymania na okres najbliższych kilku lat lawinowej degradacji zużytego w dużym procencie taboru Zamawiającego.

Przywołane przez Zamawiającego okoliczności mają charakter gospodarczy oraz organizacyjny, podczas gdy przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy, stanowiący podstawę wszczęcia postępowania wymaga zaistnienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

W podobny sposób należy odnieść się do podnoszonej przez Zamawiającego skali zakupu oraz zgodności prowadzonych działań z prowadzoną przez Zamawiającego polityką taborową. Czynniki te, mające charakter ekonomiczno-organizacyjny, są irrelevantne dla oceny czy określony produkt może być oferowany wyłącznie przez jednego dostawcę i decydować o odstąpieniu od konkurencyjnych procedur wyłonienia wykonawcy określonego przedmiotu zamówienia. Należy podkreślić, iż Prezes Urzędu w przedmiotowej kontroli nie kwestionował zasadności wybranego rozwiązania, gdyż Zamawiającemu pozostawiona jest swoboda w określeniu przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, która jest ograniczona wyłącznie w zakresie wynikającym z ustawy (w szczególności art. 28 i kolejne). Z uwagi jednak na zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki do wyboru wykonawcy przedmiotowego zamówienia istotne jest ustalenie, czy przedmiotowe zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, stanowiącego podstawę prawną prowadzonego postępowania.

Zamawiający miał możliwość takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który zapewniałby mu pozyskanie pożądanego produktu na najkorzystniejszych warunkach dzięki pełnej weryfikacji cen rynkowych w drodze przeprowadzonego postępowania w warunkach konkurencyjnych. Podstawy do rezygnacji z tej metody działania nie może stanowić również subiektywne przekonanie Zamawiającego, iż oferta Wykonawcy zaproszonego do negocjacji stanowi „niepowtarzalną okazję rynkową” oraz zawarte w poprzednich latach umowy z danym wykonawcą. Takie okoliczności nie stanowią w żadnym przypadku przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której inny podmiot, dysponujący taboroem odpowiadającym wymaganiom Zamawiającego, złożyłby ofertę korzystniejszą.

Fakt, iż inne przedsiębiorstwa komunikacyjne nabywały używane tramwaje od innych dostawców czy też firm pośredniczących w obrocie pojazdami szynowymi, uniemożliwia uznanie, iż na rynku istnieje wyłącznie jeden wykonawca mogący zrealizować zamówienie, będące przedmiotem prowadzonego postępowania. Weryfikacja taka powinna nastąpić w jednym z trybów ustawowych, zapewniających zachowanie zasady konkurencyjności, jawności postępowania oraz powszechności dostępu wykonawców do zamówienia.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała z dnia 12 marca 2013 r. sygn. akt KIO KD 21/13).

Przykład nr 3 (KZ/176/12)

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu wszczętym w trybie z wolnej ręki była dostawa fabrycznie nowych elementów, tj. kompletnej trasy i taśmy wraz z klejeniem, niezbędnych do wydłużenia przonośnika

taśmowego typu Internet 1600, przeznaczonych do pracy w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego. Zamawiający wyjaśnił, iż wykonawca jest producentem, dostawcą i właścicielem dokumentacji przenośnika taśmowego typu INTERMET 1600. Przenośnik ten został zakupiony w 2010 roku w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający wskazał, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (Opis przedmiotu zamówienia) określała, że przedmiotem dostawy będzie przenośnik o długości trasy 960 m, zaś w 2012 roku przenośnik ten będzie wydłużony do docelowej długości wynoszącej 1740 m.

Zamawiający przedstawił powody wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki:

- a) firma L. jest producentem, dostawcą i właścicielem dokumentacji przenośnika taśmowego typu INTERMET 1600,
- b) należy zachować kompatybilność elementów będących przedmiotem zamówienia z wolnej ręki z elementami przenośnika, który ma być wydłużany (dobór napędów wymagał projektu i obliczeń uwzględniających konkretne rozwiązania techniczne),
- c) część elementów niezbędnych do przedłużenia przenośnika dostarczono w ramach zamówienia podstawowego,
- d) zostałyby utracona gwarancja na całość urządzenia w przypadku wydłużenia trasy przenośnika przez innego wykonawcę,
- e) wszystkie dostarczane podzespoły i elementy konstrukcji nośnej trasy przenośnika wraz z krążnikami górnymi i dolnymi powinny być zgodne z dokumentacją techniczną przenośnika, będącą własnością L.,
- f) uruchomienie i przekazanie do dalszej eksploatacji wydłużonego przenośnika powinno nastąpić również pod nadzorem i za zgodą firmy L.

Należy wskazać, że ww. urządzenia oraz prace związane z ich montażem, nie stanowią dostaw i usług tak specyficznych pod względem technicznym, iż mogą być świadczone wyłącznie przez Wykonawcę zaproszonego do negocjacji. Na rynku, zarówno polskim, jak i unijnym działają liczne podmioty oferujące usługi związane z projektowaniem, produkcją oraz instalacją urządzeń na potrzeby przemysłu górniczego. Potwierdza to przeprowadzenie przez Zamawiającego przetargu nieograniczonego na wykonanie dostawy i montażu 5 sztuk fabrycznie nowych przenośników taśmowych o szerokości taśmy 1600 mm, przeznaczonych do pracy w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego, poprzedzającego wszczęcie przedmiotowego postępowania, w którym zostały złożone dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. Nieuzasadnione jest zatem założenie przyjęte przez Zamawiającego, iż jedynie zaproszony Wykonawca był w stanie spełnić stawiane przez Zamawiającego wymagania.

Z okoliczności faktycznych i dokumentów wynika, że Zamawiający zamierzał wydłużyć przenośnik o długości początkowej 960 m do długości 1740 m, a więc rozszerzyć przedmiot zamówienia określony w zamówieniu podstawowym. W takim przypadku Zamawiający powinien albo objąć wydłużenie przenośnika zamówieniem podstawowym, albo opisać przedmiot zamówienia podstawowego w taki sposób aby wybrane rozwiązanie technologiczne mogło być kompatybilne z innymi dostępnymi na rynku rozwiązaniami, tak aby konieczność rozbudowy urządzenia nie powodowała automatycznie konieczności korzystania z rozwiązań technicznych oferowanych tylko przez wybranego uprzednio wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający powinien zagwarantować sobie taki zakres uprawnień do dokumentacji technicznej ażeby możliwe było wykonanie wydłużenia przenośnika w postępowaniu konkurencyjnym, jeżeli przewidywał przeprowadzenie odrębnego postępowania. Prezes Urzędu stoi na stanowisku, że nie można wykluczyć, iż profesjonalne podmioty działające na konkurencyjnym rynku tego rodzaju usług, mając dostęp do do-

kumentacji technicznej, byłyby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego.

Należy wskazać, że nieobjęcie wydłużenia przenośnika zamówieniem podstawowym w sytuacji kiedy Zamawiający je przewidywał przy jednoczesnym braku prawa do dokumentów nie może stanowić sytuacji uzasadniającej wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy, bowiem prowadzi do wytworzenia sztucznego monopolu.

Należy dodać, że gwarancja jakości jest rodzajem zobowiązania, w którym wykonawca podejmuje się naprawy lub wymiany elementów rzeczy będącej przedmiotem umowy. Gwarancja jakości jest zobowiązaniem wynikającym z umowy, w której wykonawca udziela określonej gwarancji, przy czym strony mogą w dowolny sposób ustalić jej warunki. Mając na uwadze zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, należy podkreślić, iż konieczność powierzenia realizacji zamówienia danemu wykonawcy musi wynikać z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, nie zaś być następstwem wcześniejszych działań Zamawiającego. Konieczność powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy zamówienia podstawowego nie może wynikać z zaniechań Zamawiającego odnośnie konstruowania umów zawartych z tymże wykonawcą, w tym również w zakresie warunków gwarancji jakości. Nie ma bowiem przeszkód, aby w zawieranej umowie o zamówienie publiczne tak określono warunki gwarancji, by czynności wykonywane przez różnych wykonawców nie miały wpływu na uprawnienia Zamawiającego wynikające z gwarancji udzielonej przez wykonawcę zamówienia podstawowego. Powoływanie się przez Zamawiającego na realizację uprawnień wynikających z gwarancji udzielonej przez wykonawcę zamówienia podstawowego, a więc zobowiązania umownego będącego następstwem ustaleń stron zawartych w umowie w sprawie zamówienia publicznego, ma swoje źródło w zdarzeniu, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co tym samym nie wypełnia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy (por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2011 r., sygn. akt KIO/KD 81/11; uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2011 r. sygn. akt: KIO/KD 71/11).

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Przykład nr 4 (KZ/1533/10)

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu wszczętym w trybie z wolnej ręki była dostawa wraz z montażem oraz dzierżawą urządzeń niskoprądowych dla trybuny zachodniej stadionu W.

Zakres zamówienia obejmował oddanie do użytkowania i pobierania pożytków z następujących składników majątkowych: system telewizji CCTV IP, system telewizji stadionowej, system okablowania strukturalnego, RTV-SAT, Centralny Zegar, zintegrowany system sprzedaży i kontroli biletów, DSO, Audio Video sal konferencyjnych, nagłośnienie płyty boiska i trybuny zachodniej. Zamawiający podniósł, iż stadion piłkarski położony w K. przy ul. R. był budowany sukcesywnie od 2004 r. Pierwotnie miał być to obiekt sportowy przeznaczony do rozgrywania meczy piłkarskich w ramach rozgrywek „Ekstraklasy” dla 20 000 widzów. W związku z potencjalną możliwością przeprowadzenia w nim rozgrywek w ramach EURO 2012, projekt stadionu został radykalnie zmieniony, aby obiekt mógł pomieścić około 33 000 widzów. W myśl planowanego do ogłoszenia rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie sposobu utrwalania przebiegu imprezy masowej, minimalnych wymagań materiałów zgromadzonych podczas utrwalania przebiegu imprezy masowej należy cały obiekt wyposażyc w systemy, między innymi CCTV (Closet-Cyrcuit TV-System), nagłaśniający, RTV SAT.

W związku z tym, że pierwotny projekt nie przewidywał zastosowania tak rozbudowanych systemów kontroli, informacji i nagłośnienia, trybuna zachodnia powyższego obiektu była budowana bez brania pod uwagę przyszłego montażu wspomnianych urządzeń niskoprądowych. W tym przypadku, według Zamawiającego, najlepszym rozwiązaniem jest zlecenie dostawy i montażu wyżej wymienionych elementów, podmiotowi gospodarczemu, który budował trybunę od podstaw. Takie działanie jest podyktowane znajo-

mością obiektu oraz chęcią uniknięcia konfliktu interesów, który mógłby się pojawić przy zleceniu tego zadania innemu podmiotowi. Duże znaczenie ma też czas realizacji zadania, w przypadku dobrej znajomości zagadnień w zakresie urządzeń niskoprądowych będących przedmiotem zamówienia.

Zlecenie dotychczasowemu wykonawcy dostawy i montażu urządzeń niskoprądowych do ww. systemów gwarantuje ich kompatybilność z już zamontowanymi urządzeniami na innych trybunach. Ponadto uniknięto dodatkowych prób i zmian konfiguracji, w przypadku preferowania przez inny podmiot urządzeń o tych samych zadanych parametrach, jednak wytworzonych przez odmiennego producenta.

W przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodzi sytuacja, w której ww. zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Należy wskazać, że powszechną praktyką jest przeprowadzenie postępowania konkurencyjnego obejmującego swym zakresem przedmiot zamówienia odpowiadający przedmiotowi niniejszego zamówienia (ogłoszenia BZP: Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Zabrze Sp. z o.o.: 135412 – 2010; Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Częstochowie: 400370 – 2011; Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Kielcach: 200226 – 2011; EURO Poznań 2012 Sp. z o.o.: 3549 – 2012; Gmina Miasto Gdańsk: 145505 – 2011; Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Szczecinie: 167794 – 2010; Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Chorzowie: 446118 – 2009; Gmina Barlinek: 380110 – 2011; Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o.: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2010/S 230-351703). Niewątpliwie, więc rynek obejmujący podmioty zdolne do realizacji tego typu zamówienia jest rynkiem konkurencyjnym. Istnieje wiele kompetentnych podmiotów, które posiadają odpowiednie doświadczenie i wiedzę, aby zrealizować ww. zamówienie.

Należy też dodać, iż powierzenie wykonania przedmiotowej dostawy innym wykonawcom nie spowodowałoby braku kompatybilności z uprzednio zainstalowanym oprogramowaniem oraz dostarczonymi urządzeniami elektronicznymi i teleinformatycznymi. W niniejszej sprawie mamy bowiem do czynienia z oprogramowaniem oraz urządzeniami stanowiącymi standardowe i powszechnie dostępne rozwiązania, wykorzystywane w tego typu inwestycjach. Określenie zamówienia poprzez wskazanie konkretnych parametrów technicznych, czy funkcjonalności umożliwiłoby dokonanie wyboru wykonawcy zamówienia w postępowaniu konkurencyjnym. W sytuacji gdy istnieją na rynku inne podmioty mogące zrealizować dane zamówienie, nie jest wówczas uzasadnieniem dla jego udzielenia z wolnej ręki jedynie przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wykonawca może je zrealizować najlepiej.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała z dnia 7 marca 2012 r. sygn. akt KIO KD 23/12).

Przykład nr 5 (KZ/528/08)

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu wszczętym w trybie z wolnej ręki była dostawa kuponów żywieniowych, uprawniających do realizacji posiłków profilaktycznych.

Zgodnie z przedstawionym uzasadnieniem, zaproszony do negocjacji Wykonawca – jest jedynym podmiotem, który może świadczyć przedmiot powyższego zamówienia. Zamawiający po przeprowadzeniu analizy rynku w regionie stwierdził, iż jedynie ten Wykonawca jest w stanie zapewnić realizację zamówienia, polegającą na możliwości otrzymania na podstawie kuponów żywieniowych posiłku profilaktycznego lub zakupu produktów żywnościowych do przygotowania takiego posiłku we własnym zakresie przez uprawnionych pracowników w miejscowościach, w których wykonują oni obowiązki służbowe.

Zamawiający decyzję o wyborze trybu zamówieniu z wolnej ręki oparł na przeprowadzonej przez siebie analizie rynku. W jej wyniku ustalono istnienie innych podmiotów prowadzących działalność obejmującą dostarczanie kuponów żywieniowych, które jednak w ocenie Zamawiającego, nie spełniały kryterium dostępności usług realizowanych na podstawie kuponów we wszystkich miejscowościach, wskazanych przez Zamawiającego.

W ocenie Prezesa Urzędu dostawa kuponów żywieniowych, wchodząca w zakres kontrolowanego zamówienia, nie stanowi pod względem technicznym dostaw tak specyficznych, iż mogą być świadczone wyłącznie przez Wykonawcę zaproszonego do negocjacji. W szczególności nie można stwierdzić, iż firma S. jest obiektywnie jedynym podmiotem, który tego typu dostawy oferuje. Wprost przeciwnie, na rynku, zarówno polskim, jak i unijnym, działają liczne podmioty oferujące tego typu dostawy, na co wskazywał w swoich wyjaśnieniach również Zamawiający. Nieuzasadnione jest zatem założenie przyjęte przez Zamawiającego, iż jedynie zaproszony Wykonawca jest w stanie spełnić stawiane przez Zamawiającego wymagania. Przywoływane przez Zamawiającego kryteria, które przesądziły o zaproszeniu Wykonawcy (dostępność punktów realizacji kuponów w określonych przez Zamawiającego miejscowościach), mogły być zweryfikowane w postępowaniu prowadzonym w jednym z trybów konkurencyjnych.

Przytaczane przez Zamawiającego argumenty, uzasadniające przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a), nie odnoszą się do przyczyn technicznych. Możliwość zorganizowania sieci punktów, w których byłoby możliwe zrealizowanie kuponów żywieniowych nie jest bowiem w żadnym stopniu zależna od przyczyn technicznych, lecz zdolności organizacyjnych poszczególnych wykonawców. Możliwość taką uzasadnia dodatkowo fakt, iż zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, dostarczone kupony miały uprawniać do realizacji posiłków profilaktycznych w placówkach gastronomicznych i handlowych, funkcjonujących w ściśle określonych miejscowościach. Z technicznego punktu widzenia nie ma zatem żadnych przyczyn, z powodu których inne podmioty nie mogłyby zapewnić sobie możliwości realizacji oferowanych przez siebie kuponów we wskazanych przez Zamawiającego miejscowościach. Zgodnie z wyrokiem z dnia 29.07.2010 r. (sygn. akt V SA/Wa 875/10) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, *„przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze nie należy utożsamiać ze względami gospodarczymi i organizacyjnymi, warunkującymi celowe, racjonalne i terminowe wykonanie zamówienia oraz wydatkowanie środków publicznych. Względy organizacyjne i gospodarcze, takie jak np. bliskość dostawcy do miejsca wykonania zamówienia, jak i racjonalność oferty w oczywisty sposób powinny być zweryfikowane w postępowaniu przeprowadzonym w jednym z trybów konkurencyjnych”*.

W ocenie Prezesa Urzędu, nie jest możliwa do zaakceptowania sytuacja, w której Zamawiający, mimo istnienia konkurencji na rynku, ogranicza krąg podmiotów, które mogłyby złożyć oferty wykonania zamówienia, a tym samym kreuje monopol wybranego wykonawcy na rynku. Działanie takie jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiącymi fundament systemu zamówień publicznych. W konsekwencji, jeżeli istnieją na rynku inne podmioty mogące zrealizować zamówienie, należy przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym. Właściwie określając warunki udziału wykonawców w postępowaniu, opisując przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający swoim potrzebom, jak również formułując odpowiednie kryteria oceny ofert, Zamawiający jest w stanie wyłonić wykonawcę, który wykona zamówienie w sposób prawidłowy, jednocześnie oferując najkorzystniejsze warunki.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Przykład nr 6 (KZ/1065/09)

Przedmiot zamówienia obejmował dostawę, montaż i uruchomienie central oddymiających, stanowiące roboty dodatkowe w ramach inwestycji „Zaprojektowanie oraz wykonanie sieci CCTV (Closed Circuit Television) wraz z sygnalizacją pożaru oraz dźwiękowym systemem ostrzegawczym (DSO) – Modernizacja obiektu S. w K.”.

Zamawiający wskazał, iż zakres zamówienia, którego dotyczy zawiadomienie, obejmował prace powiązane z zamówieniem na zaprojektowanie oraz wykonanie sieci CCTV (Closed Circuit Television) wraz z sygnalizacją pożaru oraz dźwiękowym systemem ostrzegawczym (DSO). W trakcie realizacji tego zamówienia jego Wykonawca poinformował, że zakres zadania opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie

obejmował dostarczenia ani montażu urządzeń wykonawczych – tzw. centrali oddymiających, otwierających okna i drzwi na sygnał z systemu sygnalizacji przeciwpożarowej. W związku z powyższym Wykonawca oświadczył, iż wykonany przez niego system będzie działał, jednak tylko w zakresie określonym przez Zamawiającego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, stanowiącym załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia ZP/.../09.

W ocenie Zamawiającego, realizacja przedmiotowego zamówienia, obejmującego dostawę i montaż central oddymiających, jest możliwa wyłącznie przez konsorcjum: Przedsiębiorstwo C (lider), KA oraz K., gdyż stanowi ingerencję w wykonywany przez tegoż Wykonawcę system sygnalizacji pożaru. W trakcie konfiguracji, jak i instalacji oprogramowania systemu sygnalizacji pożaru niezbędne były szczegółowe opracowania techniczne, umożliwiające scalenie ww. systemów. Jako, że grupy dymowe systemu sygnalizacji pożaru i grupy oddymiania są ściśle powiązane ze sobą, jak również konieczność wprowadzenia niezbędnych powiązań programowych ww. systemów na poziomie central oddymiania i sygnalizacji pożaru, zapewniających integralność oraz pełną komunikację niezbędną w tego typu systemach, konieczne stało się powierzenie tego zakresu wykonawcy wykonującemu system sygnalizacji pożaru. Zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego uzasadnieniem, wykonanie obu systemów przez jednego wykonawcę pozwoliło na zachowanie odpowiedzialności za systemy, poprawności i niezawodności ich funkcjonowania oraz zapewnienia ciągłości gwarancji, co w ocenie Zamawiającego uzasadnia skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Ingerencja innego podmiotu w system sygnalizacji pożaru spowodowałaby, w ocenie Zamawiającego, utratę jego gwarancji, gdyż tylko Wykonawca systemu może wprowadzić do niego inne urządzenia. W świetle powyższego, Zamawiający uznał, iż uzasadnione jest skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

W ocenie Prezesa Urzędu ww. zakres zamówienia nie stanowi świadczeń tak specyficznych pod względem technicznym, aby mogły być świadczone wyłącznie przez Wykonawcę zaproszonego do negocjacji. Rynek usług związanych z instalacjami przeciwpożarowymi, w tym związane z projektowaniem, produkcją oraz instalacją systemów oddymiania oraz urządzeń wchodzących w skład takich systemów (np. centrale oddymiające) jest ukształtowany i konkurencyjny, o czym mogą świadczyć oferty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie oraz wykonanie sieci CCTV (Closed Circuit Television) wraz z sygnalizacją pożaru oraz dźwiękowym systemem ostrzegawczym (DSO) – Modernizacja obiektu S. w K.". Zamawiający nie wskazał żadnych cech konstrukcyjnych, czy też szczególnych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot niż zaproszony do negocjacji Wykonawca.

Niezasadny jest również przywoływany przez Zamawiającego argument wskazujący na konieczność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy dla osiągnięcia poprawności i niezawodności funkcjonowania systemu oddymiania i systemu sygnalizacji pożaru, jak również ich kompatybilności. Prezes Urzędu stoi na stanowisku, że nie można wykluczyć, iż profesjonalne podmioty działające na konkurencyjnym rynku tego rodzaju usług, mając dostęp do dokumentacji projektowej systemu sygnalizacji pożaru (w przedmiotowym postępowaniu dokumentacja projektowa, wykonana w ramach zamówienia na „zaprojektowanie oraz wykonanie sieci CCTV (Closed Circuit Television) wraz z sygnalizacją pożaru oraz dźwiękowym systemem ostrzegawczym DSO”), byłyby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego. W ocenie Prezesa Urzędu nie było zatem żadnych przeszkód, aby Zamawiający mógł opisać wymagania techniczne w sposób umożliwiający uzyskanie urządzeń o określonych parametrach i funkcjonalności, a także aby wybór ich dostawcy mógł być dokonany w trybie konkurencyjnym. Należy podkreślić, iż konieczność udzielenia zamówienia będącego przedmiotem kontroli, obejmującego dostawę, montaż i uruchomienie central oddymiających jest wynikiem pominięcia tych elementów na etapie przygotowania postępowań związanych

z realizacją inwestycji. Okoliczności tej nie można jednak uznać za przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze, która uzasadniałaby skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Stanowisko takie potwierdza wyrok NSA z dnia 22.03.2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99), zgodnie z którym przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki nie może być następstwem wadliwie zorganizowanego procesu inwestycyjnego.

Nieuprawnione jest również uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, ryzykiem utraty gwarancji na system sygnalizacji pożaru ze względu na ingerencję innego podmiotu w ww. system poprzez wprowadzenie do niego innych urządzeń. Konieczność powierzenia realizacji zamówienia nie może bowiem wynikać z działań Zamawiającego odnośnie konstruowania umów zawartych z określonym wykonawcą, w tym również warunków gwarancji jakości. Nie ma bowiem przeszkód, aby w zawieranej umowie o zamówienie publiczne tak określono warunki gwarancji, by czynności wykonywane przez różnych wykonawców nie miały wpływu na uprawnienia Zamawiającego wynikające z gwarancji udzielonej przez wykonawcę. Ponadto, należy podkreślić, iż w badanym stanie faktycznym, konieczność udzielenia przedmiotowego zamówienia, a wraz z nią ryzyko utraty gwarancji na uprzednio wykonane prace, wynikają z przyczyn organizacyjnych leżących po stronie Zamawiającego, nie zaś z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała z dnia 26 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO KD 43/12).

**Przykładowe naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy
Pzp stwierdzone w wyniku obligatoryjnych
kontroli uprzednich Prezesa UZP**

Informator nr 12/2012

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), dalej jako: „ustawa Pzp”, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Katalog tych dokumentów został określony w rozporządzeniu 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), dalej jako: „rozporządzenie”.

