

UZP/DKUE/KD/45/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Gmina Pszczyna ul. Rynek 2 43-200 Pszczyna
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Serce Wsi – modernizacja terenów wiejskich na cele integracji lokalnej społeczności Etap I: 1. Budowa małej architektury – budowa wiaty zadaszenia typu grill w miejscowościach: Jankowice, Studzienice, Poręba, Piasek. 2. Budowa małej sceny na cele rekreacyjno-kulturalne w miejscowości Łąka. 3. Montaż elementów małej architektury w miejscowości Wisła Mała. 4. Utwardzenie ażurowe placu w Studzionce
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp
Wartość zamówienia:	823.447,67 zł (co stanowi równowartość 204.858,11 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

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

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

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

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

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

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

- od dnia 15 października 2012 r. do dnia 30 listopada 2012 r. (dotyczy zadań pn.: „Budowa małej architektury – budowa wiaty typu grill w miejscowościach: Studzienice”, „Budowa małej architektury – budowa wiaty typu grill w miejscowościach: Piasek” i „Montaż elementów małej architektury – plac zabaw dla dzieci w miejscowości Wisła Mała”);
- od dnia 2 maja 2013 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. (dotyczy zadań pn.: „Budowa małej architektury – budowa wiaty typu grill w miejscowościach: Jankowice”, „Budowa małej

architektury – budowa wiaty typu grill w miejscowościach: Poręba”, „Budowa małej sceny na cele rekreacyjno-kulturalne w Łące” i „Utwardzenie ażurowe placu w Studzionce”).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Z opisanego powyżej stanu faktycznego wynika zatem, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający ograniczył stawiane warunki udziału w postępowaniu w stosunku do przetargów nieograniczonych (oznaczonych numerami: ZP.271.1.00002.2012 oraz ZP.271.1.00003.2012), nie formułując warunków szczególnych w

zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców, podczas gdy w obydwu przetargach nieograniczonych wymagał wykazania odpowiednio, iż:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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