Na stronach internetowych Urzędu Zamówień Publicznych (www.uzp.gov.pl) zamieszczono opinie prawne dotyczące uzupełniania dokumentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. m.in.:

- 1) *Serwis informacyjny > Zagadnienia merytoryczne > Prawo krajowe > Opinie prawne > Dotyczące ustawy PZP > Obowiązek wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art 24 ust. 1 ustawy Pzp;*
- 2) *Serwis informacyjny > Zagadnienia merytoryczne > Prawo krajowe > Opinie prawne > Archiwalne > Obowiązek żądania uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.*

Naruszenie przez zamawiających dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest stwierdzane w wyniku kontroli Prezesa UZP stosunkowo często, niejednokrotnie jest też przyczyną wydawania zaleceń pokontrolnych. Poniżej zamieszczono przykłady naruszeń art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stwierdzonych w wyniku obligatoryjnych kontroli uprzednich przeprowadzonych przez Prezesa w latach 2011-2012.

Przykład nr 1 (KU/2/11)

Przedmiotem postępowania było zawarcie umowy ramowej w sprawie wyboru uczelni uprawnionych do prowadzenia dla pielęgniarek i położnych studiów pomostowych, które rozpoczną się w 2011 roku. Zamawiający wyłączył możliwość składania ofert częściowych na etapie składania ofert ramowych (sekcja II pkt 2 SIWZ). Stąd wykonawcy składający ofertę ramową w przedmiotowym postępowaniu obowiązani byli objąć jej treścią cały przedmiot postępowania, określając koszt kształcenia 1 osoby za semestr obejmujący pełen cykl kształcenia wynikający z aktualnie obowiązujących przepisów dotyczących zawodów pielęgniarki i położnej.

W sekcji III *Informacje o wymaganych oświadczeniach i dokumentach* pkt 2 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy przedstawili na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 i § 2 ust. 1 pkt 2 (z uwzględnieniem § 4, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej) rozporządzenia (...) „koncesję, zezwolenie lub licencję (wymagane jest załączenie do oferty ramowej uwierzytelnionych kopii decyzji i certyfikatu wydanych przez Ministra Zdrowia, potwierdzających posiadanie ważnej akredytacji. Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania akredytacji przez cały okres realizacji zamówienia – jeżeli wystąpi konieczność uzyskania ponownej akredytacji, wykonawca będzie zobowiązany do oświadczenia w ofercie wykonawczej, że złoży przedmiotowy wniosek nie później niż 3 miesiące przed upływem okresu ważności dotychczasowej akredytacji. W przypadku braku akredytacji uczelnia jest zobowiązana do przedstawienia kopii właściwego

wniosku o jej uzyskanie na etapie składania ofert ramowych, natomiast najpóźniej z dniem składania ofert wykonawczych uczelnia winna przedstawić kopie właściwych dokumentów potwierdzających uzyskaną akredytację”.

Zgodnie z art. 8c ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarstwa i położnych (tj. Dz.U.09.151.1217 ze zm.) szkoła pielęgniarstwa i szkoła położnych, z wyłączeniem szkół określonych w art. 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 (*szkoła pomaturalna*), obowiązane są uzyskać akredytację potwierdzającą spełnianie standardów kształcenia. W konsekwencji, co potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 27 stycznia 2011 r. zamawiający, wykonawca posiadający tylko akredytację uprawniającą do prowadzenia studiów pomostowych np. dla pielęgniarstwa nie może prowadzić studiów pomostowych dla położnych. Z powyższego wynika, iż dla prowadzenia studiów pomostowych na obydwu kierunkach określonych w przedmiocie postępowania niezbędne jest uzyskanie odrębnych akredytacji dla kierunku pielęgniarstwo i dla kierunku położnictwo. Dlatego wykonawcy składający oferty ramowe w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej w sprawie wyboru uczelni uprawnionych do prowadzenia dla pielęgniarstwa i położnych studiów pomostowych, które rozpoczną się w 2011 roku, zobowiązani byli przedstawić uwierzytelnione kopie decyzji i certyfikatów wydanych przez Ministra Zdrowia, potwierdzających posiadanie ważnej akredytacji dla kierunku pielęgniarstwo oraz dla kierunku położnictwo lub kopii właściwych wniosków o ich uzyskanie na etapie składania ofert ramowych.

Z dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień zamawiającego wynika, iż 46 wykonawców przedstawiło wraz z ofertą ramową wymagane dokumenty dotyczące akredytacji jedynie dla kierunku pielęgniarstwo. W związku z powyższym, zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców składających oferty ramowe zobowiązany był, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać ww. wykonawców do uzupełnienia uwierzytelnionych kopii decyzji i certyfikatu wydanych przez Ministra Zdrowia, potwierdzających posiadanie ważnej akredytacji dla kierunku położnictwo, a w przypadku jej braku przedstawić kopii właściwego wniosku o jej uzyskanie.

Zaniechanie zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia powyższego dokumentu stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 99 ustawy Pzp.

Przykład nr 2 (KU/4/12)

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ wymagał, aby:

- 1) osoba, która ma zajmować stanowisko przedstawiciela wykonawcy posiadała: „co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, jako Kierownik Zespołu przy min. 2 kontraktach z zakresu gospodarki wodno-ściekowej, realizowanych w oparciu o „Czerwoną Książkę” Warunków Kontraktowych FIDIC lub procedur równoważnych”.
- 2) osoba, która ma zajmować stanowisko kierownika budowy posiadała: „min. 4-letnie doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami z zakresu inżynierii sanitarnej, w tym doświadczenie na stanowisku kierownika robót, kierownika budowy lub inspektora nadzoru sieci kanalizacyjnej”.
- 3) osoba, która ma zajmować stanowisko inżyniera sanitarnego posiadała: „uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dn. 28 kwietnia 2006 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 83 poz. 578) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów”.

W celu potwierdzenia spełniania opisanych powyżej warunków zamawiający żądał od wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przedłożenia – stosownie do § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia (...) wykazu osób (zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia

i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami.

Ze złożonego w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę – Przedsiębiorstwo „R” S.A. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wynika, iż:

- 1) P. Adam J., który ma zostać zatrudniony na stanowisku przedstawiciela wykonawcy posiada jedynie roczne doświadczenie zawodowe na wymaganym stanowisku zdobyte w latach 2009–2010.
- 2) P. Adam W., który ma zostać zatrudniony na stanowisku kierownika budowy posiada jedynie 3 lata i 4 miesiące doświadczenia zawodowego na wymaganym stanowisku zdobytego w latach 2006–2010.
- 3) P. Bronisław S., który ma zostać zatrudniony na stanowisku inżyniera sanitarnego posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych, a nie jak wymagał tego zamawiający w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych.

Tym samym, wykonawca – Przedsiębiorstwo „R” S.A. nie wykazał spełnienia opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu.

Należy zauważyć, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjmowania ciągłości okresu doświadczenia, bez odliczania przerw między realizacją poszczególnych zadań. Celem określenia warunku dotyczącego doświadczenia osób, które mają brać udział w realizacji zamówienia jest zapewnienie, że mają one na tyle duże doświadczenie, iż należycie zrealizują roboty. Istotne jest zatem, jak długo osoby te faktycznie pełniły określone funkcje. Odmienne interpretacja ww. warunku, zgodnie z którą wystarczy wykazać regularne pełnienie funkcji w danym okresie, bez względu na faktyczny czas trwania, nie ma oparcia ani w przepisach prawa, ani w racjonalności i celowości działań zamawiającego. Ponadto prowadziłyby do niedopuszczalnej uznaniowości przy ocenie tego, jaka częstotliwość pełnienia funkcji może być uznana za „regularność”, a jaka nie, co byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców. Bez znaczenia, z punktu widzenia okresu doświadczenia, jest fakt, że w niektórych miesiącach dana osoba pełniła funkcję przy realizacji dwóch inwestycji. Pracy przy wykonywaniu dwóch zadań w tym samym czasie nie można podwójnie wliczać do okresu doświadczenia. Jeżeli warunkiem udziału w postępowaniu był określony staż, z natury rzeczy jako zasadę należy przyjąć obliczanie go bez uwzględniania liczby zadań wykonywanych w tym samym czasie. Dopiero odmienne stanowisko zamawiającego, dopuszczające sumowanie czasu trwania zadań realizowanych równocześnie, musiałyby być wyraźnie sformułowane w SIWZ (por. wyrok KIO z 23 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/1675/10 i KIO/1676/10):

Wobec powyższego wykazane doświadczenie zawodowe p. Adama J. jak i p. Adama W. jest mniejsze niż wymagał zamawiający.

Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 28 stycznia 2011 r. odnoszących się do uprawnień posiadanych przez p. Bronisława S., który ma zostać zatrudniony na stanowisku inżyniera sanitarnego, zamawiający dowodził, iż z wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wynika, iż p. Bronisław S. posiada uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie budowy sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń. Natomiast pod wątpliwość poddane zostały załączone do oferty kopie uprawnień ww. pana.

Pan Bronisław S. uzyskał stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 8, poz. 46). Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 4 ww. rozporządzenia, w brzmieniu obowiązującym na dzień 30 stycznia 1989 r., wojewoda stwierdza posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy i robót (...), w specjalnościach techniczno-budowlanych: instalacyjno-inżynierskiej w zakresie:

- a) sieci sanitarnych – obejmującej sieci wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe i ciepłne uzbrojenia terenu,
- b) instalacji sanitarnych – obejmującej instalacje wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe, ciepłne i klimatyzacyjno-wentylacyjne.

Z informacji zawartych w ofercie, tj. ze stwierdzenia przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie p. Bronisława S. wynika, że posiada on uprawnienia tylko w zakresie sieci sanitarnych. Zatem nie można uznać, że posiada on uprawnienia budowlane równoważne wymaganym przez zamawiającego, tj. w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. Ponadto, jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 21 września 2005 r. (sygn. akt: IV Ca 772/05), rozporządzenie z dnia 20 lutego 1975 r. Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska, zatytułowane: Samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, na podstawie którego dokumenty stwierdzające przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zostały wystawione, precyzowało w § 13 ust. 1 pkt 4, że instalacje sanitarne obejmują instalacje wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe, ciepłne i klimatyzacyjno – wentylacyjne, wyraźnie odróżniając specjalność w zakresie instalacji sanitarnych od specjalności w zakresie sieci sanitarnych obejmujących sieci wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe i ciepłne uzbrojenia terenu. Tymczasem wymóg postawiony przez zamawiającego precyzował posiadanie uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji, nie zaś samych tylko sieci. Co prawda przepis art. 14 Prawa budowlanego z 7 lipca 1994 r. wyliczający, w jakich specjalnościach udzielane są uprawnienia budowlane, odszedł od rozróżnienia dwóch osobnych specjalności dotyczących instalacji i sieci wodociągowych i kanalizacyjnych wprowadzając jedną – instalacyjną w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (art. 14 ust. 1 pkt 4), jednak w przepisach przejściowych w art. 104 Prawa budowlanego wskazano, że osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie, tak więc zmiana przepisów nie spowodowała, że zakres uprawnień p. Bronisława S. uległ poszerzeniu. (...).

Zaniechanie wezwania przez zamawiającego wykonawcy – Przedsiębiorstwo „R” S.A. do uzupełnienia wykazu kadry w zakresie wymaganego doświadczenia na stanowisku przedstawiciela wykonawcy i inżyniera sanitarnego oraz w zakresie posiadanych uprawnień zawodowych p. Bronisława S. stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 3 (KU/137/12)

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez konsorcjum F. załączono dokument o niekaralności pana G., obywatela włoskiego zamieszkałego w Wielkiej Brytanii, pełniącego funkcję członka zarządu lidera konsorcjum. Dokument został wystawiony przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Niemczech. Pismem z dnia 18 lipca 2011 r., zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę, konsorcjum F. do uzupełnienia m.in. oświadczenia o niekaralności ww. członka zarządu wystawionego w kraju pochodzenia osoby tj. we Włoszech. Wykonawca przekazał żądany dokument we wskazanym przez zamawiającego zakresie.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia o dokumentach w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, żąda się m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy tj. w zakresie niekaralności urzędującego członka zarządu wykonawcy. Zgodnie z kolei z treścią § 4 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub ad-

ministracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. W sytuacji, zaś gdy w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (§ 4 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach).

Jak wynika z treści powyższych przepisów, dokumentem potwierdzającym niekaralność urzędującego członka zarządu wykonawcy zagranicznego jest – zależnie od obowiązującego systemu prawnego w miejscu zamieszkania tej osoby – zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania, lub oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania. Uwzględniając zatem powyższą okoliczność oraz fakt, że miejscem zamieszkania pana G. jest Wielka Brytania, właściwym dokumentem potwierdzającym niekaralność ww. osoby jest oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego w Wielkiej Brytanii. Tym samym, wezwanie zamawiającego o ww. dokument wystawiony w miejscu pochodzenia osoby tj. we Włoszech, przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania o dokument z miejsca zamieszkania osoby tj. z Wielkiej Brytanii (czyli w zakresie wskazanym w treści rozporządzenia o dokumentach) narusza treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 4 (KU/44/11)

Pismem z dnia 7 marca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę P. Sp. z o.o., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in. do uzupełnienia dokumentów dotyczących firmy „P” S.A., której zobowiązanie do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia zostało załączone do oferty ww. wykonawcy. Zamawiający wskazał przy tym, że zgodnie z pkt 9.8 IDW jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, opisanych szczegółowo w pkt 9.7 IDW, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 ust. 1 pkt 1-6 rozporządzenia.

Wykonawca P. Sp. z o.o. wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiłkował się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. firmy „P” S.A. Zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia wykonawca ten załączył do swojej oferty. Jak wynika z treści tegoż zobowiązania, firma „P” S.A., oświadczyła, że w przypadku, gdy wykonawca P. Sp. z o.o. uzyska przedmiotowe zamówienie, udostępni mu do dysponowania osoby zdolne do wykonania zamówienia. Jednocześnie wskazała, że brak jest w ofercie ww. wykonawcy oświadczenia firmy „P” S.A. o tym, że będzie ona brać udział w wykonaniu niniejszego zamówienia.

Zgodnie natomiast z §1 ust. 2 rozporządzenia (...), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brać udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w §2 ww. rozporządzenia. Jak wynika z powyższego przepisu, zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, ale jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy, do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia i tylko pod warunkiem, gdy wykonawca przy wykazaniu spełniania warunków podmiotowych powołuje się na zasoby tych podmiotów i będą one uczestniczyły w realizacji zamówienia. Oczywiście jest, że nie zawsze

okoliczność dysponowania zasobami podmiotu trzeciego musi się wiązać z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się jedynie do zobowiązania udzielenia wykonawcy niektórych zasobów (np. pożyczki, wydzierżawienia określonego sprzętu czy też udostępnienia pracownika, tak jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie), co dla wykazania spełnienia odpowiednich warunków i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia może okazać się wystarczające.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zamawiający nie był uprawniony w niniejszym stanie faktycznym do wezwania wykonawcy P. Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów podmiotu trzeciego, który udostępnił mu swój potencjał w zakresie osób zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia jednakże nie oświadczył, że będzie uczestniczył w jego realizacji. Stąd też uznać należy, że zamawiający naruszył przepis art. 26. ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 5 (KU/86/11)

Zgodnie z opisem sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawcy mieli wykazać, że posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 150 000 PLN. W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani zostali przedstawić dokument, o którym mowa w §1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia.

Wykonawca Zakład Piotr L. złożył informację banku (strona 40 oferty), z której wynika jedynie, że „saldo na rachunku bankowym ww. wykonawcy wynosi 101.823,43 zł”. Wykonawca nie załączył przy tym do oferty żadnego innego dokumentu, z którego wynikałoby że spełnia on powyższy warunek udziału w postępowaniu. (...).

Jak wynika z treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego było wezwać, w zaistniałej sytuacji, wykonawcę Zakład Piotr L. do uzupełnienia ww. dokumentu.

Z dokumentacji niniejszego postępowania przesłanej do kontroli nie wynika, aby zamawiający wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w §1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia. Stąd też stwierdzić należy, że zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 6 (KU/91/11)

Zgodnie z opisem sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawcy mieli wykazać, że dysponują osobami, którym zostanie powierzone wykonanie zamówienia w szczególności odpowiedzialnymi za wykonanie i kierowanie robotami budowlanymi, tj. m.in.:

- a) Przedstawicielem Wykonawcy – posiadającym:
 - wykształcenie wyższe techniczne i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w robotach liniowych w zakresie budowy/przebudowy sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, w tym 3 lat doświadczenia na stanowiskach kierowniczych lub
 - wykształcenie średnie i co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego w robotach liniowych w zakresie jak wyżej, w tym 5 lat doświadczenia na stanowiskach kierowniczych.
- b) Kierownikiem Budowy – posiadającym:
 - co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w robotach liniowych z zakresu budowy/przebudowy sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, w tym co najmniej 3 lata doświadczenia w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót,
 - uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń wydane zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt. 4) ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, Poz. 1118 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na

podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – w zakresie wystarczającym do kierowania robotami instalacyjnymi w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych,

– przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego.

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani zostali przedstawić m.in. dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia (...).

Wykonawca – konsorcjum firm: B. Sp. J. (lider) złożył wymagany wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, jednak z jego treści nie wynikało wymagane doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy, brak było również informacji na temat jej wykształcenia.

Pismem z dnia 13.05.2011 r. zamawiający wystąpił na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do konsorcjum firm: B. Sp. J. (lider) o uzupełnienie wykazu osób w powyższym zakresie. Wykonawca uzupełnił żądany dokument, jednak nie wskazał jakie wykształcenie posiada zaproponowana osoba, w wyniku czego zamawiający pismem z dnia 18.05.2011 r. ponownie wystąpił na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do konsorcjum firm: B. Sp. J. (lider) o uzupełnienie przedmiotowego wykazu.

(...). Żądanie uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest czynnością jedнокrotną i nie może być stosowane powtórnie w stosunku do tego samego dokumentu, co potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 27 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 324/09, KIO/UZP 325/09).

Zważywszy na powyższe należy stwierdzić, iż ponowne wezwanie konsorcjum firm: B. Sp. J. (lider) do uzupełnienia przedmiotowego wykazu osób w zakresie wykształcenia Przedstawiciela Wykonawcy stanowi naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 7 (KU/166/11)

Zgodnie z opisem sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawcy mieli wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, dostarczyli nie mniej niż 3 fabrycznie nowe elektryczne zespoły trakcyjne (EZT) o łącznej wartości nie mniejszej niż 36 000 000,00 PLN brutto, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, wydane na czas nieokreślony lub określony przez UTK lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej lub państwie, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h.

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani zostali przedstawić wykaz wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie – zgodnie załącznikiem nr 6 do SIWZ. Zgodnie z wzorem załącznika nr 6 do SIWZ wykonawcy mieli w tabeli zrealizowanych dostaw wskazać m.in. ich odbiorcę.

Wybrany wykonawca – N. S.A. na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku wykazał dostawy czterech fabrycznie nowych EZT (19WE). Wykonawca w tabeli zrealizowanych dostaw jako odbiorcę wpisał I. Sp. z o.o. oraz dołączył potwierdzenie należytego wykonania ww. dostaw wystawione i podpisane przez I. Sp. z o.o.

Na wybór najkorzystniejszej oferty zostało złożone odwołanie przez P. S.A. Należy zwrócić uwagę, że do ww. odwołania została dołączona umowa (...) zawarta pomiędzy Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o., a Konsorcjum Spółek: I. Sp. z o.o. oraz N. S.A. na leasing finansowy. Z ww. umowy wynika, że I. Sp. z o.o. wspólnie z N. S.A. realizowała zamówienie na dostawę ww. 4 EZT, a zatem była konsorcjantem N. S.A., natomiast odbiorcą EZT była Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. Również zamawiający w toku niniejszego postępowania

pismem z dnia 21.04.2011 r. zwrócił się m.in. o potwierdzenie, że dostarczone EZT wykonują obecnie pracę przewożową z wykorzystaniem prędkości eksploatacyjnej 160 km/h, do SKM Sp. z o.o. jako odbiorcy pojazdów.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający żąda wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Podkreślenia wymaga, iż brak jest definicji ustawowej dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia publicznego. Ustawodawca pozostawił wykonawcom swobodę co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia). Potwierdzenie należytego wykonania zamówienia może być zatem wskazywane za pomocą różnych dokumentów, nie tylko referencji, np. protokołów odbioru, adnotacji na wystawionej fakturze, kopii faktur wraz z dokumentami potwierdzającymi ich zapłacenie oraz innych dokumentów zwyczajowo przyjętych w stosunkach gospodarczych. W sytuacji, gdy zamawiający odmawia wystawienia referencji za zrealizowane zamówienie publiczne, wykonawca może posłużyć się innymi dokumentami, z których wynika, iż zamówienie zostało wykonane z należytą starannością (...). Powyższe nie oznacza jednak, że potwierdzającym należyte wykonanie dostaw może być dowolny podmiot. Aby bowiem potwierdzenie to było wiarygodne, a zatem spełniało funkcję udowodnienia doświadczenia wykonawcy, musi być wydane przez podmiot, dla którego dostawy były wykonane lub inny bezstronny podmiot dysponujący wiedzą na temat sposobu wykonania tych dostaw.

Przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia należy także interpretować w świetle prawa wspólnotowego, które w tym wypadku wprowadzie nie zostało doprecyzowane w dyrektywie 2004/17/WE, ale w dyrektywie 2004/18/WE, w art. 48 ust. 2 pkt a) ii), zgodnie z którym dowody dostaw i usług należy przedstawić:

- w przypadku, gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca – w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ;
- w przypadku, gdy odbiorcą był nabywca prywatny – w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy.

Oznacza to, że jedynie w przypadku wykazywania doświadczenia w zakresie dostaw realizowanych dla podmiotów prywatnych wykonawca może złożyć własne oświadczenie. Natomiast w przypadku realizacji dostaw dla instytucji zamawiającej, wykonawca zobowiązany jest złożyć zaświadczenie wydane przez właściwy organ, czyli przez samą instytucję lub inny organ dysponujący wiedzą co do jakości wykonanych dostaw.

Odnosząc powyższe uregulowanie do niniejszej sprawy należy stwierdzić, że niedopuszczalne jest potwierdzenie prawidłowości wykonanych dostaw przez ich wykonawcę, w tym wypadku – konsorcjanta wykonawcy. W świetle § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, wykonawca powinien przedstawić potwierdzenie należytego wykonania dostaw wystawione przez ich odbiorcę, czyli przez SKM Sp. z o.o. W sytuacji, gdy wybrany wykonawca nie złożył takiego potwierdzenia, wystawionego przez odbiorcę dostaw, zamawiający zobowiązany był do wezwania go do uzupełnienia ww. dokumentu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. (...).

Zaniechanie wezwania wykonawcy – N. S.A. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw wystawionego przez ich odbiorcę stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 8 (KU/195/11)

Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu oraz treści pkt 9 ppkt 1.1.4.2 SIWZ zamawiający żądał, aby wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania Kluczowym Personelem, który będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia, wskazał m.in. osobę na stanowisko Kierownika budowy, wobec którego wymagał posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń, wodociągowych i kanalizacyjnych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, w przypadku wykonawców zagranicznych, zamawiający dopuścił równoważne kwalifikacje, zdobyte w innych państwach, na zasadach określonych w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, z uwzględnieniem postanowień ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. 2008, Nr 63, poz. 394 ze zm.).

Konsorcjum firm: Zakład „s.c.” (lider) na stanowisko Kierownika budowy – wskazało p. Wojciecha B. – technika budowlanego, posiadającego uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej, nr ewid. S 47/89 z dnia 14 kwietnia 1989 r.

Dnia 12 września 2011 r. zamawiający zwrócił się do ww. konsorcjum z żądaniem złożenia wyjaśnień dotyczących uprawnień, gdyż wykonawca złożył wymagane uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, jednak nie potwierdził tego w sposób jednoznaczny (wymagany przez zamawiającego na podstawie pkt 9 ppkt 1.1.4.3 SIWZ). Wykonawca pismem z dnia 19 września 2011 r. złożył wyjaśnienia w których potwierdził, że „informacje zawarte w Wykazie Osób spełniają wymagania pkt 9 ppkt 1.1.4 SIWZ”. W wyjaśnieniach złożonych Prezesowi Urzędu pismem z dnia 21 października 2011 r. zamawiający wskazał, iż uznał, że ww. konsorcjum dysponuje osobą posiadającą wymagane uprawnienia „na podstawie oświadczenia wykonawcy (Wykazu Osób), a także potwierdzających to oświadczenie wyjaśnień wykonawcy”. Według zamawiającego jednoznaczne oświadczenie wykonawcy złożone pod odpowiedzialnością karną za składanie fałszywych zeznań jest wystarczającym dowodem na potwierdzenie faktu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Pan Wojciech B. uzyskał uprawnienia budowlane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z dnia 19 marca 1975 r. ze zm.). Zgodnie z § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia, osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne (...), wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, co oznacza, że osoby te posiadają uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Dodatkowo, w myśl art. 104 ustawy Prawo budowlane osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Zatem nie można uznać, że p. Wojciech B., posiadający średnie wykształcenie techniczne dysponuje uprawnieniami budowlanymi w nieograniczonym charakterze, równoznacznymi nadawanym w obecnym stanie prawnym uprawnieniom w specjalności instalacyjnej bez ograniczeń, wymaganym przez zamawiającego.

(...). Wyjaśnienia wykonawcy złożone w przedmiotowym postępowaniu nie wykazały spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w postaci posiadania specjalisty na stanowisko Kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń, wodociągowych i kanalizacyjnych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji w budownictwie lub odpowiadające im

ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, w związku z czym zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinien był wezwać wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób spełniających powyższe wymagania.

Zaniechanie powyższego obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 9 (KU/212/11)

Zgodnie z opisem sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy mieli wykazać m.in., że nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunków zamawiający wymagał w pkt 6.1.14 SIWZ przedłożenia m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (tj. zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia).

Jak wynika z analizy oferty wykonawcy T. Sp. j. wykonawca nie przedłożył wraz z ofertą ww. dokumentu. Pismem z dnia 28 października 2011 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy zamawiający zwracał się do wykonawcy o uzupełnienie ww. dokumentu. W odpowiedzi z dnia 3 listopada 2011 r. zamawiający wyjaśnił, że: „uznał, iż informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp jest wystarczająca, w związku z czym nie żądał uzupełnienia dokumentacji o art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy”.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Tym samym, obowiązek przedkładania dokumentów potwierdzających spełnienie warunku art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy dotyczy wszystkich wykonawców, którzy są „podmiotami zbiorowymi” w rozumieniu przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Podstawą ustalenia, czy dany wykonawca jest „podmiotem zbiorowym”, a więc podmiotem, którego dotyczy przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, są przepisy ustawy z dnia 28 października 2002 r. **o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary** (Dz.U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661 z późn. zm.). Zgodnie z art. 2 ww. ustawy podmiotem zbiorowym jest: osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego ich związków oraz organów państwowych i samorządu terytorialnego, spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, spółka kapitałowa w organizacji, podmiot w stanie likwidacji, przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną, zagraniczna jednostka organizacyjna.

Zgodnie z ww. przepisem „podmiotami zbiorowymi” są więc m.in. jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Do tej grupy podmiotów należy zaliczyć podmioty, które co prawda nie zostały obdarzone osobowością prawną, ale na mocy przepisów prawnych stanowią określoną organizację, która umożliwia im funkcjonowanie w obrocie jako samodzielny podmiot praw i obowiązków (zgodnie z art. 33¹ § 1 KC do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych). Jednostkami organizacyjnymi, niebędącymi osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną są m.in. osobowe spółki prawa handlowego (w tym spółka jawna), w stosunku do których element wyodrębnienia organizacyjnego wynika wprost z art. 8 § 1 KSH. Przepis ten przyznaje spółkom prawa handlowego zdolność prawną, tzn. możliwość we własnym imieniu nabywania praw i zaciągania zobowiązań, a co się z tym wiąże odrębność organizacyjną i majątkową spółki od jej wspólników. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż zakres definicji „podmiotu zbiorowego” określony w art. 2 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary obejmuje również osobowe spółki handlowe, w tym spółki jawne. Tym samym, spółka jawna zobowiązana jest do przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego

w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, jeśli zamawiający przewidział taki wymóg w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu.

(...). Reasumując, poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy T. Sp. j. uzupełnienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 10 (KU/246/11)

Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, że wykonawca winien być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 3 000 000 PLN. W celu potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku zamawiający zażądał, zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia (...), przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W toku kontroli stwierdzono, iż do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konsorcjum firm F. S.A. (lider) załączono zaświadczenie z dnia 4 marca 2011r. wystawione dla lidera przez U. Pośrednictwo Ubezpieczeniowe, z którego wynika, iż ww. spółka posiada ważną polisę od Ogólnej Odpowiedzialności Cywilnej i Odpowiedzialności Cywilnej Pracodawcy z numerem ... zawartą z Towarzystwem Ubezpieczeniowym G. We wniosku brak jest jednak ww. polisy.

W piśmie z dnia 29 listopada 2010 r. zamawiający wyjaśnił, że „przyjął zaświadczenie o posiadaniu ważnej polisy od Ogólnej Odpowiedzialności Cywilnej Pracodawcy nr... podpisane w oryginale przez Dyrektora A., jako inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Należy zauważyć, iż zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia (...), w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze ww. przepis należy wskazać, że każdy wykonawca uprawniony jest do złożenia zamiast opłaconej polisy ubezpieczeniowej innego dokumentu potwierdzającego fakt ubezpieczenia wykonawcy przy jednoczesnym spełnieniu wymagania braku polisy po stronie wykonawcy. Jednocześnie to na wykonawcy, który zobowiązany jest do udowodnienia, iż spełnia określone w SIWZ wymagania ciąży obowiązek wykazania w przypadku, gdy składa inny dokument na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności ekonomicznej niż polisa ubezpieczeniowa, że nie posiada polisy ubezpieczeniowej.

(...). Zaniechanie wezwania przez zamawiającego wykonawcy – konsorcjum firm F. S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w opisanym powyżej zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 11 (KU/11/12)

Stosownie do sekcji III.2.3.I.1.a) ogłoszenia o zamówieniu wykonawca musiał wykazać, że wykonał (zakończył) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie 2 zadania polegające na budowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 100.000.000,00 PLN brutto każde, w tym co najmniej jedno w skład którego wchodzi sala koncertowa przeznaczona dla muzyki symfonicznej, operowej lub teatralnej

z widownią stałą na min. 500 miejsc. Wykonawca P. S.A. przedstawił wykaz wykonanych robót budowlanych. W punkcie 6 wykazu w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia przedstawił robotę budowlaną pod nazwą „Sala koncertowa i Centrum Konferencyjne – obiekt użyteczności publicznej, z salą koncertową na 1800 miejsc”. Na potwierdzenie wykonania ww. roboty budowlanej wykonawca do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołączył referencję wystawioną przez A.-TR firmę należącą do państwa Islandii (54%) i miasta Rejkiawik (46%), która została założona w celu sprawowania nadzoru nad budową sali koncertowej i centrum konferencyjnego w Rejkiawiku. Wskazane referencje zostały wystawione przez A.-TR na rzecz przedsiębiorstwa ÍAV. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca P. S.A. dołączył również oświadczenie przedsiębiorstwa ÍAV, z którego wynika, że na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp oddał do dyspozycji wykonawcy P. S.A. niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu niniejszego zamówienia.

Pismem z dnia 26 lipca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę P. S.A. o wyjaśnienie, czy przedsiębiorstwo ÍAV będzie wykonywało część zamówienia. W przypadku gdyby przedsiębiorstwo ÍAV było podwykonawcą, zamawiający wezwał o uzupełnienie wniosku o oświadczenie złożone przed notariuszem potwierdzające, że wobec firmy IAV sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienie na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary oraz że członkowie organu zarządzającego nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwo wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy Pzp. W odpowiedzi P. S.A. wyjaśnił, że przedsiębiorstwo ÍAV nie będzie brało udziału w realizacji zamówienia, w szczególności nie będzie podwykonawcą przy budowie siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w K. Wykonawca podniósł, że zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku gdy przedsiębiorstwo ÍAV nie będzie brało udziału w realizacji żadnej części zamówienia na budowę siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w K. zamawiający nie ma podstaw prawnych do żądania od wykonawcy dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Jako potwierdzenie poprawności przywołanej powyżej wykładni art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp wykonawca przywołał § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Z przywołanego przepisu wynika, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2. Zgodnie ze stanowiskiem wykonawcy, z treści przywołanych przepisów wynika, że wykazywanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy Pzp poprzez poleganie na zasobach innych podmiotów jest dopuszczalne zarówno wówczas gdy 1.) podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, jak i wówczas gdy 2.) podmioty te nie będą brały udziału w realizacji żadnej części zamówienia. Wykonawca podkreślił, że przedsiębiorstwo ÍAV nie będzie brało udziału w realizacji żadnej części zamówienia, w tym nie będzie podwykonawcą P. S.A. przy budowie siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w K. Wynika to stąd, że P. S.A. posiada doświadczenie i wiedzę praktyczną i teoretyczną w budowie i przebudowie wielu obiektów użyteczności publicznej o wartości przekraczającej 120 000 000,00 PLN brutto, w tym także obiektów, w skład których wchodzi sala koncertowa przeznaczona dla muzyki symfonicznej, operowej lub teatralnej z widownią stałą. Stąd też P. S.A. nie potrzebuje, aby firma IAV brała udział w realizacji jakiegokolwiek części zamówienia.

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

miotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W świetle przywołanego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na potencjał, doświadczenie i sytuację innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a sprecyzowanych przez zamawiającego w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 3 ustawy Pzp). Tym samym wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu uzyskania danego zamówienia. Przy czym odwołanie się do zasobów innego podmiotu jest dopuszczalne pod warunkiem, że wykonawca będzie dysponował tymi zasobami przy realizacji zamówienia (arg. z art. 26 ust. 2 b zd. 2 ustawy Pzp). W tym zakresie na wykonawcy powołującym się na zasoby podmiotu trzeciego spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. (...).

Odnosząc powyższe ustalenia do zagadnienia dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy skonstatować, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (np. jako podwykonawca). Należy mieć bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 55¹ i art. 55² k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia. Sytuacja, w której podmiot trzeci nie musi brać udziału w realizacji zamówienia, możliwa jest w przypadku udostępniania wykonawcy np. kadry lub sprzętu, natomiast nie jest możliwa, jak wskazano wyżej w przypadku udostępniania wiedzy i doświadczenia, gdyż są one nierozdzielnie związane z bytem danego przedsiębiorstwa. Jeśli zamawiający żądał w ogłoszeniu lub w SIWZ aby dla podmiotu trzeciego zostały przedstawione dokumenty, o których mowa w § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów to wykonawca jest zobowiązany przedstawić takie dokumenty, niezależnie od sposobu, w jaki podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia (podwykonawstwo, konsultacje, itd.).

Jak wynika z treści ogłoszenia sekcja III.2.3.4, w przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o potencjał innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, w sytuacji gdy podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający wymagał wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w § 2 ust. 1 pkt 1-6 rozporządzenia, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca P. S.A. w celu wykazania spełniania warunku, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia odwołał się do doświadczenia przedsiębiorstwa IAV, które było wykonawcą sali koncertowej i centrum konferencyjnego z salą koncertową na 1800 miejsc. Jednakże w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych dotyczących ww. podmiotu trzeciego wykonawca nie przedstawił ich, stwierdzając że firma IAV „nie będzie brała udziału w realizacji żadnej części zamówienia”. Z powyższego wynika, że wykonawca

w istocie nie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem ww. firmy w trakcie realizacji zamówienia, a zatem nie wykazał, że spełnia warunek w zakresie obiektów użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 100.000.000,00 PLN, w tym sali koncertowej z widownią na minimum 500 miejsc. Udzielając wyjaśnień o ww. treści wykonawca w istocie podważył celowość opisanego ww. warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż stwierdził, że zrealizuje zamówienie nie posiadając ani samodzielnie wymaganego doświadczenia (nie wykazał go we wniosku) ani za pomocą potencjału podmiotu trzeciego.

(...). W tym stanie rzeczy zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę P. S.A. do uzupełnienia wykazu doświadczenia o inwestycję odpowiadającą ww. opisowi spełniania warunku wykonanego przez wykonawcę lub inny podmiot trzeci, który będzie brał faktyczny udział w realizacji przedmiotu zamówienia i dla którego zostaną przedstawione wymagane dokumenty podmiotowe. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 12 (KU/69/12)

Z dokumentacji postępowania wynika, iż pismem z dnia 24 lutego 2012 r. zamawiający poinformował wykonawcę Zakład Wielobranżowy R., o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia”.

Zgodnie z rozdziałem 5 pkt 4 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca w ostatnich 5 latach zrealizował co najmniej 1 zamówienie tożsame z przedmiotem zamówienia, odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom w melioracji i budownictwie wodnym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia, o łącznej wartości minimum 400 000 PLN brutto. Wszystkie wykazane roboty musiały być potwierdzone i udokumentowane listami referencyjnymi, że zostały wykonane z należytą starannością. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca miał złożyć dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia (...).

W tym miejscu należy zauważyć, iż w przypadku nie wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany przez zamawiającego, zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp po uprzednim skorzystaniu z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym wskazana przez zamawiającego podstawa – tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako dotycząca odrzucenia oferty, a nie wykluczenia wykonawcy, jest błędna.

Ponadto, z dokumentacji postępowania nie wynika, aby zamawiający wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia ww. dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. (...). Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy zarówno sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie złożył dokumentu, o którym mowa w ww. rozporządzeniu jak i sytuacji, gdy dokument ten dotknięty jest błędem polegającym np. na tym, że nie potwierdza spełnienia warunku.

A zatem, jeżeli z dokumentów złożonych przez wykonawcę wynika, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać go do ich uzupełnienia. Dopiero, jeżeli w odpowiedzi na wezwanie wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, zamawiający ma obowiązek wykluczyć go z postępowania o udzielenie zamówienia. (...).

Zaniechanie przez zamawiającego wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 13 (KU/248/12)

W SIWZ postępowania zamawiający zawarł regulacje, zgodnie z którymi „jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym lub zdolnościach finansowych, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów (niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi sto-

sunków), zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia" (rozdział X ust. 4 SIWZ). Jednocześnie zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, w celu wykazania spełniania przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, żądał od wykonawców załączenia do składanych ofert m.in. wykazu narzędzi (tj. wykrywaczy metali) dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami o podstawie dysponowania tymi osobami, odpowiednio na podstawie § 1 ust. 1 pkt 4 i 6 rozporządzenia (...).

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż wykonawca – konsorcjum firm: D (lider), B-M załączył wykazy narzędzi i urządzeń dla cz. I, II i V w celu potwierdzenia dysponowania wymaganym potencjałem technicznym, w których wskazano, iż część z narzędzi (wykrywaczy metalu) będzie w dyspozycji wykonawcy na podstawie „pisemnych zobowiązań osób w załącznikach do wykazu osób”.

Ponadto, w przedstawionych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym wykazach osób zdolnych do realizacji zamówienia dla cz. I, II oraz V, w „Informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami”, wykonawca w odniesieniu do większości z przedstawionych osób wskazał na „pisemne zobowiązanie” – w wykazie dla cz. I wskazano na 26 zobowiązań (spośród 27 łącznie wskazanych osób), w wykazie dla cz. II wskazano na 5 zobowiązań (spośród 6 łącznie wskazanych osób), w wykazie dla cz. V wskazano na 12 zobowiązań (spośród 12 łącznie wskazanych osób). Jednocześnie do ww. ofert załączono zobowiązania, poprzez które podmioty te zobowiązały się do „uczestnictwa osobistego jako osoby zdolnej do wykonania zamówienia” oraz do „podpisania umowy (...) i realizacji zadania”. Niektóre z nich zawierają również zobowiązanie do użyczenia wymaganego w postępowaniu potencjału technicznego – wykrywaczy metalu. Powyższe zobowiązania zawierają następujące oznaczenia: pieczętkę: „za zgodność z oryginałem”, obok której umieszczono datę; „06.06.2012”, a także pieczętkę wykonawcy: D (lider) wraz z podpisem [właściciela].

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika również, iż wykonawca – konsorcjum firm: M (lider), „W” S.A. załączył do złożonych przez siebie ofert na cz. nr II i V zamówienia zobowiązanie pana Bogdana S. do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia (potencjału technicznego – narzędzi i urządzeń), które zawiera pieczętkę „za zgodność z oryginałem” oraz podpis i pieczętkę lidera konsorcjum – M. Przedmiotowe zobowiązanie zawiera następujące sformułowanie: „Ja, niżej podpisany, Bogdan S. oświadczam, że dysponuję zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia i oświadczam, że zobowiązuję się do oddania do dyspozycji wykonawcy „W” S.A. (...) wraz z niezbędnymi zasobami (Detektor ramowy Meta-X DoublePower – 2 szt. ...) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia”. W wykazach narzędzi i urządzeń (dla cz. nr II i V) w niektórych pozycjach wykazu, w kolumnie „Informacja o podstawie do dysponowania tymi zasobami”, wskazał „oświadczenie”. Powyższe zobowiązania w ofertach ww. wykonawców oparte są więc o postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dlatego też działania wykonawców w tym zakresie muszą być oceniane zgodnie z obowiązującą wykładnią tej regulacji.

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Z powyższego wynika, że ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, formę pisemną. W związku z powyższym, gdy do-

wodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem.

W trakcie prowadzonej kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania, Prezes Urzędu wezwał zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in. podstaw uznania przez zamawiającego, iż wykonawca, tj. konsorcjum firm D. (lider) w ofercie na cz. I, II i V zamówienia przedłożył zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w prawidłowej formie. W przysłanej odpowiedzi ww. wykonawca wyjaśnił, że „uznał, iż wykonawca konsorcjum firm D. (...) w ofercie na cz. I, II i V zamówienia przedłożył zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w prawidłowej formie, a tym samym spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, iż dołączone do oferty wykonawcy – konsorcjum firm D. (lider) zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, mając formę kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez ww. wykonawcę, nie zostały przedłożone w prawidłowej formie wymaganej przepisami ustawy Pzp, a tym samym nie potwierdzają w wymaganym stopniu faktu dysponowania zasobami podczas realizacji zamówienia, jednocześnie też nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do dysponowania wymaganymi osobami oraz dysponowania wymaganym potencjałem technicznym przez ww. wykonawcę.

Równocześnie stwierdzić należy, iż dołączone do oferty wykonawcy – konsorcjum firm MM (lider) zobowiązanie pana Bogdana S. do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, mając formę kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez ww. wykonawcę, nie zostało przedłożone w prawidłowej formie wymaganej przepisami ustawy Pzp. W zakresie wykazania dysponowania wymaganymi narzędziami i urządzeniami zobowiązanie to nie potwierdza w wymaganym stopniu faktu dysponowania zasobami podczas realizacji zamówienia, jednocześnie też nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do dysponowania wymaganym potencjałem technicznym przez ww. wykonawcę.

(...). Brak wezwania ww. wykonawców do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich w formie pisemnej, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

**Przykłady naruszeń ustawy Pzp
wykrywanych w toku kontroli
przeprowadzanej przez Prezesa UZP
w opisie sposobu dokonania oceny
spełniania warunków udziału w postępowaniu**

Informator nr 6/2013

Stosownie do treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, przez co stanowi wyraz podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, a także zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Brzmienie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ocena naruszenia przez zamawiającego postanowienia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp może być dokonywana jedynie w okolicznościach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich aspektów faktycznych i prawnych danej sprawy. Ze swej istoty ocena ta może być zatem dokonywana wyłącznie *ad casum*, w realiach danego przypadku.

Temat nieprawidłowości w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu był przedmiotem artykułu do Informatora nr 12 z 2010 r., a tezy w nim zawarte pozostają aktualne.

W toku kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP i zakończonych w latach 2011–2013 stwierdzono następujące nieprawidłowości w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (poniższe przykłady dotyczą postępowań prowadzonych zgodnie ze znowelizowanymi w 2009 r. przepisami, jedynie przykład nr 1 odnosi się do naruszenia art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2009 r., zgodnie z którym zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję):

Przykład nr 1 (UZP/DKUE/KN/14/12)

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 9 maja 2008 r. było *wykonanie zmian do systemu ... wynikających z rozporządzenia z dnia 9 października 2007 zmieniającego rozporządzenie w sprawie rejestru zakładów opieki zdrowotnej wraz z 9 miesięcznym nadzorem autorskim*.

W rozdziale IV pkt I ppkt 2 SIWZ zamawiający sformułował następujący opis warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy:

„w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy to w okresie prowadzenia działalności:

- a) wykonawca zrealizował, co najmniej dwie modyfikacje oprogramowania wykorzystującego sieć internetową i zapewniającego bezpieczeństwo dwustronnej elektronicznej wymiany dokumentów przy użyciu infrastruktury klucza publicznego, których wartość była nie mniejsza niż 500 000 zł brutto każdej,
- b) wykonawca zrealizował, co najmniej dwie modyfikacje systemu informatycznego obsługującego rejestr publiczny (definicja rejestru publicznego wg ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne), których wartość była nie mniejsza niż 500 000 zł brutto każda,
- c) wykonawca wykonał, co najmniej dwie modyfikacje systemów informatycznych umożliwiających przetwarzanie danych z zakresu ochrony zdrowia o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł (brutto) każda.”

Zamawiający, wzywany do wskazania podstaw dla określenia ww. opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu (...) wskazał jedynie, iż warunki udziału w postępowaniu nie mogły być określone w sposób zbyt niski, na co zamawiający wymienił kilka wyroków KIO, mających zawierać zakaz zbyt niskiego szacowania wymagań, oraz iż jego zdaniem wartość 500 tys. zł była powiązana z wartością prac zrealizowanych przez wykonawców w omawianym postępowaniu a zakres oczekiwanych doświadczeń odpowiadał zakresowi prac, które powinny być zrealizowane.

Zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższa norma wynika także z podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zama-

wiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Przepis ten zawierał ogólną normę dotyczącą warunków udziału w postępowaniu, wymagającą doprecyzowania w opisie sposobu spełniania warunku dokonany przez zamawiającego w danym postępowaniu.

Wobec powyższego warunki udziału w postępowaniu podlegają konkretyzacji w ramach każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać je z należytą starannością. Oderwanie opisanych przez zamawiającego warunków od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji narusza wprost normę wyrażoną w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania.

(...). W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w aspekcie jego zgodności z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię.

Biegły stwierdził m.in., iż w jego ocenie, o ile posiadanie doświadczenia w zakresie prac nad systemami o specyfice wymienionej przez zamawiającego w SIWZ, a wskazanej w warunkach udziału w postępowaniu (jest ona podobna do systemu będącego przedmiotem prac objętych zamówieniem), jest uzasadnione specyfiką zamówienia, o tyle zapis, iż doświadczenie to ma dotyczyć konkretnie modyfikacji systemów o wskazanej w SIWZ specyfice, w połączeniu z wymaganą wartością zrealizowanych zamówień tego typu (minimum 500 tys. zł) ogranicza konkurencję nadmiernie. Zamówienia na tak duże kwoty i dotyczące modyfikacji systemu związanego z ochroną zdrowia mógł bowiem realizować w okresie poprzedzającym opiniowane postępowania jedynie podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W ramach przeprowadzonej kwerendy biegły nie stwierdził by zamówienia tego typu, na wskazane w SIWZ kwoty minimalne lub wyższe, były udzielane wcześniej innym podmiotom. Modyfikacja istniejącego systemu informatycznego nie różni się bowiem istotnie od realizacji systemu (nowego). A zatem domaganie się posiadania doświadczenia w wykonaniu modyfikacji systemu nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia większej, aniżeli dawałoby po prostu posiadanie doświadczenia w realizacji systemów o specyfice wskazanej przez zamawiającego w opiniowanym postępowaniu.

W opinii uzupełniającej biegły podkreślił, iż zasadniczo konkurencję ograniczał fakt, iż wymagane było koniunktywne spełnienie wymagania posiadania doświadczenia w modyfikowaniu systemów będących rejestrami publicznymi, i w modyfikowaniu systemów wykorzystujących infrastrukturę klucza publicznego, i w modyfikowaniu systemów przetwarzających dane z zakresu ochrony zdrowia. Taka koniunkcja wymaganego doświadczenia w połączeniu z wymaganiami, by dotyczyło ono modyfikacji, a nie wykonania systemów o wskazanej specyfice powodowała, wg opinii biegłego, iż konkurencja została ograniczona, a jedynym znanym biegłemu wykonawcą spełniającym tak postawione wymagania mogło być konsorcjum P-U (...).

W ocenie biegłego złagodzenie wymagań poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się wytworzeniem systemów o wskazanej w SIWZ specyfice dawałoby innym firmom szanse spełnienia tego typu wymagań. Z ww. stwierdzeń zawartych w opinii biegłego wynika, co następuje:

Po pierwsze, należy zaznaczyć, że łączne postawienie przez zamawiającego wymogów co do realizacji usług dotyczących rejestrów publicznych, usług wykorzystujących strukturę klucza publicznego oraz usług w zakresie systemów przetwarzających dane z zakresu ochrony zdrowia w połączeniu z warunkiem wykonania jedynie modyfikacji takich systemów, a bez możliwości wykazania się doświadczeniem w wytworzeniu tego typu systemów, ograniczyło konkurencję w przedmiotowym postępowaniu do tego stopnia,

iz jedynym znanym biegłemu wykonawcą będącym w stanie spełnić tak określone wymagania w czasie prowadzenia niniejszego postępowania było konsorcjum, które złożyło jedyną ofertę w postępowaniu. Po drugie, ograniczenie warunku jedynie do modyfikacji określonych systemów nie było uzasadnione specyfiką zamówienia i celem, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawców do jego realizacji. Różnica pomiędzy wykonaniem modyfikacji a wytworzeniem nowego systemu jest bowiem nieistotna dla ustalenia zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotowej modyfikacji systemu, gdyż w danej sytuacji wykazanie się doświadczeniem w wytworzeniu nowego systemu dawało podobną gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Tym samym złagodzenie opisu warunków udziału w postępowaniu poprzez możliwość wykazania się wytworzeniem systemów o wskazanej w SIWZ specyfice stworzyłoby szansę udziału w przedmiotowym postępowaniu większej liczbie wykonawców, a jednocześnie odpowiadałoby charakterowi zamówienia i zapewniało dobór wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie niezbędne do jego wykonania. W związku z tym, że opis warunków udziału w postępowaniu został sporządzony w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję, tj. bez uzasadnienia specyfiką zamówienia dopuszczał możliwość wykazania się doświadczeniem jedynie w modyfikacji wskazanych w SIWZ systemów, nie uwzględniając doświadczenia w ich wytworzeniu, należy uznać, iż zamawiający, dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu, naruszył zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia.

Przykład nr 2 (UZP/DKUE/KN/7/12)

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 30 kwietnia 2010 r. było *pełnienie obowiązków Zastępstwa Inwestycyjnego i sprawdzenie dokumentacji projektowej podczas realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Budowa obiektu wielofunkcyjnego ekspozycyjno-szkoleniowego na terenie G.*

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w pkt V SIWZ opisał m.in. warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi określone w pkt V ppkt 1.1 SIWZ uprawnienia budowlane: „O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące wymaganych uprawnień budowlanych: osoba posiadająca uprawnienia do nadzorowania (kierowania) robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, osoba posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (sanitarnych), osoba posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych, osoba posiadająca uprawnienia w specjalności drogowej. Osoby posiadające ww. kwalifikacje lub uprawnienia powinny być zatrudnione przez wykonawcę w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony w wymiarze co najmniej ½ (pół) etatu”.

Wykonawca A. – w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp – zwrócił się do zamawiającego „o wyjaśnienie i skorygowanie” ww. zapisu SIWZ. W ocenie wykonawcy, jest on sprzeczny z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i utrudnia uczciwą konkurencję. Ponadto wskazał, iż zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 oraz 7 Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 30 grudnia 2009 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) nie jest uzasadnione żądanie wymagania zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Analogiczne pismo wpłynęło również od wykonawcy D.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższe pisma stwierdził, że nie przewiduje zmiany warunku zatrudnienia przez wykonawcę w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony w wymiarze co najmniej ½ (pół) etatu do wykonania zamówienia. Ww. opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku zamawiający uzasadnił faktem, iż stosunek zatrudnienia określonych osób daje dalej idące zabezpieczenie właściwego peł-

nienia obowiązków Inwestora Zastępczego niż umowy cywilnoprawne. Wyjaśnił również, że ww. warunek stosunku pracy z osobami posiadającymi uprawnienia budowlane stanowi doprecyzowanie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie oczekiwań potrzeb zamawiającego wobec wykonawcy. Ponadto, zamawiający przytoczył orzecznictwo uzasadniające jego stanowisko.

Wykonawca A. złożył wniosek, w którym zażądał uznania za zgodną z warunkami zamówienia ofertę każdego wykonawcy, który dysponuje osobami o kwalifikacjach zawodowych, doświadczeniu i wykształceniu niezbędnym do wykonania zamówienia, bez względu na podstawę do dysponowania tymi osobami.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, przy czym zamawiający – powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – odrzucił oferty złożone przez wykonawców A. i M., jako „nie spełniające wymogów SIWZ rozdział V p 1.1.”, tj. z powodu nie spełnienia przez tych wykonawców warunku zatrudnienia ww. osób w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony w wymiarze co najmniej ½ (pół) etatu. Jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę droższą od ww. odrzuconych ofert.

(...). W świetle art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców jedynie dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach, czy uprawnieniach, bez konieczności wykazywania faktu zatrudnienia ww. osób, na podstawie stałych umów o pracę. Za słusznością tego stanowiska jednoznacznie przemawia aktualne orzecznictwo KIO oraz stanowisko Głównej Komisji Orzekającej. W wyroku GKO z dnia 15 września 2008 r., wydanym na podstawie poprzedniego stanu prawnego, ale zachowującym aktualność na dzień wszczęcia postępowania (sygn. DF/GKO/4900/38/36/08/1580) wskazano, iż „gramatyczna wykładnia art. 22 ust. 1 pkt 2 P.z.p., jednoznacznie wskazuje na możliwość spełnienia warunku w przypadku dysponowania własnymi pracownikami, jak również poprzez uzupełnienie potencjału osobowego w ramach umów cywilnoprawnych. Zapisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, stawiającego wykonawcy wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zadania, nie należy rozumieć jako konieczność zatrudnienia przez wykonawcę określonej liczby osób, niezbędnej do wykonania zadania, na podstawie umowy o pracę. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było postawienie takiego warunku, to z pewnością wyraźnie by go zapisał poprzez użycie zwrotów takich jak: „pracowników”, „zatrudnionych na umowę o pracę”. Skoro w ustawie użyto zwrotu „dysponują (...) osobami zdolnymi do wykonania zadania”, to znaczy, że chodzi tu o możliwość wykorzystania do realizacji zadania określonej ilości osób (fachowców), ale niekoniecznie pracowników”. Ponadto nie sposób nie zwrócić uwagi także na treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w którym stwierdzono, że „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków”. Jak wynika z powyższego przepisu, w celu potwierdzenia spełnienia opisanego warunku udziału w postępowaniu, wykonawca nie musi nawet dysponować własnymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, choćby zatrudnionymi na podstawie umowy cywilnoprawnej. Za wystarczające do spełnienia warunku uważa się dysponowanie takimi osobami za pośrednictwem podmiotu trzeciego składającego zobowiązanie o udostępnieniu zasobów osobowych (wraz z ewentualnymi dokumentami).

Tym samym w świetle przywołanego stanu prawnego oraz orzecznictwa, należy uznać za błędną argumentację zamawiającego, który w piśmie wyjaśniającym z dnia 10 maja 2010 r., dowodził iż: „(...) zakreślony pkt V ppkt 1.1. SIWZ warunek stosunku pracy z osobami posiadającymi uprawnienia budowlane stanowi doprecyzowanie art. 22 ust. 1 pkt 3 ust. Prawo zamówień publicznych, w zakresie oczekiwań i potrzeb Zamawiającego wobec Wykonawców, do czego Zamawiający jest uprawniony”. Dodatkowo należy zauważyć, że taki sposób oceny spełnienia warunku dotyczącego potencjału kadrowego nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis warunku powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W ramach opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków na podstawie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest zatem określić poziom, od które-

go uzna np. potencjał kadrowy wykonawcy za wystarczający do prawidłowego wykonania zamówienia. W niniejszej sprawie nie można uznać, że wykonawca dysponujący kadrą na innych podstawach prawnych niż umowy o pracę, nie byłby w stanie należycie zrealizować zamówienia. Dla wykonania zamówienia istotne bowiem są kwalifikacje danych osób, nie zaś rodzaj umowy, w oparciu o którą wykonują swoje zadania. W związku z powyższym zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy zauważyć, że zamawiający był informowany przez wykonawców o niezasadności takiego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednakże nie zmienił ww. opisu i w konsekwencji odrzucił dwie najtańsze oferty. Na marginesie jedynie należy dodać, że w przypadku uznania, że wykonawca nie spełnia warunku, zamawiający jest zobowiązany wezwać go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zanim podejmie decyzję o jego ewentualnym wykluczeniu. Niemniej jednak istotą przedmiotowej sprawy jest nieprawidłowy opis warunku.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że w przypadku opisanego ww. warunku w sposób nie naruszający treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp tj. bez wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, zamawiający nie mógłby odrzucić najtańszej oferty z powołaniem się na opis spełniania tego warunku. Wykonawca A. nie tylko nie podlegałby wykluczeniu, a jego oferta – odrzuceniu, jeśli warunek zostałby opisany w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ale także biorąc pod uwagę cenę oferty (120 658,00 zł brutto) jego oferta winna być uznana za najkorzystniejszą.

Tym samym, podkreślić należy, że ww. opis warunku z naruszeniem treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp doprowadził do odrzucenia najkorzystniejszej oferty i wyboru oferty o 154.844,84 zł droższej.

Przykład nr 3 (UZP/DKUE/KU/227/11)

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 5 sierpnia 2011 r. była *rozbudowa stacji 400/110 kV*.

Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu oraz z treści SIWZ, zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie doświadczenia w następujący sposób: wykonawca miał wykazać, że „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wybudował lub zmodernizował co najmniej 5 pól na rozdzielni 220 kV lub 400 kV. Za modernizację pola uznane zostanie dokonanie wymiany (zabudowy) co najmniej (łącznie): wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych (także kombinowanych) oraz automatyki zabezpieczeniowej. Zakres prac powinien obejmować również uruchomienie pola.”

W wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2012 r. zamawiający wskazał, że: „zasadnicza różnica pomiędzy tymi sieciami [tj. o napięciach 220 kV, 330 kV, 440 kV], sprowadza się jedynie do przesyłu przez nie energii elektrycznej o innej wartości znamionowej napięcia, natomiast zarówno technologia budowy, stopień skomplikowania inwestycji, czy też poziom doświadczenia wykonawcy w budowie każdej z tych sieci bez względu na napięcie są takie same. Tym samym wykonanie instalacji o napięciu czy to 220 kV, 330 kV czy też 440 kV, które stosowane są w sieciach przemysłowych na terenie całej Europy charakteryzuje się zbliżonym poziomem trudności. Zamawiający przyjął więc, że wystarczające będzie wykazanie się pracami obejmującymi instalację o najniższym napięciu 220 kV”.

W związku z powyższym, pismem z dnia 11 stycznia 2012 r. zamawiający został wezwany do uzasadnienia opisu sposobu oceny spełniania warunku doświadczenia w kontekście art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tego przepisu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w ślad za przytoczonymi powyżej wyjaśnieniami w piśmie z dnia 16 stycznia 2012 r. powtórzył, że „na terenie Europy, funkcjonują elektroenergetyczne sieci przesyłowe o różnych napięciach,

w tym 220 kV, 330 kV, 400 kV oraz 750 kV. Wartości napięć funkcjonujące w Polsce wynoszą 220 kV i 400 kV (i w bardzo niewielkim stopniu 750 kV), zaś w Rosji, niektórych krajach byłego ZSRR (m.in. Litwie, Łotwie, Estonii i Białorusi) oraz Norwegii funkcjonują oprócz sieci 220 kV również sieci przesyłowe o wyższej wartości napięcia, tj. wynoszącej 330 kV. Zasadnicza różnica pomiędzy tymi sieciami sprowadza się jedynie do przesyłu przez nie mocy przy napięciu o innej wartości znamionowej, natomiast zarówno technologia budowy, stopień skomplikowania inwestycji, czy też poziom doświadczenia wykonawcy w budowie każdej z tych sieci bez względu na wartość napięcia są takie same. Tym samym, wykonanie instalacji o napięciu czy to 220 kV, 330 kV czy też 400 kV, które stosowane są w sieciach przesyłowych na terenie całej Europy charakteryzuje się zbliżonym poziomem trudności. Zamawiający przyjął więc, że wystarczające będzie wykazanie się pracami obejmującymi instalacje o napięciu 220 kV. (...). Ponadto, zamawiający wskazał, iż „warunek udziału w postępowaniu odnosi się więc do napięć jakie stosowane są na liniach przesyłowych będących własnością zamawiającego, czyli tych które są związane ściśle z przedmiotem zamówienia. Ponadto warunek bez wątpienia nie jest nadmierny (czyli jest proporcjonalny) – dopuszczając możliwość wykazania się pracami na sieciach przesyłowych o napięciu 220 kV, czyli takich jakie funkcjonują w polskim systemie elektroenergetycznym (którego element jest przedmiotem zamówienia) i które są sieciami o najniższym napięciu stosowanym do przesyłu. Dodatkowo odnosząc się do oceny oferty E. S.A. wskazując, że zamawiający uznał prace, które łączyły w sobie element prac wykonywanych na sieci o napięciu 220 kV i 330 kV tj. na przebudowie pól stacji o napięciu 220 kV i ich dostosowaniu do napięcia 330 kV.”

Odnosząc się do powyższego (...) uznać należy, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dokonany przez zamawiającego był nieproporcjonalny. Jak bowiem wynika z wyjaśnień zamawiającego wykonawca, który posiada doświadczenie również w zakresie prac wykonywanych na sieci o napięciu 330 kV, posiada odpowiednie doświadczenie do tego, aby wykonać przedmiot niniejszego zamówienia. Zatem w świetle wyjaśnień zamawiającego należy uznać, iż brak wskazania napięcia 330 kV w ww. opisie warunku (obok wymienionego w nim napięcia 220 kV lub 400 kV) powoduje nieproporcjonalność opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku doświadczenia do przedmiotu kontrolowanego zamówienia. Zamawiający argumentował powyższy opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku tym, że wartości napięć funkcjonujące w Polsce wynoszą 220 kV i 400 kV i na takich napięciach będzie pracować wyłoniony wykonawca. Niemniej jednak, jak wynika z wyjaśnień zamawiającego ma on świadomość, że „w Rosji, niektórych krajach byłego ZSRR (m.in. Litwie, Łotwie, Estonii i Białorusi) oraz Norwegii funkcjonują oprócz sieci 220 kV również sieci przesyłowe o wyższej wartości napięcia tj. wynoszącej 330 kV.” Dodatkowo, sam zamawiający stwierdził, że wykonanie instalacji o różnych napięciach, w tym także 330 kV, charakteryzuje się podobnym poziomem trudności. Oznacza to, że wykonawcy, którzy posiadali doświadczenie w zakresie instalacji o napięciu 330 kV również byłiby w stanie wykonać niniejsze zamówienie, a jednak zamawiający nie dopuścił możliwości wykazania się takim doświadczeniem w opisie warunku. Tym samym opis sposobu spełnienia tego warunku nie jest proporcjonalny do celu, jakim jest wybór oferty wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia.

W świetle powyższego twierdzenie zamawiającego, że „warunek bez wątpienia nie jest nadmierny (czyli jest proporcjonalny) – dopuszczając możliwość wykazania się pracami na sieciach przesyłowych o napięciu 220 kV, czyli takich jakie funkcjonują w polskim systemie elektroenergetycznym (którego element jest przedmiotem zamówienia) i które są sieciami o najniższym napięciu stosowanym do przesyłu” nie znajduje odzwierciedlenia w dokonanym przez zamawiającego opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia tego warunku. Należy bowiem zauważyć, że zamawiający nie żądał od wykonawców doświadczenia przy instalacjach o napięciu minimum 220 kV, ale o napięciu konkretnie: 220 lub 400 kV. Innymi słowy, zamawiający w żaden sposób nie zakomunikował szerszemu kręgowi wykonawców, że akceptuje również doświadczenie w pracach na napięciach innych niż 220 kV oraz 400 kV, czym mógł ograniczyć krąg wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że zamawiający dokonując opisu sposobu spełniania warunku doświadczenia nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia naruszył przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Przykład nr 4 (UZP/DKUE/KU/47/11)

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 31 maja 2010 r. było *zaprojektowanie, wybudowanie i uruchomienie części napowierzchniowej Podziemnego Magazynu Gazu (PMG) K. wraz z kolumną wydmuchową.*

O udzielenie niniejszego zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy znajdowali się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Wymagane było m.in. wykazanie się przez wykonawców uzyskaniem w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych poprzedzających dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przychodu o równowartości minimum 50 000 000 PLN, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, wówczas za ten okres.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wymagane było przedstawienie sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności – za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, z którego będzie wynikać w każdym roku przychód o równowartości minimum 50 000 000 PLN.

W przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dokumenty potwierdzające spełnienie warunków określonych w ogłoszeniu wymagane są od co najmniej jednego z podmiotów ubiegających się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W dniu 9 lipca 2010 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie wykonawcy stwierdzając, że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców warunek dotyczący uzyskania w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych przychodu o równowartości minimum 50 000 000 PLN musi być spełniony przez co najmniej jednego z wykonawców. Ponadto, z wyjaśnień zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2011 r. wynika, iż wymagał, aby warunek posiadania przychodu w wysokości 50 000 000,00 zł spełniał w całości co najmniej jeden z członków konsorcjum.

(...). Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć na uwadze brzmienie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy Pzp, dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że konsorcjum jako wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby także jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym, w przypadku konsorcjum – w celu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. osiągnięcia odpowiedniego przychodu, należy brać pod uwagę łączny przychód, jaki osiągnęły podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla spełnienia powyższego warunku wystarczające jest nie tylko spełnienie opisanego warunku przez jednego nich (tj. jeden członek konsorcjum osiągnął przychód w wysokości 50 000 000,00 zł), ale także spełnienia go w ten sposób, że wszyscy lub niektórzy członkowie konsorcjum łącznie osiągnęli przychód roczny w wysokości 50 000 000,00 zł (np. jeden – 25 000 000,00 zł, drugi 20 000 000,00 zł, a trzeci 5 000 000,00 zł) co w konsekwencji będzie wypełniało wymóg postawiony przez zamawiającego. Istotą tworzenia konsorcjum jest bowiem dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe rozważania należy uznać, że zamawiający nie może wymagać osiągnięcia przychodu w całości przez co najmniej jednego z członków konsorcjum, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum. W świetle powyższego opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że warunek dotyczący uzyskania w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych przychodu o równoważności minimum 50 000 000 PLN musi być spełniony przez co najmniej jednego z wykonawców narusza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Wymóg ten jest ponadto sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowi naruszenie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład nr 5 (UZP/DKUE/KN/47/11)

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 4 marca 2011 r. był *remont strażnicy OSP z przeznaczeniem na cele społeczno-kulturalne*.

Jak wynika z SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez wymóg udokumentowania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali co najmniej 3 roboty w zakresie (budowy) obiektów użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 329 m² każdy obiekt.

Jak ustalono na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, przedmiot zamówienia (zakres prac) obejmował: wymianę pokrycia dachu i ścian piętra; wymianę stolarki okiennej i drzwiowej; izolację termiczną ścian; remont pomieszczeń sanitarnych i gospodarczych; remonty wykończeniowe; wykonanie elewacji; wykonanie instalacji gazowej, elektrycznej, centralnego ogrzewania i wykonanie kotłowni; wykonanie zbiornika na ścieki i przyłączy kanalizacyjne; wykonanie instalacji zimnej i ciepłej wody, instalacji kanalizacji sanitarnej.

(...). W tym miejscu należy wskazać, iż wszystkie ww. prace wchodzące w zakres przedmiotowego zamówienia 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 zadań wykonanych na obiektach użyteczności publicznej uniemożliwił ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy mają doświadczenie w remontach obiektów innego rodzaju, ale w zakresie prac o zbliżonym charakterze, których sposób realizacji i poziom skomplikowania jest taki sam, jak w przypadku inwestycji objętej niniejszym zamówieniem.

Reasumując należy uznać, że dokonany w przedmiotowym postępowaniu opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jako nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia narusza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ogranicza on bowiem krąg podmiotów potencjal-

nie zainteresowanych realizacją zamówienia poprzez wyłączenie z ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotów zdolnych do świadczenia określonych robót budowlanych, lecz nie posiadających doświadczenia związanego z realizacją robót budowlanych na obiektach użyteczności publicznej. Innymi słowy: ww. opis sposobu spełniania warunku doświadczenia uniemożliwił złożenie ofert wykonawcom, którzy posiadali doświadczenie w zakresie odpowiednich robót budowlanych, ale nie realizowanych na obiektach użyteczności publicznej. Wyżej opisany warunek udziału w postępowaniu należy uznać za nadmierny, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy nie wykonywali robót budowlanych na obiektach użyteczności publicznej. Wymóg taki mógł zatem prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji. Tym samym, zamawiający dokonując w powyższy sposób opis oceny spełniania warunku doświadczenia naruszył art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przykład nr 6 (UZP/DKUE/KN/44/11)

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 11 maja 2011 r. było *zorganizowanie i przeprowadzenie usług o charakterze szkoleniowym i edukacyjnym wraz z zapewnieniem usług opieki dla 15 dzieci na czas trwania zajęć.*

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał przedłożenia wykazu wykonanych usług szkoleniowych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, dofinansowanych ze środków Unii Europejskiej, o wartości co najmniej 100 000 zł brutto, o charakterze i złożoności tożsamej z przedmiotem zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, iż usługi te zostały należycie wykonane.

(...). Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego przedstawionych w piśmie z dnia 19 stycznia 2012 r., „postawiony warunek nie tyle miał się odnosić wprost do posiadania doświadczenia w realizacji zamówienia publicznego, którego źródła finansowania znajdują się w funduszach UE, lecz przede wszystkim posiadania doświadczenia w realizacji zamówień na analogiczne usługi, których przedmiot obejmował, poza merytoryczną kwestią (tu usługa edukacyjno-szkoleniowa), również wiele kwestii „okołomerytorycznych”, których wymogi i charakter realizacji określone są w całym szeregu dokumentów, takich jak: „Wytoczne dotyczące oznakowania projektów w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki”, „Strategia Komunikacji Funduszy Europejskich w ramach Narodowej Strategii Spójności na lata 2007-2013 wraz z załącznikiem Nr 1” i „Wytoczne w zakresie informacji i promocji”. (...). Doświadczenie zamawiającego płynące z doboru wykonawców do realizowanych projektów współfinansowanych ze środków UE wskazuje, że kwestie przejawiające się chociażby w oznaczeniu i oznakowaniu pomieszczeń, certyfikatów, wszelkich dokumentów przygotowywanych na potrzeby realizacji usługi, materiałów szkoleniowych przekazywanych uczestnikom oraz wszelkich aspektów związanych z metodologią rozliczania wykonywanej usługi charakterystycznych dla projektów współfinansowanych ze środków UE w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, niejednokrotnie traktowane były przez wykonawców jako mało istotne. Komisja Europejska zaś, bezpośrednio lub za pośrednictwem Instytucji Pośredniczących w realizacji projektów współfinansowanych ze środków UE, wskazywała w szeregu dokumentów na wagę i znaczenie wymienionych, niejednokrotnie podnosząc ich rangę powyżej prawidłowości merytorycznej realizacji projektów”.

Odnosząc się do przywołanych powyżej argumentów zamawiającego należy przede wszystkim wskazać, iż zamawiający nie wykazał, że przedstawiony opis sposobu oceny spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. nie wykazał, że inni wykonawcy posiadający doświadczenie w świadczeniu tego samego rodzaju usług, ale niewspółfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, nie byłoby w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Stwierdzić bowiem należy, że wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji usług tożsamych do przed-

miotu zamówienia, tj. usług szkoleniowych oraz usług z zakresu doradztwa zawodowego, dają rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, bez względu na sposób finansowania danego zamówienia. O doświadczeniu wykonawcy świadczy bowiem rodzaj, wielkość i złożoność usługi, której realizacją może się wykazać, nie zaś sposób jej finansowania.

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

Niezależnie od powyższego, w celu zapewnienia właściwej realizacji tej części zamówienia, która odnosi się bezpośrednio do czynności związanych z pozamerytoryczną częścią usługi, tj. do oznaczenia poszczególnych elementów logo Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki oraz do rozliczenia projektu współfinansowanego ze środków UE, zamawiający mógł też opisać warunek w zakresie dysponowania przez wykonawcę osobą posiadającą doświadczenie w tego rodzaju czynnościach. Pozwoliłoby to na złożenie ofert przez wykonawców posiadających doświadczenie w usługach podobnych do będących przedmiotem zamówienia, ale niewspółfinansowanych ze środków UE, a zatem nie ograniczałoby konkurencji jedynie do firm realizujących usługi dofinansowywane ze środków unijnych. Jednocześnie wykonawca sam nie posiadający doświadczenia w usługach z udziałem środków UE, ale dysponujący na dowolnych zasadach ww. osobą, byłby zdolny do prawidłowego wykonania pozamerytorycznej części zamówienia. Jak ponadto wskazał sam zamawiający, wytyczne dotyczące projektów współfinansowanych ze środków UE zostały określone w dokumentach, które są dostępne dla wszystkich wykonawców. Należy zatem stwierdzić, że wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji usług tożsamy do przedmiotu zamówienia, jednak niewspółfinansowanych ze środków UE, który byłby zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia, mógł zapoznać się z odpowiednimi regulacjami i w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia. Ponadto, nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że posiadanie doświadczenia w realizacji usług współfinansowanych ze środków UE stanowi gwarancję, że wykonawca nie będzie traktował „pozamerytorycznych” elementów usługi jako mniej istotnych.

Dokonany przez zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu opis sposobu oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia należy zatem uznać za nieproporcjonalny i ograniczający konkurencję, ponieważ zawęził krąg potencjalnych wykonawców tylko do tych, którzy mieli doświadczenie w realizacji usług współfinansowanych ze środków UE, mimo że inni wykonawcy również byłiby w stanie świadczyć ww. usługi. Dla prawidłowego wykonania usług szkoleniowych nie jest bowiem istotne źródło finansowania usług, które wykonawca dotąd wykonywał i wymóg taki nie jest niezbędny do dokonania wyboru wykonawcy zapewniającego należyte wykonanie zamówienia. Tym samym, opis ww. warunku nie był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Reasumując, powyższym opisem sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy.

Przykład nr 7 (UZP/DKUE/KN/43/11)

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 13 października 2010 r. było *wykonanie robót budowlano-montażowych dla projektu pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej G.”*

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 5 ppkt 5.1.2 SIWZ zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy poprzez wymaganie wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia – co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 36 mln PLN netto, polegającej na:

- budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie oczyszczalni ścieków o średniej dobowej przepustowości co najmniej 2800 m³/dobę i
- budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie stacji wodociągowej o zapotrzebowaniu na wodę o wielkości co najmniej 2000 m³/dobę i
- budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 5000 mb i
- budowie i/lub przebudowie sieci wodociągowej o długości co najmniej 5000 mb.

Za ukończone uznaje się roboty budowlane dla których zostało wydane minimum Świadectwo Przejęcia w rozumieniu Warunków Kontraktowych FIDIC (Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów – Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) lub dokument równoważny potwierdzający zakończenie robót, np. protokół odbioru końcowego.

W trakcie postępowania wykonawcy (...) zwracali się do zamawiającego o interpretację i zmianę tak dokonanego opisu sposobu dokonywania oceny warunku udziału w postępowaniu, przez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem w realizacji wyżej opisanych robót wykonanych łącznie, w ramach więcej niż jednej umowy. Wykonawcy kwestionowali nieuznawanie przez zamawiającego referencji z zakresu wykonania robót budowlanych, mimo iż wykonali podobne roboty, ale w ramach oddzielnych zadań (np. wybudowali dużo większą oczyszczalnię ścieków z dużo większą długością kanalizacji sanitarnej, ale w tym zadaniu nie wykonali budowy stacji wodociągowej, którą mają wykonaną w innym zadaniu łącznie z budową sieci wodociągowej, czy też każdy z tych zakresów wykonali o większych parametrach, ale oddzielnie) oraz podnosili, iż doświadczenie zgromadzone przy realizacji odrębnych zamówień inwestycyjnych przy realizacji przedmiotowego warunku niczym nie różni się od doświadczenia przy realizacji przedmiotowego warunku wyłącznie na jednym zadaniu inwestycyjnym, jak również że tak określony warunek ogranicza konkurencję preferując wielkie firmy jako potencjalnych wykonawców ww. zamówienia. Z dokumentacji postępowania wynika, iż pomimo ww. wniosków wykonawców, zamawiający pozostawił sposób oceny warunku bez zmian. Tym samym wykazanie się robotami budowlanymi we wskazanym zakresie, wykonanymi w ramach oddzielnych zamówień, nie spełniałoby warunku udziału w postępowaniu. Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że powyższy warunek zamawiający sformułował kierując się przedmiotem i wartością zamówienia (...). W związku z tym, iż ww. zamówienie jest złożone i będzie realizowane na terenie miasta, w wielu przypadkach w miejscach o intensywnej zabudowie, powodując jednocześnie duże utrudnienia w ruchu komunikacyjnym, niezwykle istotnym jest, aby wykonawca, który miałby realizować przedmiotowe zamówienie, dysponował niezbędnym doświadczeniem i wiedzą w zakresie jednoczesnej realizacji robót polegających na budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie oczyszczalni ścieków i budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie stacji wodociągowej i budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej i budowie i/lub przebudowie sieci wodociągowej (przedmiotowe zamówienie jest w ostatnich latach największym co do zakresu rzeczowego i finansowego przedsięwzięciem w G.). Zdaniem zamawiającego brak ww. doświadczenia spowodowałby, iż zamówienie zostałoby zrealizowane w sposób nieprawidłowy. Zważywszy na rodzaj i znaczenie obiektów, których dotyczy zamówienie, m.in. oczyszczalnia ścieków, niezwykle istotnym jest, aby przedmiotowe zamówienie zostało wykonane w sposób należyty. Realizacja zamówienia w sposób nienależyty wygenerować może wysokie koszty społeczne, w szczególności związane z ochroną środowiska, zanieczyszczeniem przepływającej przez G. rzeki stanowiącej rezerwat przyrody oraz źródło wody pitnej dla dalej położonych aglomeracji.

W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził, że (...) wymaganie wykazania się wykonaniem w ramach jednej umowy robót budowlanych takich jak budowa/rozbudowa/modernizacja/przebudowa oczyszczalni ścieków i stacji wodociągowej oraz budowa i/lub przebudowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, naruszającym zasadę uczciwej

konkurencji poprzez ograniczenie dostępności zamówienia dla wykonawców, którzy realizowali wiele takich inwestycji o porównywalnej wartości w ramach różnych umów.

Zamawiający w swoich wyjaśnieniach ograniczył się do stwierdzenia, że tylko tak opisany warunek daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, uzasadniając to złożonością zamówienia, które będzie realizowane na terenie miasta, w wielu przypadkach w miejscach o intensywnej zabudowie, powodując jednocześnie duże utrudnienia w ruchu komunikacyjnym. Powyższych wyjaśnień nie można uznać za wystarczające dla tak obostrzonego opisu warunku udziału w postępowaniu, bowiem właściwe wykonanie zamówienia byłby w stanie zapewnić wykonawca, posiadający doświadczenie w realizacji inwestycji o odpowiednim stopniu skomplikowania, jednak niekoniecznie obejmującym swoim zakresem wszystkie wymagane przez zamawiającego zadania, czy też w realizacji wskazanych robót łącznie w ramach kilku inwestycji budowlanych. Fakt wykonywania wszystkich ww. robót łącznie jako jednej roboty budowlanej, tj. na podstawie jednej umowy nie ma bowiem związku z wykonywaniem tego rodzaju robót w terenie miejskim przy ruchu komunikacyjnym. W szczególności ww. roboty łącznie mogły być przez danego wykonawcę realizowane w całości lub w części na terenie wiejskim, co oznaczałoby, że taki wykonawca nie dysponowałby doświadczeniem w realizacji robót przy dużym ruchu komunikacyjnym. Niezależnie od powyższego dla prawidłowej realizacji niniejszego zamówienia największe znaczenie ma doświadczenie wykonawcy i jego kadry w zakresie wykonywania robót tego samego rodzaju, nie zaś doświadczenie w wykonywaniu tych robót w określonym terenie. Opis sposobu spełniania ww. warunku nie odnosi się zresztą do rodzaju środowiska, w którym roboty te były wykonywane, tylko do wymogu, aby roboty te były wykonywane w ramach jednej umowy. Taki opis warunku nie jest natomiast niezbędny do zbadania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia, a zatem nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego należy uznać, że dokonując opisu sposobu dokonywania oceny warunku udziału w postępowaniu poprzez wymaganie wykonania wszystkich ww. robót w ramach jednej umowy, zamawiający naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Należy również wskazać, że naruszenie to skutkowało wykluczeniem wykonawcy konsorcjum M. Sp. z o.o., który złożył najkorzystniejszą ofertę, ze względu na wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu wskazanych robót w zakresie znacznie przekraczającym wymagania zamawiającego, wykonanych na rzecz jednego inwestora lecz w ramach kilku umów. Ponadto pozostali wykonawcy wnioskujący o zmianę opisu sposobu oceny przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu nie złożyli ofert, co również świadczy o tym, że ww. opis warunku utrudniał dostęp do zamówienia, a w konsekwencji – utrudniał uczciwą konkurencję.

Przykład nr 8 (UZP/DKUE/KN/35/11)

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 25 maja 2010 r. było *zarządzanie projektem wraz z promocją*.

W ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.3) oraz w SIWZ (pkt VII) zamawiający określił warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wskazując, iż:

- 1) Doświadczenie zawodowe – wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał z należytą starannością:

- w zakresie Zadania nr 1:

co najmniej dwa kontrakty wykonywane na rzecz Jednostek Samorządu Terytorialnego, w ramach projektów realizowanych przez te Jednostki Samorządu Terytorialnego ze środków unijnych, polegające na:

- a) przygotowywaniu niezbędnych sprawozdań i raportów dla Instytucji Pośredniczącej jak również pomocy w rozliczaniu projektu realizowanego z wykorzystaniem środków unijnych,

- b) wykonywaniu zadań związanych z zarządzaniem projektem, w tym: analiza i monitorowanie ryzyka w projekcie, monitorowanie oraz nadzór nad prawidłową realizacją projektu, uczestniczenie w procedurach odbioru projektów,
- c) sporządzaniu dokumentacji przetargowej (minimum treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia),

dla projektów o wartości co najmniej 5 mln zł netto każdy, których przedmiotem było wdrożenie systemu informatycznego, w tym co najmniej jeden z tych projektów obejmował budowę lub rozwój systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

- w zakresie Zadania nr 2:
 - a) co najmniej jeden kontrakt polegający na wsparciu merytorycznym i koordynacji prac przy wdrożeniu lub rozwoju zcentralizowanego systemu informatycznego obejmującego co najmniej 150 placówek oświatowych prowadzonych przez Jednostkę Samorządu Terytorialnego.
- 2) Potencjał kadrowy – wykonawca musiał wykazać, że dysponuje lub będzie dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które posiadają kwalifikacje, wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, odpowiadające minimalnym warunkom określonym poniżej:
 - w zakresie Zadania nr 1:
 - a) Zespół ekspertów unijnych – minimum 3 specjalistów posiadających wykształcenie, kwalifikacje i doświadczenie w zakresie zarządzania co najmniej dwoma projektami dofinansowanymi ze środków unijnych, w tym co najmniej jednym projektem wykonywanym na rzecz Jednostki Samorządu Terytorialnego, o wartości projektu co najmniej 5 mln zł netto, którego przedmiot obejmował budowę lub rozwój systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego, w tym:
 - minimum jeden ekspert ds. architektury, posiadający wykształcenie wyższe informatyczne lub ekonomiczne oraz kwalifikacje w zakresie tworzenia architektur systemów informatycznych klasy Enterprise, potwierdzone certyfikatem TOGAF lub równoważnym,
 - minimum jeden ekspert ds. finansów, posiadający wykształcenie wyższe ekonomiczne oraz doświadczenie w całościowym rozliczaniu projektów dofinansowanych ze środków unijnych,
 - minimum jeden ekspert ds. prawa unijnego, posiadający wykształcenie wyższe prawnicze;
 - b) Zespół kierowników projektów – minimum 2 specjalistów posiadających wykształcenie wyższe informatyczne lub ekonomiczne i doświadczenie w zakresie zarządzania projektami, potwierdzone uczestnictwem w całościowym zarządzaniu przynajmniej dwoma projektami informatycznymi oraz certyfikat PRINCE2 Foundation lub równoważny, w tym co najmniej jeden ze specjalistów posiada doświadczenie w zakresie zarządzania co najmniej jednym projektem dofinansowanym ze środków unijnych wykonywanym na rzecz Jednostki Samorządu Terytorialnego o wartości projektu co najmniej 5 mln zł netto, którego przedmiot obejmował budowę lub rozwój systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego.
 - w zakresie Zadania nr 2:
 - a) minimum jeden ekspert ds. informatycznych, który:
 - ukończył studia wyższe o kierunku informatyka o specjalizacji systemy operacyjne i sieci komputerowe lub ukończył studia wyższe o kierunku informatyka w zakresie systemy i sieci komputerowe,

- posiada doświadczenie w koordynowaniu pracami przy wdrożeniu lub rozwoju zcentralizowanego systemu informatycznego w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez Jednostkę Samorządu Terytorialnego,
- posiada wiedzę w zakresie konfiguracji szkolnych sieci komputerowych, potwierdzoną co najmniej jednokrotnym prowadzeniem szkolenia dla administratorów szkolnych sieci komputerowych, w akredytowanych ośrodkach MEN.

(...). W celu ustalenia, czy zamawiający opisał sposób oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem dnia 20.09.2011 r. wystąpił do Eksperta o sporządzenie opinii w przedmiotowym zakresie.

Poddawszy analizie dokonany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Ekspert w opinii z dnia 21.10.2011 r., w odniesieniu do warunku doświadczenia wskazał (pkt 2.2.2 opinii), iż *w zakresie Zadania nr 1 zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie przygotowania niezbędnych sprawozdań i raportów dla Instytucji Pośredniczącej oraz pomocy w rozliczaniu projektu unijnego, zarządzania projektem oraz sporządzania dokumentacji przetargowej w projektach o wartości co najmniej 5 mln zł netto, których przedmiotem było wdrożenie systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego.*

Wg najlepszej wiedzy Biegłego opisane tu czynności związane z raportowaniem, sprawozdawczością i rozliczaniem projektu unijnego, jak i sporządzaniem dokumentacji przetargowej (tym bardziej, iż „wsad merytoryczny” zostanie opracowany w ramach drugiego z opiniowanych tu projektów) nie różnią się istotnie w zależności od beneficjenta projektu, lecz o ich kształcie decydują wymagania adresatów tego typu dokumentacji (np. Instytucji Pośredniczącej) a w zakresie dokumentacji przetargowej uniwersalne przepisy Prawa zamówień publicznych. Tym samym samo wymaganie posiadania doświadczenia w realizacji tego typu czynności jest oczywiście uzasadnione przedmiotem zamówienia, lecz wymaganie posiadania doświadczenia we wskazanych wyżej czynnościach wykonywanych w projektach adresowanych do oświaty podlegającej JST nie znajduje już uzasadnienia. Podkreślić należy, że rękojmię należytego wykonania zamówienia dawałyby tutaj podmioty generalnie posiadające doświadczenie w doradztwie w prowadzeniu „projektów unijnych” (sprawozdawczość, rozliczenia, dokumentacja projektu unijnego) o odpowiedniej wielkości, niekoniecznie realizowanych na zamówienie instytucji państwowych lub samorządowych. (...).

W zakresie zadania nr 2 zamawiający wymagał, by wykonawca wykonał co najmniej jeden kontrakt polegający na wsparciu merytorycznym i koordynacji przy rozwoju scentralizowanego systemu informatycznego obejmującego co najmniej 150 placówek oświatowych prowadzonych przez Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

W ocenie Biegłego wymaganie posiadania wskazanego powyżej doświadczenia w koordynacji projektów informatyzacji oświaty samorządowej jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, w którym nadzór techniczny nad realizacją projektu wymaga (np. w aspekcie oprogramowania aplikacyjnego wspierającego działanie placówki oświatowej) wiedzy o funkcjonowaniu jednostek oświatowych, a jej posiadanie może zagwarantować przede wszystkim uczestnictwo w podobnych projektach na rzecz podobnych jednostek. Jak wynika z treści p. 2.3 sformułowane wymaganie, by projekt dotyczył min. 150 placówek oświatowych jest jednak zbyt wyśrubowane, brak mu logicznego uzasadnienia i zasadniczo ogranicza konkurencję.

W przywołanym powyżej punkcie 2.3 opinii Ekspert udzielił również odpowiedzi na pytanie, ile projektów informatycznych polegających na budowie lub rozbudowie systemu zarządzania oświatą w co najmniej (...) 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego o wartości minimum 5 mln zł netto (...) zrealizowanych zostało w Polsce w terminie 3 lat przed upływem terminów składania ofert (chodzi o projekty, które mogły być wykazane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu)?

Odpowiadając na powyższe Ekspert wskazał, iż *generalnie rozwój zainteresowania systemami zarządzania oświatą nastąpił w ostatnich latach. Projekt tej wielkości mógł dotyczyć przede wszystkim największych miast w Polsce – tj. miast wojewódzkich. Wg przeprowadzonej kwerendy Internetowej, która nie daje 100% gwarancji, iż wykryto wszystkie możliwe przedsięwzięcia (...), jedyny zakończony projekt tej skali to projekt zrealizowany w latach 2005 – 2007 w Krakowie, za ok. 8 mln zł. Do podobnego projektu przystąpił w tym roku Gdańsk (191 placówek, koszt ok. 11 mln zł). Zrealizowano natomiast wiele projektów w mniejszych miejscowościach.*

Tak ostre wymagania w mej ocenie znacząco i w sposób nieuzasadniony ograniczyły konkurencję w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienia. Podkreślić należy, iż liczba placówek objętych projektem nie jest głównym czynnikiem rękojmi należytego wykonania przedmiotowych zamówień, gdyż co do zasady konstrukcja systemów tego typu cechuje się dużą powtarzalnością, a przez to większa liczba placówek zwiększa jedynie nakład pracy, która jednak jest w swej istocie podobna w projekcie obejmującym np. 30 placówek wszystkich typów, co w projekcie obejmującym 100, czy 150 placówek.

W odniesieniu do warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w opinii Eksperta, w zakresie Zadania nr 1, *o ile wszystkie wskazane role ocenić należy jako potrzebne przy realizacji zamówienia (...), o tyle wymagania w zakresie kompetencji i doświadczenia są w mej ocenie w istotnej części nieuzasadnione przedmiotem zamówienia i specyfiką projektu, w ramach którego są one udzielane, szczególnie w kontekście ustaleń zawartych w punkcie 2.3.*

Generalnie oceniam wymaganie posiadania doświadczenia w projekcie oświatowym za nieuzasadnione – specyfika branży edukacyjnej, przedmiot zamówienia i projektu, w ramach którego jest ono udzielane nie uzasadniają posiadania takiego doświadczenia. W szczególności:

- *Zarządzanie projektem jest realizowane w oparciu o uniwersalne metodyki (np. PRINCE2, PMBOK czy IPMA) – wystarczające jest więc doświadczenie w zarządzaniu projektem, co najwyżej projektem współfinansowanym ze środków UE;*
- *Dokumentowanie projektu współfinansowanego ze środków UE i związana z tym sprawozdawczość nie zależy od branży tylko od wymagań określonych przez jednostki zajmujące się dystrybucją przydziałem i dystrybucją funduszy (m.in. jednostki pośredniczące) – w tym zakresie z pewnością wystarczy doświadczenie w projekcie współfinansowanym ze środków UE;*
- *Kwestie architektury i technologii informatycznych są niezależne od branży edukacyjnej. Wymaganie posiadania certyfikatów z obszaru architektury korporacyjnej opisanej w TOGAF również nie wydaje się potrzebne – trudno zrozumieć do czego wiedza na temat tego ogólnego podejścia (nie zawierającego de facto wytycznych konstrukcyjnych) może się przydać w realizacji zadań objętych zamówieniem tym bardziej, iż jego stosowanie nie jest wymagane w dokumentacji przetargowej.*

W zakresie Zadania nr 2, o ile niewątpliwie ekspert ds. informatycznych jest niezbędny przy nadzorze technicznym nad projektem, o tyle wymagania co do kwalifikacji tej osoby budzą zasadnicze wątpliwości odnośnie wszystkich wymaganych pozycji opisujących kompetencje i doświadczenia takiej osoby. Nie jest w ogóle zrozumiałe dlaczego wymagana jest tak specyficzna specjalność ukończonych studiów (co do zasady – absolwenci większości wiodących uczelni nie spełniają tak zakreślonego wymagania z uwagi na brak takich specjalności w ofercie dydaktycznej tych uczelni) zamiast np. konkretnej znajomości technologii sieciowych i systemów operacyjnych potwierdzonych odpowiednimi szkoleniami/certyfikatami; doświadczenie w koordynacji prac może mieć tu pewne znaczenie, ale tak zasadnicze wyśrubowanie wymagań co do specyfiki i wielkości projektu nie ma uzasadnienia (zwłaszcza w kontekście ustaleń z p. 2.3), podobnie, jak trudno uznać, za uzasadnione wymaganie prowadzenia szkolenia dla administratorów szkolnych sieci komputerowych – szkolne sieci komputerowe nie stanowią jakiejś wyodrębnionej kategorii sieci komputerowych (mieszczą się generalnie w kategorii sieci lokalnych i to wiedzy z tego zakresu należałoby tu wymagać), nawet, jeśli MEN prowadzi pewne działania standaryzacyjne, to wystarczająca do realizacji zamówienia polegającego na koordynacji merytorycznej prac jest odpowiednia wiedza z zakresu sieci komputerowych potwierdzona szkoleniami, czy certyfikatami.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny oraz prawny, w szczególności treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania zauważyć należy, iż zamawiający opisał warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję.

Nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia było odwołanie się przy opisie warunku doświadczenia (w zakresie obydwu zadań) do realizacji projektów oświatowych podlegających pod jedną jednostkę samorządu terytorialnego, gdyż również podmioty posiadające doświadczenie w realizacji projektów na rzecz innych instytucji dawały rękojmię należytego wykonania przedmiotu umowy. Jak wskazał bowiem biegły, czynności należące do zadań wykonawcy określone są przez instytucje przyznające środki (np. Instytucje Pośredniczące), natomiast ich charakter nie zależy od rodzaju beneficjenta. W tym kontekście wykonawca, który posiadał doświadczenie w zarządzaniu projektem unijnym na rzecz podmiotów innych niż wskazane w opisie warunku, również byłby w stanie wykonać zamówienie.

W przedmiotowej sprawie za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz ograniczające konkurencję uznać również należy odwołanie się zamawiającego przy opisie warunków (doświadczenia oraz dysponowania personelem) do projektu obejmującego zcentralizowany system informatyczny dla 150 placówek oświatowych. Jak podniesiono w opinii eksperckiej, co do zasady konstrukcja systemów informatycznych tego typu cechuje się dużą powtarzalnością, a przez to większa liczba placówek zwiększa jedynie nakład pracy. Tym samym nie ma uzasadnienia dla odwołania się w opisie warunku do aż 150 placówek oświatowych, skoro wiedza i doświadczenie wykonawcy lub jego kadry byłyby wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia już przy liczbie np. kilkudziesięciu takich placówek. Argumentem przemawiający za stwierdzeniem, iż powyższe ograniczało konkurencję jest przeprowadzona w ramach sporządzania opinii kwerenda, z której wynika, iż jedynym zakończonym projektem tej skali na dzień składania i otwarcia ofert był zrealizowany w latach 2006-2007 projekt „Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w Krakowie” na rzecz Miasta Krakowa. Niniejsze stanowisko znajduje potwierdzenie w dokumentacji przedmiotowego postępowania – ww. projekt z Krakowa ujęty został w wykazie doświadczenia wykonawcy – N., który jako jedyny złożył ofertę na Zadanie nr 1.

Jak wskazano powyżej, również część wymagań w zakresie kompetencji i doświadczenia członków personelu przewidzianego do realizacji przedmiotu zamówienia, nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia oraz specyfice projektu. W szczególności wymóg posiadania przez eksperta ds. architektury certyfikatu TOGAF lub równoważnego oraz wymogi posiadania opisanego w warunku wykształcenia nie były niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Ww. wymogi stanowiące część opisu sposobu oceny spełniania warunków nie były zatem niezbędne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia, tym samym nie były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie tak opisane wymogi mogły utrudniać dostęp do ww. zamówienia, o czym świadczy fakt, że w obu częściach postępowania złożono po 1 ofercie.

Wobec powyższego należy uznać, iż zamawiający dokonując w ww. sposób opisu oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przykład nr 9 (UZP/DKUE/KN/71/10)

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 19 lutego 2010 r. była *przebudowa dawnej Synagogi na potrzeby Ośrodka Kultury etap II*.

Jak wynika z dokumentacji kontroli zamawiający na potwierdzenie zdolności ekonomicznej wymagał, aby ze sprawozdania finansowego z okresu dwóch lat obrotowych (2007 r. i 2008 r.), a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy w tym okresie wynikało, że wykonawca osiągnął łączny wynik dodatni, a także jego obrót łączny w robotach budowlanych za te lata wyniósł ponad 20 mln zł.

W toku kontroli skierowane zostało do zamawiającego pismo z prośbą o wyjaśnienie jak zamawiający rozumiał postawiony w SIWZ (część III.2.2.2 lit. a)) wymóg wykazania przez wykonawcę osiągnięcia w latach 2007 i 2008 łącznego wyniku dodatniego. Czy zamawiający rozumiał wynik dodatni jako zysk osiągnięty przez wykonawcę, czy też jako inny wynik ekonomiczny (jeśli tak to jaki).

Zamawiający wyjaśnił, iż miał na myśli wynik dodatni jako zysk osiągnięty przez wykonawcę.

(...). Jednym z kryteriów oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia jest jego kondycja ekonomiczna (por. art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Zamawiający, konkretyzując warunki udziału w postępowaniu, może żądać od wykonawców spełnienia pewnych minimalnych wymogów odnoszących się do ich sytuacji ekonomicznej, które będą gwarantować realizację zamówienia do czasu otrzymania zapłaty za wykonanie umowy. Zamawiający może zatem określić potencjał ekonomiczny, który na podstawie obiektywnej oceny można uznać za niezbędny dla prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia.

Wymogiem tego rodzaju nie będzie jednak żądanie, by wykonawcy wykazali się zyskiem, osiągniętym w określonym czasie. Ocena kondycji ekonomicznej wykonawcy na podstawie kryterium dodatnich wyników finansowych jest nieuzasadniona w celu prawidłowego oszacowania jego zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Wskaźnik dodatniego wyniku finansowego nie jest bowiem właściwym dla wykazania dobrej kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa, które jest w fazie rozwoju lub poczyniło znaczne inwestycje, które mogą przynieść zyski w przyszłości. Ponadto wskaźnik ten ogranicza udział przedsiębiorców krócej działających na rynku.

(...). Na ustalenie przez zamawiającego nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia i naruszającego uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców ekonomiczno-finansowego warunku udziału w postępowaniu wskazywać również może fakt, iż wykonawca B. pismem z dnia 23.02.2010 r., złożył protest na warunki dotyczące wymaganej zdolności ekonomicznej. Na powyższe wskazuje również złożone w toku postępowania pytanie o wyjaśnienie treści SIWZ, w zakresie warunku dotyczącego ekonomicznej i finansowej zdolności wykonawców i prośba o dopuszczenie wykazania przez wykonawcę zdolności ekonomicznej w inny sposób.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej nie jest bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie narusza zasadę uczciwej konkurencji.

**Przykłady stwierdzonych
w toku kontroli Prezesa UZP naruszeń
dotyczących nieuprawnionego
udzielania zamówień publicznych
bez stosowania przepisów Pzp
w związku z nieprawidłową interpretacją
definicji legalnej pojęcia
„zamówienia publiczne”,
zawartej w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp**

Informator nr 3/2013

Zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem jest nabywanie dostaw, usług lub robót budowlanych. Analiza treści przywołanego przepisu wskazuje zatem na istnienie trzech przesłanek, których łączne zaistnienie powoduje uznanie umowy za zamówienie publiczne. Przesłankami tymi są:

1. odpłatny charakter umowy,
2. fakt zawierania umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, oraz
3. przedmiot umowy, który musi obejmować nabywanie dostaw, usług lub robót budowlanych.

Warto wskazać, iż najczęstsze błędy popełniane przez zamawiających dotyczą w ramach niniejszej problematyki interpretacji przesłanki odnoszącej się do odpłatnego charakteru umów. Zaprezentowane poniżej przypadki świadczą, iż odpłatność obejmuje nie tylko świadczenia pieniężne, ale także wzajemne świadczenia w innej postaci niż pieniężna.

Ponadto, zaprezentowane przykłady niezgodnego z ustawą PZP udzielenia zamówień bez stosowania przepisów ustawy wskazują, iż dla uznania umowy za umowę o zamówienie publiczne nie ma znaczenia czy będzie ona miała formę umowy dzierżawy, najmu, lub jakiegokolwiek innej umowy nazwanej lub nie-nazwanej. Od nazwy umowy zawartej między stronami istotniejszy jest bowiem cel oraz skutek stosunku prawnego łączącego wykonawcę oraz zamawiającego. Jednocześnie należy dodać, iż Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 23 listopada 2012 r. (sygn. akt V Ca 2497/12) wskazał, iż umowa zawarta poza ustawą, również stanowi umowę w sprawie zamówienia publicznego, o ile odpowiada definicji legalnej zamówienia publicznego (art. 2 pkt 13 ustawy PZP). Umową o zamówienie publiczne jest bowiem zgodnie z wyrażonym przez Sąd poglądem każda umowa, która odpowiada definicji legalnej zamówienia publicznego (art. 2 pkt 13 Pzp) bez względu na to czy została zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów przewidzianych w ustawie PZP, czy też jej zawarcie nastąpiło bez stosowania ustawy (np. na podstawie wyłączenia wskazanego w art. 4 pkt 1 lit. a ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe, w dalszej części przedstawione zostały przykłady stwierdzonych w toku kontroli Prezesa UZP naruszeń, o których mowa w tytule niniejszego artykułu.

KND/11/12

W dniu 5 lipca 2010 r., Zamawiający Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w O., zawarł z Wykonawcą Zakład Remontowo-Budowlany M. umowę o dzieło polegającą na rozbiórce budowli „Zakładu żwirowni” zlokalizowanej na działkach w B. Umowa obejmowała:

1. wykonanie projektu technologii i organizacji rozbiórki, zapewnienie nadzoru prowadzonych robót przez osobę legitymującą się stosownymi uprawnieniami,
2. wygradzenie i oznakowanie terenu rozbiórki,
3. demontaż konstrukcji stalowej wraz z urządzeniami technicznymi posadowionymi na fundamentach i płytach drogowych. Urządzenia te to m.in.:
 - przesiewacz kruszywa,
 - przenośniki taśmowe,
 - kruszarka stożkowa,
 - podajnik wibracyjny,
 - zasobnik buforowy,

Szacunkowy tonaż ww. urządzeń to ponad 60 t.

4. wyburzenie fundamentów żelbetowych i betonowych (kilkadziesiąt sztuk, orientacyjna kubatura – około 100 m³),
5. usunięcie płyt drogowych,

6. likwidacja tymczasowych obiektów budowlanych (pierwszy wykorzystywany jako biuro oraz drugi wykorzystywany jako pomieszczenie socjalne),
7. transport materiałów z rozbiórki na odległość do 10 km,
8. uporządkowanie terenu.

Zgodnie z § 6 ww. umowy, Zamawiający zobowiązał się wypłacić Wykonawcy w ciągu 6 tygodni od dnia odbioru dzieła, wynagrodzenie w wysokości 300 000,00 zł netto (co stanowi równowartość 78 145,35 euro), powiększone o podatek VAT w wysokości 22%, tj. 366 000,00 zł brutto.

Z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji oraz wyjaśnień wynika, iż zawarcie ww. umowy nastąpiło bez stosowania przepisów ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą”.

W odpowiedzi na prośbę Urzędu Zamówień Publicznych o podanie faktycznych oraz prawnych podstaw uzasadniających udzielenie przedmiotowego zamówienia bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający w piśmie z dnia 21 czerwca 2011 r., wyjaśnił, co następuje:

„Umowę na rozbiórkę przedmiotowego obiektu bez stosowania procedury zamówień publicznych zawarto z uwagi na fakt, iż w ocenie Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w O. wykonane roboty nie mogą być kwalifikowane jako zamówienie publiczne. Przepis art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych definiuje pojęcie zamówienia publicznego jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W omawianej sprawie zamawiającym był Pan A. zobowiązany do wykonania rozbiórki przedmiotowej żwirowni. Pan A. jest osobą prywatną, do której nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych. Tut. organ wykonał obowiązek obciążający zobowiązanego na jego koszt i niebezpieczeństwo (art. 127 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji stanowi, że wykonanie zastępcze stosuje się, gdy egzekucja dotyczy obowiązku wykonania czynności, którą można zlecić innej osobie do wykonania za zobowiązanego na jego koszt). Środki wydatkowane na wykonanie zastępcze pochodzą de facto od osoby zobowiązanego, a tut. organ jedynie „założył” je w celu szybszego i sprawnego wykonania obowiązku. Roboty były wykonane niejako w imieniu zobowiązanego i na jego rzecz, tut. organ był jedynie ogniwem pośredniczącym.

Obowiązek rozbiórki przedmiotowego obiektu wynikał z ostatecznej decyzji M. Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. z dnia 16.12.2009 r. (...) orzekającej o uchyleniu w całości decyzji tut. organu z dnia 03.07.2009 r. o symbolu (...) i orzeczeniu nakazu – inwestorowi Panu A. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo P. – dokonania rozbiórki wybudowanej bez wymaganego pozwolenia na budowę budowli „Zakładu żwirowni” zlokalizowanej (...) w B. Wobec braku wykonania obowiązku przez zobowiązanego tut. organ był zobowiązany wyegzekwować wykonanie obowiązku. Przedmiotowy obiekt stwarzał realne zagrożenie dla życia i zdrowia ludzkiego oraz mienia w wielkich rozmiarach poprzez zawężenie i przegrodzenie koryta rzeki Wisły. Powstało więc realne zagrożenie powodziowe dla miejscowości B., tym bardziej, że już w czasie powodzi w maju 2010 r. zagrożenie się zaktualizowało, gdy wezbrana rzeka niemal osiągnęła koronę wałów przeciwpowodziowych, które w znacznym stopniu nasiąknęły wodą. Szybkie i sprawne wykonanie rozbiórki obiektu w znacznej części ograniczyło zagrożenie podczas powodzi we wrześniu 2010 r.

Zawierając umowę na rozbiórkę przedmiotowej żwirowni, tut. organ co prawda nie działał w oparciu o przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, jednak wyłaniając wykonawcę posłużył się procedurą określoną w art. 69 i następne ustawy. Przedmiotowe roboty mieszczą się w dyspozycji art. 70 ustawy. Roboty budowlane są usługami powszechnie dostępnymi, na rynku (nawet lokalnym) działa wiele podmiotów oferujących podobny zakres usług. Jednocześnie z uwagi na specyfikę robót jakimi są roboty rozbiórkowe można mówić o ustalonych standardach jakości, nie można rozbiórki wykonać w lepszej lub gorszej jakości, likwidacja obiektu budowlanego ma stałą niezmienną jakość. Jednocześnie kwota jaką wydano na te roboty jest niższa od kwoty określonej w art. 70 ustawy. Ustawa w trybie zapytania o cenę przewiduje zaproszenie do składania ofert nie mniej niż 5 wykonawców. W niniejszym postępowaniu zapytano o cenę 7 wykonawców, a więc zadbano o wa-

runki konkurencyjności. Ze zgłoszonych dwóch ofert (jeden wykonawca wycofał się ze względu na termin przeprowadzenia robót) wybrano ofertę najkorzystniejszą. Tak więc można przyjąć, że wymogi określone w ustawie Prawo zamówień publicznych zostały dochowane".

Legalną definicję „zamówienia publicznego” zawiera art. 2 pkt 13 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Dla wskazania więc, że zawarcie określonej umowy cywilnoprawnej jest udzieleniem zamówienia publicznego, konieczne jest spełnienie następujących warunków:

- umowa musi być odpłatna,
- jej stronami muszą być zamawiający i wykonawca,
- przedmiotem tej umowy muszą być usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Definicja ustawowa posługuje się pojęciem umowy odpłatnej. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, w której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Odwołując się zatem do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest nim umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający – w postaci wykonanej – na jego rzecz oraz w celu zaspokojenia potrzeb związanych z jego funkcjonowaniem lub realizacją przypisanych mu zadań – usługi, dostawy lub roboty budowlanej, jak i wykonawca – najczęściej w postaci zapłaty lub w innej, niekoniecznej pieniężnej, postaci, której wartość może zostać przedstawiona w pieniądzu.

W kontekście opisanego stanu faktycznego sprawy należy zauważyć, że umowa, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych polegających na rozbiórce budowli „Zakład Żwirowni” zlokalizowanej przy ulicy P. w B. spełnia wskazane warunki. Stanowi bowiem umowę:

1. zawartą pomiędzy zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. organem administracji publicznej a wykonawcą przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie, Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego, będący organem rządowej administracji w terenie (tzw. administracji zespolonej), jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Zgodnie z treścią art. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240, ze zm.) sektor finansów publicznych tworzą: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały.
2. jej przedmiotem były roboty budowlane polegające na rozbiórce obiektów budowlanych,
3. jest umową odpłatną, gdyż wykonawcy robót przysługiwało wynagrodzenie, co wprost wynika z treści § 6 ww. umowy o dzieło z dnia 5 lipca 2010 r.

W świetle powyższego, należy uznać, iż zawarcie przez Zamawiającego ww. umowy o dzieło, która ma charakter odpłatny, z Wykonawcą Zakład Remontowo-Budowlany M. w celu realizacji tytułu wykonawczego z dnia 1 lutego 2010 r. nr 1/10, na koszt i ryzyko zobowiązanego, mieści się w definicji „zamówienia publicznego” pomimo tego, że jest finansowana przez podmiot niezobowiązany do stosowania ustawy.

W pierwszej kolejności podnieść należy, iż definicja legalna „zamówienia publicznego” zawarta w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp nie zawiera elementu pochodzenia środków przeznaczonych na wynagrodzenie wykonawcy z określonych źródeł, co oznacza, że zamówienie publiczne nie jest związane tylko z wydatkowaniem środków publicznych. Podobnie dyrektywy unijne dotyczące zamówień publicznych nie przewidują dopuszczalności niestosowania przepisów o zamówieniach publicznych przez instytucje zamawiające z uwagi na fakt, iż zamówienie jest finansowane bez udziału środków publicznych.

Należy także zwrócić uwagę, iż celem ustawy nie jest ustalenie zasad wydatkowania jedynie środków publicznych. Gdyby tak było, to zakres podmiotowy stosowania ustawy musiałby być ograniczony wyłącznie do podmiotów, które takimi środkami dysponują. Tymczasem art. 3 ust. 1 ustawy objęte są także podmioty

prywatne, wydatkujące środki niepubliczne, jeżeli prowadzą działalność o istotnym znaczeniu publicznym lub strategicznym dla Państwa, a Państwo ma na te podmioty określony wpływ. Zakres podmiotowy stosowania ustawy wskazuje zatem na to, że obowiązkiem stosowania przejrzystych i konkurencyjnych zasad przy udzielaniu zamówień objęte są określone podmioty nie ze względu na status środków z jakich opłacane są zamówienia, ale ze względu na ich status jako podmiotów utożsamiających Państwo lub od Państwa zależnych. A zatem należy stwierdzić, że dla objęcia obowiązkiem stosowania ustawy obojętne jest, z jakich środków opłacane jest wynagrodzenie wykonawcy. Zasadnicze znaczenie ma natomiast to, jaki podmiot ma wpływ na wybór wykonawcy, tj. kto udziela zamówienia poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia oraz zawarcie umowy. To zamawiający, a zatem podmiot zlecający realizację zamówienia, decyduje o dokonaniu rozporządzenia środkami finansowymi oraz ponosi z tego tytułu odpowiedzialność, nawet jeżeli wynagrodzenie wykonawcy finansowane jest ze środków pochodzących od podmiotu trzeciego. Dodatkowo, należy podnieść, iż wykonanie zastępcze powierzone przez Zamawiającego Wykonawcy Zakład Remontowo-Budowlany M., odbywało się w zakresie zadań własnych powierzonych Powiatowemu Inspektorowi Nadzoru Budowlanego na podstawie przepisów, a więc udzielenie zamówienia było ściśle związane z realizacją zadań własnych przez Zamawiającego.

Reasumując, Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego zlecając wykonanie rozbiórki w zastępstwie zobowiązanego przez Wykonawcę, jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, był zobowiązany do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Na obowiązek powyższy nie ma wpływu okoliczność, z jakich źródeł pochodziły środki finansowe przeznaczone na wynagrodzenie wykonawcy. Zatem nawet w sytuacji, gdy rozbiórka zakładu żwirowni była finansowana ostatecznie przez podmiot niezobowiązany do stosowania ustawy, jej zlecenie stanowiło zamówienie publiczne do którego udzielenia znajdowały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 7 ust. 3 ustawy stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Biorąc zatem powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, iż zamawiający udzielając zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn.: Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbiórce budowli „Zakład Żwirowni” zlokalizowanej w B., bez stosowania przepisów ustawy, naruszył.

Błędna decyzja podjęta przez zamawiającego w tej materii skutkowałą naruszeniem przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

KND/51/10

Pismem z dnia 06.04.2010 r. Gmina–Miasto P. przesłała zaproszenia do 30 oferentów do złożenia oferty cenowej w zakresie wynajmu wybudowanego przez oferenta z jego środków obiektu żłobka i przedszkola z wyposażeniem na nieruchomości stanowiącej własność Gminy–Miasta na Osiedlu P. w P. Szczegółowe informacje dotyczące przedmiotowego zamówienia zostały określone w załączonym do zaproszenia do składania ofert wzorze Porozumienia. Z preambuły wzoru Porozumienia załączonego do zaproszenia do składania ofert wynika, iż przedmiotem Porozumienia jest „określenie warunków wybudowania obiektu żłobka i przedszkola oraz ich wyposażenie zgodnie z profilem działania przez wykonawcę z jego środków na nieruchomości stanowiącej własność Miasta oraz ustalenie zasad najmu przez Miasto obiektów po ich oddaniu do użytku”.

Wzór Porozumienia został podzielony na trzy części: Część I – realizacja inwestycji, Część II – najem i Część III – postanowienia końcowe.

Z § 1 wzoru Porozumienia wynika, iż Miasto powierza, a Wykonawca przyjmuje do wykonania kompleksową realizację zadania inwestycyjnego w postaci zaprojektowania i budowy obiektu przedszkola wraz z zapleczem socjalnym. Zakres inwestycji obejmował:

- 1) opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej, łącznie z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę zgodnie z założeniami określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym stanowiącym integralną część porozumienia,
- 2) wykonanie robót budowlano-montażowych prowadzących do oddania obiektu do użytku zgodnie z wykonaną stosownie do Porozumienia dokumentacją projektową.

Z § 9 ust. 5 wzoru Porozumienia wynika, iż Wykonawca zobowiązuje się do zakończenia prac budowlano-montażowych i zgłoszenia gotowości oddania obiektów do użytku do 30.07.2010 r.

W § 12 wzoru Porozumienia zawarto postanowienie, zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się do wyposażenia pomieszczeń żłobka i przedszkola w asortyment niezbędny do ich funkcjonowania zgodnie ze specyfikacją określoną załącznikiem nr 1 do Porozumienia.

W Części II, § 13 wzoru Porozumienia zawarte zostało postanowienie, zgodnie z którym przedmiotem najmu będzie budynek żłobka i przedszkola wybudowane zgodnie z postanowieniami Części I Postanowienia. Wynajęte obiekty przeznaczone zostaną przez Miasto – Najemcę wyłącznie na prowadzenie żłobka.

W § 14 wzoru Porozumienia zawarto postanowienia dotyczące płatności. Zgodnie z ust. 1 Miasto – Najemca zobowiązuje się płacić Wykonawcy – Wynajmującemu czynsz w terminie do 10 każdego miesiąca.

W ust. 3 postanowiono, iż czynsz najmu ujmuje kwotę dzierżawy asortymentu określonego załącznikiem nr 1 do Porozumienia. Z § 17 wzoru Porozumienia wynika, iż Wynajmujący w okresie 10 lat obowiązywania niniejszego porozumienia zobowiązuje się do niepodejmowania czynności zmierzających do sprzedaży nakładów innemu podmiotowi. Wynajmujący nie ma prawa ustanawiać na przedmiocie najmu jakichkolwiek praw na rzecz osób trzecich.

W Części III § 18 wzoru Porozumienia postanowiono, iż zostaje ono zawarte na okres 10 lat.

W dniu 08.07.2010 r. Gmina–Miasto P. zawarła z firmą M. Sp. z o.o. Porozumienie Nr 11/WED/P/72/10. Treść zawartego Porozumienia w znaczący sposób różni się od treści wzoru Porozumienia, stanowiącego załącznik do zaproszenia do składania ofert przesłanego do 30 firm.

Zgodnie z treścią zawartego Porozumienia jego przedmiotem jest określenie warunków:

- I. przygotowania projektu budowlanego (dalej: PB) przez Wykonawcę – Wynajmującego w oparciu o:
 - miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego (dalej: MPZP),
 - program funkcjonalno-użytkowy (dalej: PFU), stanowiący załącznik nr 3, w celu uzyskania przez Wykonawcę – Wynajmującego pozwolenia na budowę z rygiorem natychmiastowej wykonalności (dalej: PnB) – na podstawie art. 108 par. 1 Kodeksu postępowania administracyjnego,
- II. opracowanie projektu wykonawczego przez Wykonawcę – Wynajmującego w oparciu o:
 - zatwierdzony przez Miasto–Najemcę PB,
 - MPZP i PFU,
 - standardy wykonania żłobka i przedszkola (dalej: SWŻP) – załącznik nr 4,
- III. realizacji przez Wykonawcę – Wynajmującego w charakterze inwestora Obiektów na należącej do Miasta – Najemcy Nieruchomości (tj. działki położone w P.),
- IV. wyposażenia przez Wykonawcę – Wynajmującego Obiektów w Asortyment wyspecyfikowany w załączniku nr 2,
- V. najem przez Miasto – Najemcę Obiektów (tj. budynek piętrowy modułowy mieszczący żłobek i przedszkole wyspecyfikowany w załączniku nr 1) wraz z Asortymentem (tj. wyposażenie Obiektów i Nieruchomości wyspecyfikowane w załączniku nr 2), stanowiących własność Wykonawcy – Wynajmującego.

Zgodnie z § 1 ust. 4 Porozumienia Miasto – Najemca oświadcza, że wyraża zgodę na dysponowanie przez Wykonawcę – Wynajmującego Nieruchomością na cele projektowe i budowlane, a w szczególności Wykonawca – Wynajmujący jest uprawniony do realizowania na Nieruchomości robót budowlanych.

W § 5 ust. 1 Porozumienia określono, iż przedmiotem najmu będą Obiekty wraz z asortymentem na Nieruchomości. Wynagrodzenie zostało uregulowane w § 6 Porozumienia. Zgodnie z ust. 1 z tytułu najmu Obiektów i Asortymentu Miasto – Najemca zobowiązuje się płacić Wykonawcy – Wynajmującemu czynsz w dwóch ratach rocznie w okresie obowiązywania umowy:

- pierwsza płatność w kwocie 795 594,00 zł (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt cztery złote 00/100) brutto w terminie do końca lutego i jest to dzień wymagalności czynszu pierwszej płatności w roku;
- druga płatność w kwocie 795 594,00 zł (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt cztery złote 00/100) brutto w terminie do końca sierpnia i jest to dzień wymagalności czynszu drugiej płatności w roku.

Z § 8 ust. 5 Porozumienia wynika, iż po zakończeniu okresu najmu Miasto – Najemcy przysługuje prawo odkupu Obiektów i Asortymentu z zachowaniem przepisów prawa co do wydatkowania środków publicznych za cenę stanowiącą wartość rynkową Obiektów i Asortymentu pomniejszoną o wartość czynszu zapłaconego przez Miasto – Najemcę w trakcie trwania Porozumienia, która to wartość zostanie oszacowana przez rzeczoznawcę majątkowego na koszt Miasta – Najemcy, a jeżeli wartość wyliczona w ten sposób byłaby ujemna lub zerowa – za kwotę stanowiącą połowę kosztu sporządzenia dokumentacji projektowej rozbiórkowej Obiektu.

Biorąc pod uwagę przedstawiony wyżej stan faktyczny sprawy, należy wskazać, iż Gmina–Miasto P. zawarła Porozumienie, udzielając *de facto* zamówienia publicznego, bez zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp, o którym mowa w przepisie art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy w przedmiotowej sprawie nie znajduje zastosowania.

Wyjaśniając czy zamawiający w przedmiotowej sprawie stosował ustawę Prawo zamówień publicznych czy też odstąpił od jej stosowania, Prezydent Miasta P., stwierdził, iż w ramach przedmiotowego zadania Gmina–Miasto P. jest najemcą obiektów (budynków) 4-oddziałowego żłobka i 4-oddziałowego przedszkola. Zamawiający wskazał, iż umowa została zawarta zgodnie z art. 695 § 1 oraz art. 660 k.c. oraz art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe Gmina–Miasto P. nie stosowała ustawy Pzp przy wyborze oferty firmy M. Sp. z o.o. W wyjaśnieniach zamawiający, odnosząc się do pytania czy oferent na mocy zawartej umowy miał wyłączone prawo do eksploatacji wybudowanego przez niego żłobka i przedszkola, w tym pobierania korzyści w postaci czynszu najmu płaconego przez Miasto P., wskazał, iż oferent na mocy Porozumienia ma wyłączne prawo eksploatacji wybudowanego przez niego żłobka i przedszkola do momentu wejścia w życie Porozumienia w zakresie najmu przedmiotowych obiektów. Jeśli chodzi o pytanie czy oferent ponosił jakiegokolwiek ryzyko ekonomiczne związane z inwestycją czy też zamiarem stron było doprowadzenie do sytuacji, iż poprzez zapłatę czynszu najmu Miasto P. miało pokryć całość nakładów związanych z budową obiektu żłobka i przedszkola zamawiający stwierdził, iż oferent ponosi pełne ryzyko ekonomiczne związane z inwestycją. Jednocześnie zamawiający wskazał, że oferent może czerpać inne korzyści niż czynsz najmu związany z obiektem, o ile będzie to zgodne z Porozumieniem. Odnosząc się do pytania jaki status prawny ma oferent względem wybudowanego obiektu żłobka i przedszkola Gmina–Miasto P. stwierdziła, iż oferent będzie ich właścicielem.

Odpowiadając na pytanie czy przedmiotem najmu były obiekty wraz z asortymentem i infrastrukturą, zamawiający wskazał, iż przedmiotem najmu były obiekty wraz z asortymentem i infrastrukturą, umiejscowione na nieruchomości. Infrastruktura obejmowała m.in. parkingi, ogrodzenia oraz wyposażenie we wszelkie urządzenia i przewody wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłne zgodnie z ustawową definicją infrastruktury, niezbędne do prawidłowego funkcjonowania obiektu. Odnosząc się zaś do pytania czy budynek żłobka i przedszkola, o którym mowa w porozumieniu, stanowi nieruchomość w rozumieniu Kodeksu cywilnego (art. 46 k.c.) wyjaśnił, iż zgodnie z definicją nieruchomości zawartą w Kodeksie cywilnym, nieruchomościami są części powierzchni ziemskiej, stanowiące odrębny przedmiot własności

(grunty), jak również budynki trwale z gruntem związane lub części takich budynków, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności. Na gruncie ww. przepisu można więc wyróżnić nieruchomości gruntowe, nieruchomości budynkowe i części budynków, czyli nieruchomości lokalowe. Zdaniem zamawiającego w niniejszym stanie prawnym mamy do czynienia z nieruchomością budynkową, która została złączona trwale z gruntem poprzez wzniesienie jej na fundamentach, a która ma być posadowiona z wykorzystaniem techniki budownictwa modułowego (kontenerowego). Z powyższego zamawiający wyprowadził wniosek, iż przedmiotem najmu nie są moduły ale powierzchnia nieruchomości budynkowej. Związek z gruntem na miejsce poprzez fundament zapewniający łączność z podłożem. W przestrzeni nieruchomości, będąca przedmiotem najmu, jest wydzielona za pomocą przegród budowlanych, czym spełnia definicję budynku w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane. Takie cechy pozwalają przyznać status nieruchomości w myśl obowiązujących przepisów, bez względu na technologię jej wzniesienia. Odnosząc się do pytania na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż właścicielem obiektów żłobka i przedszkola będzie oferent wyjaśnił, że o stanie własnościowym posadowionych obiektów przesądza treść zawartego w dniu 08.07.2010 r. Porozumienia nr 11/WED/P/72/10. Zamawiający wskazał w tym zakresie, że w preambule do Porozumienia pod tytułem „przedmiot porozumienia” określa, iż przedmiotem najmu są stanowiące własność Wynajmującego (oferenta) obiekty wraz z asortymentem. Obiekt stanowią, będący własnością wykonawcy, budynek mieszczący żłobek i przedszkole oraz wyposażenie budynku. Przedmiotem najmu, jak podkreślił zamawiający, jest w oparciu o art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy Pzp całość funkcjonalnej powierzchni nieruchomości wzniesionej przez wykonawcę w technologii kontenerowej (modułowej) i pozostającej jego własnością.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż co do zasady budynki są częścią składową gruntu i dzielą jego los prawny (zasada *superficio solo cedit*). Jedyne w drodze wyjątku od tej zasady w obrocie prawnym mogą występować budynki stanowiące odrębny od gruntu przedmiot własności (odrębne nieruchomości). Nieruchomościami budynkowymi są budynki trwale z gruntem związane, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności (art. 46 § 1 k.c.).

Do przepisów szczególnych, na podstawie których może dojść obecnie do powstania odrębnych nieruchomości budynkowych, należą:

- art. 235 k.c. – odrębna własność budynków położonych na gruncie będącym przedmiotem użytkowania wieczystego; prawo własności budynków przysługuje użytkownikowi wieczystemu;
- art. 272 i 279 k.c. – odrębna własność budynków położonych na gruntach będących w użytkowaniu rolniczych spółdzielni produkcyjnych; prawo własności budynków przysługuje rolniczej spółdzielni produkcyjnej.

Z informacji udzielonych w toku kontroli przez zamawiającego wynika, iż w przedmiotowej sprawie żadna z ww. sytuacji nie miała miejsca, a zatem należy stwierdzić, że obiekty żłobka i przedszkola stały się częścią składową gruntu, a zatem ich właścicielem jest Gmina–Miasto P.

Zamawiający ma obowiązek zastosować procedurę przewidzianą w ustawie Pzp, w celu udzielenia zamówienia w przedmiocie wykonania przez wykonawcę z jego środków na terenie należącym do zamawiającego, zgodnie z jego wymaganiami, obiektu budowlanego oraz do oddania go w najem na rzecz zamawiającego po zakończeniu budowy. Wybudowanie na gruncie należącym do zamawiającego, lecz za środki wykonawcy budynku, który po wybudowaniu zostałby oddany w najem zamawiającemu, nie może być objęte wyłączeniem przedmiotowym obowiązku stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 4 ust. 3 lit. i) tej ustawy. Obowiązek stosowania ustawy Pzp powstaje, gdy podmiot należący do jednej z kategorii wymienionych w art. 3 tej ustawy, zamierza na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej udzielić wykonawcy zamówienia w przedmiocie realizacji usług, dostaw lub robót budowlanych oraz jednocześnie nie zachodzi przypadek wyłączenia obowiązku stosowania tej ustawy, spośród wskazanych w art. 4 ustawy. W przepisie art. 4 ustawy Pzp w sposób enumeratywny wymienione zostały okoliczności, w których następuje wyłą-

czenie obowiązku stosowania jej procedur. Zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy, jej przepisów nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności i innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu. Powyższy przepis jako tworzący wyjątek od ogólnej zasady powinien być interpretowany ściśle. Będzie miał więc zastosowanie wyłącznie w sytuacji zakupu czy też najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego. Takie stanowisko zostało potwierdzone w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 października 2009 r. (sprawa: C-536/07), w którym stwierdzono, iż Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom państwa członkowskiego i naruszyła art. 7 w związku z art. 11 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54), poprzez brak przeprowadzenia przetargu zgodnie z procedurą otwartą przed zawarciem przez miasto Kolonię z prywatną spółką inwestycyjną umowy dotyczącej najmu przez miasto, na czas określony wynoszący 30 lat w zamian za całkowity czynsz wynoszący ponad 600 mln euro, czterech hal wystawowych, które ta prywatna spółka ma zbudować zgodnie ze szczegółową specyfikacją.

Analogicznie, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16.09.2009 r. (sygn. akt: II CSK 104/09) stwierdzono, iż, „wyłączenie zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości (art. 4 pkt 3 lit. „i” p.z.p.), jeżeli nieruchomość ta, w szczególności budynek jeszcze nie powstała albo wymaga przeprowadzenia znacznych robót budowlanych (przebudowy, rozbudowy itp.) w rozumieniu prawa zamówień publicznych (art. 2 pkt 8 p.z.p.), w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego, a zwłaszcza, ze względu na rozmiary robót, w miarę ich postępowania, sfinansowanych przez niego”.

A zatem w sytuacji gdy zamawiający zamierza wynająć nieruchomość, która odpowiadałaby jego wymaganiom, co wiąże się z koniecznością jej wybudowania, wykończenia lub modernizacji, a więc wykonania robót budowlanych, wyłączenie, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy nie będzie miało zastosowania. Przedmiotem takiego zamówienia nie będzie bowiem najem nieruchomości, ale roboty budowlane w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy.

Punktem wyjścia dla ustalenia rzeczywistej treści zawartego pomiędzy zamawiającym a M. S. S. Sp. z o.o. porozumienia jest wykładnia art. 2 pkt 13 ustawy zawierającego definicję zamówienia publicznego oraz art. 2 pkt 8 ustawy.

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Przy czym art. 139 ust. 1 ustawy przesądza o cywilnoprawnym charakterze umów w sprawach zamówień publicznych. Powyższe unormowania wskazują, iż umowy w sprawach zamówień publicznych mają, co do zasady, charakter umów wzajemnych (dwustronnie zobowiązujących), których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, wykonywane odpłatnie przez wykonawcę. Istotą umów wzajemnych jest dwukierunkowość wzajemnych relacji stron umowy, w których każda ze stron występuje zarówno w charakterze wierzyciela, jak i dłużnika. Strony takiej umowy są zobowiązane wzajemnie do spełnienia ekwiwalentnych świadczeń. Jednocześnie należy zauważyć, iż zamówieniem publicznym może być każda umowa odpłatna, niezależnie od tego, czy jej postanowienia zawierają *essentialia negotii* właściwe dla jednego z typów umów uregulowanych w przepisach księgi trzeciej k.c., czy też nie. Oznacza to, iż zamówieniem publicznym mogą być także umowy mieszane lub umowy nienazwane.

Ustawa Pzp kwalifikuje zamówienia publiczne, ze względu na rodzaj zamówienia, na zamówienia na usługi, dostawy i roboty budowlane. Pojęcie robót budowlanych definiuje art. 2 pkt 8 ustawy. Zgodnie z tym przepisem przez „roboty budowlane” należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118,

z późn. zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zgodnie z powyższą definicją zamieszczoną w ustawie Prawo zamówień publicznych jako roboty budowlane należy traktować między innymi wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Definicja ta jest specyficzną konstrukcją prawną, właściwą dla ustawy Prawo zamówień publicznych. Można wyróżnić w niej dwa elementy, które stanowią o tym, iż w danym przypadku będziemy mieli do czynienia z robotami budowlanymi:

- wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane za pomocą dowolnych środków;
- wykonane robót budowlanych następuje zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Powyższa definicja robót budowlanych wprowadzona została do systemu prawa polskiego w związku z implementacją Dyrektywy Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. *dotyczącą koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (93/37/EWG)*, zgodnie z którą zamówieniami na roboty budowlane są umowy o charakterze majątkowym, zawierane w formie pisemnej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, których przedmiotem jest między innymi wykonanie dowolnymi środkami obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez zamawiającego (art. 1, a). Ustawodawca polski nieznacznie dokonał modyfikacji zapisu dyrektywy, niemniej istota powyższej definicji robót budowlanych pozostała taka sama.

Odnosnie wykładni art. 1 lit. a dyrektywy 93/37/WE należy wskazać na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18.01.2007 r. w sprawie C-220/05 (Jean Auroux). ETS dokonując wykładni pojęcia zamówienia na roboty budowlane oraz pojęcia obiektu budowlanego na gruncie dyrektywy 93/37/WE uznał, iż z zamówieniem publicznym mamy do czynienia w przypadku umowy, w której własność budynku parkingowego zostanie przeniesiona na instytucję zamawiającą dopiero po jego wybudowaniu. ETS wskazał, iż aby zostać uznany za wykonawcę odpowiedzialnego za wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a ww. dyrektywy nie jest konieczne, aby podmiot zawierający umowę z instytucją zamawiającą był w stanie sam bezpośrednio własnymi siłami wykonać umówione świadczenie. Dodatkowo ETS stwierdził, że definicja zamówienia publicznego na roboty budowlane należy do właściwości prawa wspólnotowego i kwalifikacja takich umów w prawie krajowym pozostaje bez wpływu na ustalenie czy dane porozumienie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy. Z tego powołanego wyroku ETS wynika, iż w celu ustalenia, że dochodzi do udzielenia zamówienia na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a dyrektywy 93/37/WE, wystarczające jest wykazanie, iż rezultat wykonywanych robót budowlanych ma pełnić funkcję gospodarczą lub techniczną, zamierzenie budowlane będzie realizowane zgodnie z wymogami zamawiającego, a zawierane porozumienie (umowę) będzie cechować pisemność i odpłatność.

Ponadto w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16.09.2009 r. stwierdzono, iż ocena charakteru umowy zależy nie od jej nazwy, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron (art. 65 § 2 k.c.). Dla oceny prawnej nie ma znaczenia czy chodzi o umowę inwestycyjną, nazwaną w kodeksie cywilnym umową o roboty budowlane (art. 647 i nast. k.c.), czy o umowę określoną przedmiotowo poprzez art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wspomniane przepisy nie są ze sobą sprzeczne, zaś określenie robót budowlanych w ustawie Prawo zamówień publicznych obejmuje więcej stanów faktycznych i związanych z tym konsekwencji prawnych niż art. 647 k.c. dlatego, że odwołuje się do pojęć właściwych dla ustawy Prawo budowlane. Powyższe nie oznacza, iż przepisy te są tożsame, ale realizacja robót budowlanych, wskazanych jako takie przez prawo budowlane, następuje poprzez umowy określone w kodeksie cywilnym (art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), czyli albo przez umowę o dzieło albo przez umowę o roboty budowlane.

Analiza okoliczności niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, iż w sprawie tej mamy do czynienia z zamówieniem publicznym na roboty budowlane. Zamawiający i wykonawca, zawierając przedmiotowe porozumienie, przewidzieli z jednej strony obowiązek wykonania określonych robót budowlanych, a z drugiej strony, obowiązek zapłaty wynagrodzenia, które było wkalkulowane w czynsz najmu budynków. Powyższe wynika w szczególności z § 8 ust. 5 Porozumienia, który stanowi, iż po zakończeniu okresu najmu Miasto – Najemcy przysługuje prawo odkupu Obiektów i Asortymentu z zachowaniem przepisów prawa co do wydatkowania środków publicznych za cenę stanowiącą wartość rynkową Obiektów i Asortymentu pomniejszoną o wartość czynszu zapłaconego przez Miasto – Najemcę w trakcie trwania Porozumienia, która to wartość zostanie oszacowana przez rzeczoznawcę majątkowego na koszt Miasta – Najemcy, a jeżeli wartość wyliczona w ten sposób byłaby ujemna lub zerowa – za kwotę stanowiącą połowę kosztu sporządzenia dokumentacji projektowej rozbiórkowej Obiektu.

W przedmiotowej sprawie nie było podstaw do zastosowania wyłączenia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit i) ustawy, gdyż możliwość zastosowania przedmiotowego wyłączenia następuje wyłącznie w przypadku nabycia lub najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego.

Reasumując powyższe należy stwierdzić, iż zamawiający udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 ustawy, podstawowymi trybami udzielania zamówień są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Postępowania prowadzone w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych.

KND/13/10

Jak wynika z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, Uczelnia wyższa zawarła przed notariuszem w dniu 13 sierpnia 2007 r. z firmą E. I. S.A. dwie warunkowe umowy dzierżawy.

Konstrukcja prawna obu umów dzierżawy, które zaczęły obowiązywać ww. Strony kolejno, od dnia 1 września 2008 r. oraz od dnia 1 października 2008 r., w tym w szczególności cel ich zawarcia oraz forma płatności czynszu z tytułu dzierżawy nieruchomości objętej aktem notarialnym o wskazują, iż w przedstawionych poniżej okolicznościach faktycznych sprawy doszło do udzielenia zamówienia publicznego obejmującego wybudowanie hali dydaktyczno-sportowej w zamian za wydzierżawienie gruntów należących do uczelni publicznej bez zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W toku kontroli doraźnej ustalono bowiem w oparciu o treść ww. umów warunkowych dzierżawy, aneksów do niniejszych umów oraz wyjaśnień Zamawiającego, następujący stan faktyczny oraz prawny.

Uczelnia, zgodnie z warunkową umową dzierżawy o numerze (...), zwanej dalej „Pierwszą Umową Dzierżawy”, oddała w dzierżawę nieruchomości niezabudowane o powierzchni 10 836,58 m², będące jej własnością, zwane dalej „Nieruchomością”, położone w K.

Stosownie do § 4 pkt 1–2 Pierwszej Umowy Dzierżawy, firma E. I. S.A., zwana dalej „Dzierżawcą” lub „Wykonawcą”, przyjęła Nieruchomość do używania i pobierania pożytków, dalej „Przedmiot Dzierżawy”, oraz zobowiązała się do wykorzystywania Przedmiotu Dzierżawy w celu wybudowania parkingu wielopoziomowego wraz z towarzyszącą infrastrukturą.

Okres dzierżawy został ustalony przez Strony na 30 lat z możliwością zawarcia po upływie tego czasu kolejnej umowy na co najmniej 15 lat.

Wysokość Czynszu Dzierżawnego oraz zasady jego rozliczenia zostały określone w § 10 oraz § 11 Pierwszej Umowy Dzierżawy. A zatem, stosownie do § 10 pkt 1 oraz pkt 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy, Dzierżawca zobowiązał się płacić czynsz w wysokości i terminach określonych w następujących sumach, tj.:

- 1) w kwocie 5415,50 zł netto powiększonej o należny podatek VAT (w obowiązującej stawce), płatnej za każdy miesiąc kalendarzowy z góry w okresie od dnia wydania Przedmiotu Dzierżawy do dnia wygaśnięcia przyszłej umowy dzierżawy, zwanej dalej „Drugą Umową”, która zostanie opisana poniżej;
- 2) w płatnej jednorazowo za cały okres dzierżawy kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 12 909 333,00 zł netto a łączną kwotą czynszu netto zapłaconego przez Dzierżawcę zgodnie z opisanym wyżej pkt 1;
- 3) w kwocie netto odpowiadającej aktualnej wysokości wszelkich podatków od nieruchomości należnych od Wydierżawiającego w każdym miesiącu kalendarzowym w związku z własnością Przedmiotu Dzierżawy, a po wybudowaniu parkingu wielopoziomowego w związku z własnością Przedmiotu Dzierżawy i własnością parkingu wielopoziomowego, płatnej miesięcznie z góry przez cały okres trwania dzierżawy.

Dalej zapisy ww. § 10 Pierwszej Umowy Dzierżawy, odsyłają do postanowień § 11. Paragraf ten zawiera w pkt 1 oświadczenie Stron, które zobowiązały się do zwarcia drugiej umowy dzierżawy, zwanej dalej „Drugą Umową Dzierżawy”, nieruchomości niezabudowanych położonych w K.

W ramach Drugiej Umowy Dzierżawy, Dzierżawca został uprawniony do poniesienia na ww. nieruchomości nakładów na realizację hali dydaktyczno-sportowej, które zostały jednocześnie uznane za świadczenia, w rozumieniu art. 693 § 2 Kc, oraz formę płatności czynszu w kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 12 909 333,00 zł netto a łączną kwotą czynszu netto zapłaconego przez Dzierżawcę co miesięcznie w kwocie 5415,50 zł netto [według § 10 pkt 2 lit. (i) oraz (ii) Pierwszej Umowy].

Pierwsza Umowa Dzierżawy określała w § 11 sposoby rozliczenia ww. czynszu w kwocie 12 909 333,00 zł netto, płatnego jednorazowo za cały 30-letni okres dzierżawy.

Ponadto, paragraf 11 pkt 3–4 Pierwszej Umowy Dzierżawy przewidywał, że „w przypadku, gdy wysokość kosztów poniesionych tytułem nakładów na halę dydaktyczno-sportową wyniesie mniej niż 12 990 000,00 zł brutto, wówczas różnica pomiędzy tą kwotą a kosztami brutto poniesionych nakładów nie będzie podlegać potrąceniu z kwoty czynszu stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 12 909 333,00 zł netto a łączną kwotą czynszu netto zapłaconego przez Dzierżawcę co miesięcznie w kwocie 5415,50 zł netto [według § 10 ust. 2 lit. (i) oraz (ii) Pierwszej Umowy].

W przypadku natomiast, gdyby wysokość kosztów poniesionych tytułem nakładów wyniosła więcej niż 12 990 000,00 zł brutto, a zwiększenie kosztów realizacji hali miało wynikać z przyczyn niezależnych od uczelni, Dzierżawca zrzekł się względem uczelni roszczenia o zwrot wartości nakładów na halę dydaktyczno-sportową w kwocie przewyższającej 12 990 000,00 zł brutto.

Ostatecznie czynsz w kwocie stanowiącej różnicę między kwotą 12 909 333,00 zł netto a sumą płaconego przez Dzierżawcę czynszu w kwocie 5415,50 netto zł miał zostać zapłacony w drodze potrącenia należności z faktury VAT wystawionej przez Dzierżawcę do kwoty 12 990 000,00 zł brutto (w związku z pozostawieniem na nieruchomości, będącej przedmiotem drugiej umowy, nakładów w postaci wybudowanej hali dydaktyczno-sportowej) z należnościami z faktury VAT wystawionej przez Wydierżawiającego z tytułu czynszu określonego w § 10 pkt 2 lit. (ii) Pierwszej Umowy Dzierżawy (tj. czynszu w kwocie stanowiącej różnicę między kwotą 12 909 333,00 zł netto a sumą czynszu w kwocie 5415,50 netto płaconego przez Dzierżawcę co miesięcznie do czasu uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie nowo wybudowanej hali dydaktyczno-sportowej).

Ww. faktury miały zostać wystawione przez Strony w dacie podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego nieruchomości wydierżawianej Dzierżawcy w celu wybudowania ww. hali dydaktyczno-sportowej.

Potrącenie miało skutkować umorzeniem się wzajemnym ww. wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej w dniu upływu terminu ich płatności.

Jakkolwiek, gdyby wysokość kosztów poniesionych tytułem nakładów na halę wyniosła mniej niż 12 990 000,00 zł brutto, Dzierżawca w drodze osobnej faktury, zobowiązał się zapłacić Wydierżawiającemu pozostałą kwotę czynszu, tj. różnicę pomiędzy kwotą 12 990 000,00 zł brutto, a kosztami brutto nakładów poniesionych przez Dzierżawcę.

Pierwsza Umowa Dzierżawy zaczęła obowiązywać Strony po ziszczeniu się dwóch ww. warunków zawieszających, tj.:

- 1) uzyskaniu przez Dzierżawcę ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę parkingu wielopoziomowego, który obejmował także układ komunikacyjny służący Centrum Handlowemu; oraz
- 2) po uzyskaniu przez uczelnię decyzji o wyrażeniu zgody Ministra Skarbu Państwa na zawarcie ww. umowy.

Co do treści Drugiej Umowy Dzierżawy, jak wynika z ustaleń kontroli, ma ona charakter komplementarny względem Pierwszej Umowy Dzierżawy. Precyzuje ona prawa oraz obowiązki Stron, w ramach których, Dzierżawca zobowiązał się przede wszystkim do wykorzystania wydierżawionej na jej podstawie nieruchomości, w celu wybudowania hali dydaktyczno-sportowej wraz z towarzyszącą infrastrukturą.

Do niniejszej Umowy załączona zastała m.in. wstępna koncepcja sposobu zagospodarowania nieruchomości oraz opis techniczny do koncepcji hali dydaktyczno-sportowej.

Ponadto, w § 6 Drugiej Umowy Dzierżawy, Strony postanowiły, iż Dzierżawca przed wystąpieniem do właściwego organu z wnioskiem o wydanie pozwolenia na budowę hali umożliwi Wydierżawiającemu zapoznanie się z dokumentacją techniczną będącą podstawą tego wniosku. Przedstawiciel Wydierżawiającego, zgodnie z niniejszym zapisem, mógł w okresie 7 dni roboczych zapoznać się w siedzibie Dzierżawcy z dokumentacją techniczną będącą podstawą wniosku o pozwolenie na budowę hali dydaktyczno-sportową. W terminie 14 dni natomiast, Wydierżawiający mógł przedstawić Dzierżawcy swoje wnioski z analizy dokumentacji, w tym uwagi.

Druga Umowa Dzierżawy przewidywała, iż ostateczną wersję dokumentacji technicznej strony uzgodnią w trybie roboczym. Wydierżawiający uzyskał prawo do zgłaszania swoich uwag i spostrzeżeń również w trakcie realizacji procesu budowlanego hali dydaktyczno-sportowej (§ 6 Drugiej Umowy Dzierżawy).

Drugą Umowę Dzierżawy zawarto na okres 18 miesięcy, powiązując jednakże okres jej trwania z terminem uzyskania przez Wydierżawiającego ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie hali.

Zgodnie z treścią niniejszej umowy Dzierżawca zobowiązał się płacić Wydierżawiającemu miesięczny czynsz dzierżawny wynoszący 4481,50 zł netto za każdy miesiąc kalendarzowy.

W § 10 Drugiej Umowy Strony potwierdziły postanowienia z Pierwszej Umowy Dzierżawy wskazując m.in., iż:

- 1) po upływie czasu na jaki została zawarta Druga Umowa, Dzierżawca pozostawi na wydierżawionych nieruchomościach objętych ww. umową, nakłady związane z obowiązkiem realizacją hali dydaktyczno-sportowej z obowiązkiem rozliczenia się przez Wydierżawiającego z nakładów pozostawionych na Przedmiocie Dzierżawy.
- 2) Wydierżawiający został zwolniony z obowiązku rozliczenia się z ww. nakładów pozostawionych na nieruchomościach, których realizacja skutkowałą kosztami przewyższającymi kwotę 12 990 000,00 zł brutto, chyba że zwiększenie kosztów realizacji hali wynikać będzie z przyczyn zależnych od Wydierżawiającego. W części przewyższającej kwotę 12 990 000,00 zł brutto Dzierżawca zrzekł się roszczeń z tytułu nakładów.
- 3) po zakończeniu realizacji hali, Dzierżawca nie później niż do dnia sporządzenia protokołu zdawczo-odbiorczego przekaże Wydierżawiającemu:

- a) zestawienie poniesionych kosztów na realizację Hali Dydaktyczno-Sportowej ze wskazaniem rodzaju i źródeł tych kosztów oraz umożliwi Wydzierżawiającemu wgląd w dokumenty, które potwierdzają wielkość poniesionych kosztów;
- b) dokumentację wykonawczą oraz powykonawczą;
- c) nakłady poniesione na podstawie niniejszej umowy do kwoty 12 990 000,00 zł brutto stanowiące świadczenie w rozumieniu art. 693 § 2 Kc i będące formą płatności czynszu tytułu dzierżawy nieruchomości objętej aktem notarialnym nr (...).

Druga Umowa Dzierżawy zaczęła obowiązywać z chwilą:

- 1) uzyskania przez Dzierżawcę ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę Hali Dydaktyczno-Sportowej,
- 2) uzyskania przez Wydzierżawiającego ostatecznej decyzji o wyrażeniu zgody Ministra Skarbu Państwa,
- 3) wejścia w życie Pierwszej Umowy Dzierżawy nieruchomości, na której Dzierżawca miał wybudować parking wielopoziomowy.

W dniu 19 sierpnia 2008 r. uczelnia oraz E. I. S.A., zawarły porozumienie w celu potwierdzenia wejścia w życie Pierwszej Warunkowej Umowy Dzierżawy – Parking wielopoziomowy (w dniu 1 września 2008 r.) oraz Drugiej Warunkowej Umowy Dzierżawy – Hala Dydaktyczno-Sportowa (w dniu 1 października 2008 r.).

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, należy zauważyć na wstępie, że nie sposób jest podzielić argumentacji Zamawiającego jakoby obie ww. umowy dzierżawy, statuujące stosunek cywilnoprawny pomiędzy uczelnią, a firmą E. I. S.A., należało traktować wyłącznie w kategoriach nakładów mieszczących się w prawie Dzierżawcy do korzystania z przedmiotu dzierżawy.

Okoliczności faktyczne sprawy, a w szczególności postanowienia ww. umów dzierżawy, wskazują, iż uczelnia zawarła niniejsze umowy, udzielając *de facto* zamówienia publicznego na budowę Hali Dydaktyczno-Sportowej, bez zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Legalna definicja „zamówienia publicznego” zawarta w art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2007, Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, stanowi, że przez „zamówienie publiczne” należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Powyższe oznacza, iż zawarcie określonej umowy cywilnoprawnej jest udzieleniem zamówienia publicznego, w przypadku gdy spełnione zostaną następujące podstawowe warunki, tj.:

- stronami umowy są zamawiający i wykonawca w rozumieniu przepisów ustawy,
- umowa ma charakter odpłatny,
- przedmiot umowy to usługi, dostawy lub roboty budowlane.

W tym miejscu należy wskazać, iż ww. uczelnia jest uczelnią publiczną zobowiązaną do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie przepisów art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 9 pkt 11 ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz.U. Nr 157, poz. 1240). Zgodnie bowiem z treścią art. 9 pkt 11 ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240, ze zm.) sektor finansów publicznych tworzą m.in. uczelnie publiczne.

Odnosząc się do cechy odpłatności, należy zauważyć, iż w doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, w której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Odwołując się zatem do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest nim umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający – w postaci wykonanej na jego rzecz usługi, dostawy lub roboty budowlanej, jak i wykonawca – najczęściej w postaci zapłaty lub w innej, niekoniecznej pieniężnej, postaci, której wartość może zostać przedstawiona w pieniądzu.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż umowy w oparciu o które została zrealizowana Hala Dydaktyczno-Sportowa, miały charakter odpłatny. Zgodnie z § 10 pkt 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy, na czynsz dzierżawny stanowiący wynagrodzenie za korzystanie z nieruchomości gruntowej (w tym możliwość wybudowania parkingu wielopoziomowego) składały się trzy elementy, tj.:

- wielokrotność kwoty netto 5415,50 zł płatnej co miesięcznie przez Dzierżawcę przez okres trwania Drugiej Umowy Dzierżawy,
- różnica pomiędzy 12 909 333,00 zł netto a iloczynem liczby miesięcy przez jaki Dzierżawca był zobowiązany płacić czynsz w wysokości 5415,50 zł netto, zwaną dalej dla uproszczenia „kwotą netto 12 909 333,00 zł”,
- kwota netto odpowiadająca wysokości podatku od nieruchomości płatny przez cały okres obowiązywania Pierwszej Umowy Dzierżawy.

Przy tym, Strony ww. Umów Dzierżawy zgodnie ustaliły, iż kwota netto 12 909 333,00 zł zostanie pokryta płatnym jednorazowo świadczeniem niepieniężnym w formie nakładów poniesionych na sąsiedniej nieruchomości, która została wydzierżawiona na podstawie Drugiej Umowy Dzierżawy z 13 sierpnia 2007 r. Nakłady te, jak stanowi zapis § 10 pkt 4 Drugiej Umowy Dzierżawy (analogicznie § 11 pkt 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy), stanowiły świadczenie w rozumieniu art. 693 § 2 Kc i były formą płatności czynszu przez E. I. S.A. z tytułu dzierżawy nieruchomości w celu budowy parkingu wielopoziomowego.

Strony ww. Umów Dzierżawy zobowiązały się bowiem, że rozliczenie nastąpi między nimi w drodze potrącenia należności z faktur, które zostaną wystawione przez Strony w dacie podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego nieruchomości zabudowanej halą dydaktyczno-sportową, zgodnie z Drugą Umową Dzierżawy. Uczelnia zobowiązała się więc z jednej strony do wystawienia faktury z należnością z tytułu czynszu za 30-letnią dzierżawę nieruchomości przeznaczonych pod budowę parkingu wielopoziomowego. Dzierżawca zaś z drugiej miał wystawić fakturę VAT do kwoty nie wyższej niż 12 990 000,00 zł brutto w związku z wysokością nakładów poniesionych na wybudowanie przedmiotowej hali.

Wierzytelności z obu ww. faktur, jak stanowi Pierwsza Umowa Dzierżawy miały następnie ulec potrąceniu, skutkującemu umorzeniem się nawzajem wierzytelności do wysokości niższej w dniu płatności.

A zatem, wbrew opinii Zamawiającego wyrażonej w wyjaśnieniach, należy stwierdzić że konstrukcja umów dzierżawy, na podstawie których firma E. I. S.A. wybudowała dla uczelni halę dydaktyczno-sportową, miała **expressis verbis** charakter odpłatny, aczkolwiek niepieniężny. Budowa hali dydaktyczno-sportowej, w tym poniesione na nią nakłady przez firmę E. I. S.A. były formą płatności czynszu dzierżawnego za dzierżawę gruntów pod budowany parking wielopoziomowy. Jednocześnie budowa ww. hali miała charakter wymierny, uczelnia uzyskała bowiem korzyść w formie budynku hali dydaktyczno-sportowej wzniesionego nakładem około 12 990 000,00 zł brutto. Przy tym podkreślić należy, iż wybudowany przez firmę E. I. S.A. budynek w świetle zasady *superficies solo cedit* stanowi część składową gruntu i dzielił jego los prawny.⁸ Z informacji udzielonych przez Zamawiającego w toku kontroli wynika, iż w przedmiotowej sprawie dzierżawione grunty, w tym nieruchomość, na której pobudowano halę dydaktyczno-sportową, była własnością uczelni, a tym samym obiekt hali dydaktyczno-sportowej był częścią składową tego gruntu.

Ponadto nie budzi wątpliwości, mimo że umowa dzierżawy nie stanowiła umowy o roboty budowlane, iż skutkiem jej zawarcia były roboty budowlane polegające na wybudowaniu obiektu budowlanego w postaci hali dydaktyczno-sportowej. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2009 r. stwierdzono, iż ocena charakteru umowy zależy nie od jej nazwy, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron (art. 65 § 2 Kc). Celem zawarcia przez Zamawiającego drugiej warunkowej umowy dzierżawy

⁸ Art. 46 § 1 Kodeksu cywilnego Nieruchomościami są części powierzchni ziemskiej stanowiące odrębny przedmiot własności (grunty), jak również budynki trwale z gruntem związane lub części takich budynków, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności.

był zamiar wybudowania hali dydaktyczno-sportowej, traktowanej jako forma rozliczenia czynszu dzierżawnego za nieruchomości mające zostać zabudowane parkingiem wielopoziomowym, o czym wprost stanowi zapis § 10 ust. 4 Drugiej Umowy Dzierżawy oraz zapis § 11 ust. 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy.

Zgodnie z definicją zamieszczoną w art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako roboty budowlane należy traktować między innymi wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Jak wynika z treści Drugiej Umowy Dzierżawy, uczelnia miała wpływ na kształt budynku hali dydaktyczno-sportowej. Stosownie do § 3 ww. umowy, do aktu załączono m.in. wstępną koncepcję sposobu zagospodarowania nieruchomości oraz opis techniczny do koncepcji Hali Dydaktyczno-Sportowej. Ponadto, § 6 dawał Zamawiającemu uprawnienie do uzgadniania i konsultacji projektów architektonicznych przed wystąpieniem Dzierżawcy firmy E. I. S.A. z wnioskiem o wydanie pozwolenia na budowę, jak i zgłaszania swoich uwag i spostrzeżeń w trakcie realizacji budowy. Zgodnie z § 6 pkt 1–3 umowy, uczelnia mogła nie tylko w terminie 7 dni zapoznać się z gotowym projektem hali, ale także w terminie 14 dni od upływu terminu na zapoznanie się przez Wydierżawiającego z dokumentacją techniczną, zgłosić na piśmie Dzierżawcy swoje uwagi do dokumentacji. Ostateczna wersja dokumentacji technicznej będąca podstawą wniosku o wydanie pozwolenia na budowę miała być efektem uzgodnienia Stron.

Z powyższego wynika, iż uczelnia miała zagwarantowany wpływ na kształt projektowanej hali. Uczelnia była umocowana do określania wymagań względem projektu, a w następnej kolejności na jego wykonanie. Powyższe w wystarczającym stopniu wpisuje się w definicję robót budowlanych, zawartą w art. 2 pkt 8 ustawy, aby uznać, iż rzeczywistym zamiarem i przedmiotem ww. umów dzierżawy było wykonanie robót budowlanych polegających na wybudowaniu budynku hali dydaktyczno-sportowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

A zatem, analiza okoliczności niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, iż w sprawie tej mamy do czynienia z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, które zostało udzielone przez Zamawiającego – uczelnię bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedmiotowe umowy dzierżawy, przewidywały z jednej strony obowiązek Dzierżawcy wykonania określonych robót budowlanych tytułem poniesienia nakładów na budowę hali dydaktyczno-sportowej, a z drugiej strony, obowiązek Wydierżawiającego zapłaty wynagrodzenia, które zostało w kalkulowane w czynsz nieruchomości wydierżawionej pod budowę parkingu wielopoziomowego na sąsiednich gruntach. Wniosek taki uzasadnia także treść § 5 pkt 1 oraz 5 i 6 Druga Umowy Dzierżawy. Zgodnie z nimi umowa dzierżawy została zawarta na okres 18 miesięcy z możliwością jej wydłużenia na okres niezbędny do zakończenia realizacji hali dydaktyczno-sportowej, czyli do czasu uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Jednocześnie postanowienia umowy przewidywały, iż w przypadku gdy realizacja hali zostanie zakończona przez Dzierżawcę przed upływem Okresu Dzierżawy, umowa wygaśnie w dniu uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Nadto, Strony umówiły się, że wraz ze sporządzeniem protokołu zdawczo-odbiorczego Dzierżawca wyda uczelni dokumentację wykonawczą i powykonawczą hali dydaktyczno-sportowej. Co więcej w ramach zwrotu Przedmiotu Dzierżawy, firma E. I. S.A. zobowiązała się do niezwłocznego dokonania na rzecz Wydierżawiającego cesji praw z tytułu rękojmi i gwarancji przysługujących Dzierżawcy względem wykonawców hali dydaktyczno-sportowej.

W przedmiotowej sprawie nie było podstaw do zastosowania wyłączenia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit i) ustawy, gdyż możliwość zastosowania przedmiotowego wyłączenia następuje wyłącznie w przypadku nabycia lub najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego.

Reasumując powyższe należy stwierdzić, iż Zamawiający udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. naruszył

przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 ustawy, podstawowymi trybami udzielania zamówień są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Postępowania prowadzone w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych.

KN/7/08

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający zawarł w dniu 8 czerwca 2005 r. umowę z wykonawcą – Energetyką Sp. z o.o. na *dzierżawę nieruchomości o pow. 7262 m² położonej w G. przy ul. S., zabudowanej budynkami kotłowni węglowej oraz powiązanych z nią urządzeń towarzyszących służących dostawie ciepła*. Zgodnie z postanowieniami umowy, dzierżawca zobowiązał się do płacenia wydzierżawiającemu czynszu dzierżawy przez okres 10 lat w wysokości 25.000 PLN netto + VAT miesięcznie. Jednocześnie zgodnie z § 5 umowy dzierżawy, dzierżawca zobowiązał się także do przeprowadzania niezbędnych modernizacji i remontów urządzeń oraz instalacji obiektu kotłowni w zakresie określonym przez wydzierżawiającego. Wartość inwestycji oszacowano na 2 500 000 PLN netto + VAT. Strony ustaliły również, że wartość brutto wykonywanych prac będzie odliczona od należnych opłat czynszowych netto w okresie trwania umowy dzierżawy. Zamawiający powołując się na art. 4 ust. 3 lit. i) ustawy Pzp, nie stosował w przedmiotowym postępowaniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie w piśmie z dnia 28.01.2008 r. zamawiający poinformował, że realizowane prace polegające m.in. na wymianie elementów kotłów, czyszczeniu kotłowni i uzbrajaniu ich w aparaturę kontrolno-pomiarową nie są robotami budowlanymi w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Na wstępie należy zauważyć, że nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego jakoby zakres zleconych dzierżawcy prac nie podlegał ustawie Prawo budowlane. Po pierwsze zakres prac, do wykonania których zobowiązany był dzierżawca jest szerszy niż tych wymienionych przez zamawiającego w piśmie z dnia 28.01.2008 r. Jak wynika z treści umowy dzierżawy, dzierżawca zobowiązany był wykonać określone przez zamawiającego prace, enumeratywnie wskazane w „Harmonogramie remontów”, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. Z treści harmonogramu wprost wynika, że dzierżawca zobowiązany był w latach 2005–2008 m.in. do modernizacji kotłów, wymiany układu odpylania, modernizacji układu pompowego, modernizacji układu odżużlenia oraz remontu budynku kotłowni.

Po drugie, zamawiający przywołuje w piśmie wyjaśniającym brak stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, podstawę prawną w postaci art. 4 ustawy Pzp. W przepisie art. 4 ustawy Pzp w sposób enumeratywny wymienione zostały okoliczności w których następuje wyłączenie obowiązku stosowania jej procedur. Zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności i innych praw do nieruchomości. Powyższy przepis jako tworzący wyjątek od ogólnej zasady powinien być interpretowany ściśle. Może mieć on zastosowanie w sytuacji np. zakupu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego lub w sytuacji wydzierżawienia nieruchomości po uprzednim wykonaniu przez zamawiającego (w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych) niezbędnych robót budowlanych.

Zgodnie z art. 693 § 1 k.c. przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nie oznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. Oddanie w dzierżawę nieruchomości co do zasady nie podlega więc procedurom określonym ustawą Prawo zamówień publicznych, albowiem zamawiający (Gmina G.) nie „nabywa” dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Stąd też, nie zostaje spełniona jedna z przesłanek definiujących zamówienie publiczne (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp).

Umowa dzierżawy może jednak zawierać element zamówienia publicznego w okolicznościach, w których wydzierżawiający zobowiązany jest do zwrotu nakładów dokonanych przez dzierżawcę związanych z rea-

lizacją dostawy, usługi lub robót budowlanych. Nietrudno sobie w takim przypadku wyobrazić konstrukcję zmierzającą do omińnięcia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez np. wykonawstwo robót budowlanych przez dzierżawcę a następnie zwrot dzierżawionej nieruchomości właścicielowi. Tym samym, zaakceptowana przez zamawiającego procedura potrąceń części czynszu przez wykonawcę o kwotę odpowiadającą wartości brutto poniesionych przez wykonawcę nakładów – mogłaby stanowić jeden ze sposobów omińnięcia procedur ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiających.

Należy również zwrócić uwagę na konstrukcję zapisu umowy dzierżawy. W § 3 ust. 2 pkt b) umowy wskazano, że wartość brutto wykonywanych prac będzie odliczona od należnych opłat czynszowych netto w okresie trwania umowy dzierżawy. Jak wynika z umowy koszty inwestycji (m.in. remontu budynku kotłowni) ponoszone są przez Gminę G. jeszcze przed zwrotem przedmiotu dzierżawy. Co do zasady uprawnienia związane z ulepszeniami powstają dopiero po zakończeniu dzierżawy a nie z chwilą ich dokonania i dlatego w czasie trwania dzierżawy nie mogą być realizowane.⁹ Powyższe wskazuje, iż faktycznie nie mamy do czynienia w tym przypadku ze zwrotem nakładów poniesionych na ulepszenie rzeczy (remont obiektu), lecz z wykonaniem ulepszenia rzeczy, finansowanym przez zamawiającego i dokonanym za jego zgodą, co wyczerpuje przesłanki udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy. Niewątpliwie bowiem świadczenie dzierżawcy nieruchomości na rzecz gminy następuje na podstawie umowy o charakterze odpłatnym. Stosowana konstrukcja, w której gmina wyraża zgodę na inwestycję budowlaną polegającą na wykonaniu robót budowlanych przez dzierżawcę nieruchomości, a następnie dokonywany jest zwrot nakładów przez niego poniesionych jeszcze przed zakończeniem stosunku dzierżawy, w prosty sposób zmierza do omińnięcia stosowania procedur ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ma przy tym znaczenia, czy gmina ponosi koszty inwestycji poprzez wypłatę wynagrodzenia w postaci bezpośredniej zapłaty za wykonane roboty czy w postaci kompensaty czynszu dzierżawnego.

Reasumując należy stwierdzić co następuje. Zamawiający, udzielając zamówień na modernizację i remont budynku kotłowni bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

⁹ J. Panowicz-Lipska, Najem, [w:] Z. Radwański (red.) System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa. Tom 8, Warszawa 2004 r., s. 66;

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP) jest rządową agencją wykonawczą, która od 2000 roku wspiera przedsiębiorców. Celem działania PARP jest rozwój małych i średnich firm w Polsce – powstawanie nowych podmiotów, podnoszenie kwalifikacji i wzrost potencjału, wzmocnienie pozycji konkurencyjnej w oparciu o innowacyjność i nowoczesne technologie, kształtowanie przyjaznego otoczenia biznesowego, tworzenie warunków do prowadzenia działalności gospodarczej. Realizując działania wspierające przedsiębiorców (a także: instytucje otoczenia biznesu, jednostki samorządu terytorialnego, uczelnie), PARP korzysta ze środków budżetu państwa oraz funduszy europejskich. Zarówno w okresie przedakcesyjnym, jak i po wejściu przez Polskę do Unii Europejskiej, PARP oferowała przedsiębiorcom wsparcie finansowe i szkoleniowo-doradcze. W latach 2007–2015 Agencja jest odpowiedzialna za realizację działań w ramach trzech ogólnopolskich programów operacyjnych: **Innowacyjna Gospodarka**, **Kapitał Ludzki** oraz **Rzeczny Polski Wschodniej**.

Aby ułatwić przedsiębiorcom dostęp do informacji, PARP zainicjowała utworzenie **Krajowego Systemu Usług dla MSP (KSU)**, który pomaga w zakładaniu i rozwijaniu działalności gospodarczej. PARP jest ponadto koordynatorem i członkiem jednego z 4 obecnych w Polsce konsorcjów sieci **Enterprise Europe Network**, w skład którego wchodzi ośrodki oferujące przedsiębiorcom nieodpłatne, kompleksowe usługi informacyjne, szkoleniowe i doradcze z zakresu prowadzenia działalności gospodarczej, organizacji udziału w misjach i targach oraz świadczące pomoc w znalezieniu partnerów do współpracy gospodarczej i w transferze technologii.

Zaangażowanie PARP w międzynarodowe fora i organizacje zajmujące się wspieraniem przedsiębiorczości i innowacyjności (członkostwo w **TAFTE** Europejska Sieć Agencji Innowacyjnych oraz **IASP** Międzynarodowe Stowarzyszenie Parków Naukowo-Technologicznych i Stref Innowacji) przekłada się na jakość oferowanych usług i ich zbieżność ze światowymi tendencjami.

Agencja dysponuje 25 **specjalistycznymi portalami internetowymi i społecznościowymi**, oferującymi szkolenia e-learningowe, e-booki, transmisje ze spotkań szkoleniowych i konferencji, informacje nt. możliwości ubiegania się o wsparcie, bazy wiedzy, publikacje, wyniki badań.

Osoby zainteresowane uzyskaniem dostępnych w PARP informacji nt. programów wsparcia dla przedsiębiorców oraz instytucji otoczenia biznesu, mogą skorzystać z infolinii prowadzonej w ramach **Informatorium** PARP. Konsultanci udzielają informacji telefonicznie i mailowo oraz biorą udział w spotkaniach z zainteresowanymi wnioskodawcami.

Urząd Zamówień Publicznych (UZP) jest jednostką budżetową zapewniającą obsługę Prezesa Urzędu, który jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Urząd powstał w 1995 r. w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Głównym celem działania jest nadzór nad systemem zamówień publicznych w Polsce oraz dbałość o prawidłowe jego funkcjonowanie.

Najważniejszymi zadaniami Urzędu są:

- 1) opracowywanie aktów normatywnych w zakresie systemu zamówień publicznych i dostosowanie tych regulacji do norm prawa europejskiego,
- 2) zapewnienie sprawnego funkcjonowania środków ochrony prawnej,
- 3) czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień poprzez kontrolę konkretnych postępowań,
- 4) upowszechnianie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów i Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego zamówień publicznych,
- 5) analizowanie funkcjonowania systemu zamówień,
- 6) wydawanie w formie elektronicznej Biuletynu Zamówień Publicznych.

Urząd Zamówień Publicznych prowadzi również działalność informacyjno-edukacyjną adresowaną do uczestników rynku zamówień publicznych. W ramach tej działalności realizuje szkolenia, konferencje i seminaria oraz przygotowuje publikacje.

PARP

ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa

tel.: + 48 22 432 80 80

faks: + 48 22 432 86 20

biuro@parp.gov.pl

www.parp.gov.pl

Punkt informacyjny PARP

tel.: + 48 22 432 89 91-93

0 801 332 202

info@parp.gov.pl

ISBN 978-83-7633-244-4

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

tel.: + 48 22 458 77 77

faks: + 48 22 458 77 00

www.uzp.gov.pl