

**Kontrola udzielania  
zamówień publicznych  
prowadzona przez Prezesa UZP**

## 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 17 a  
02-676 Warszawa  
[www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)

Wydawca:  
Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości  
ul. Pańska 81/83  
00-834 Warszawa  
[www.parp.gov.pl](http://www.parp.gov.pl)

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2012  
© Copyright by Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2012

Publikacja współfinansowana przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Publikacja bezpłatna

ISBN: 978-83-7633-135-5

Wydanie I

Nakład 5 000 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:



Wydawnictwo Naukowe Instytutu Technologii Eksploatacji – PIB  
ul. K. Pułaskiego 6/10, 26-600 Radom, tel. centr. (48) 364-42-41, fax (48) 364-47-65  
e-mail: [instytut@itee.radom.pl](mailto:instytut@itee.radom.pl) <http://www.itee.radom.pl>

## SPIS TREŚCI

Słowo wstępne .....	5
Możliwość złożenia oferty wspólnej przez wykonawców w ramach konsorcjum w świetle kontroli Prezesa UZP .....	7
Udzielanie zamówienia publicznego na wykonanie usługi nadzoru autorskiego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.....	16
Przykłady naruszeń ustawy Pzp stwierdzonych w toku kontroli Prezesa Urzędu związanych z formułowaniem treści i dokonywaniem zmian siwz.....	21
Zagadnienie dysponowania przez wykonawców zasobami podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w świetle nieprawidłowości stwierdzonych w świetle wyników kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa UZP .....	34
Przesłanki wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP .....	49
Przesłanki wyboru trybu zapytania o cenę – przykłady naruszeń stwierdzonych w toku kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa UZP .....	67
Zamówienia dodatkowe na usługi i roboty budowlane w świetle ostatnich wyników kontroli Prezesa Urzędu.....	81
Nieprawidłowości związane z wadium stwierdzone w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP .....	91
Udzielanie zamówień na usługi o charakterze niepriorytetowym w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1 a – przykłady naruszeń stwierdzonych w kontrolach przeprowadzonych przez Prezesa UZP .....	104
Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podst. art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – przykłady naruszeń stwierdzonych w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP ..	112
Niedozwolony podział zamówienia na części w świetle wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych .....	118



## **Słowo wstępne**

Publikacja prezentuje wyniki kontroli prowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych w 2011 i 2012 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.

Niniejsza publikacja opisuje przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP m.in. w zakresie: możliwości złożenia oferty wspólnej przez wykonawców w ramach konsorcjum, formułowania treści i dokonywania zmian siwz udzielania zamówień na usługi o charakterze niepriorytetowym czy też niedozwolonego podziału zamówienia na części.

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 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*



# Możliwość złożenia oferty wspólnej przez wykonawców w ramach konsorcjum w świetle kontroli Prezesa UZP

Możliwość złożenia oferty wspólnej przez kilku wykonawców wynika wprost z art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078), dalej jako: „ustawa Pzp”, który transponował do krajowego porządku prawnego art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114), dalej jako: „dyrektywa 2004/18/WE”.

Celem zawarcia przez wykonawców porozumienia w sprawie wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne jest połączenie kompetencji i doświadczenia partnerów, jak również rozłożenia ryzyka przedsięwzięcia pomiędzy wszystkich uczestników porozumienia. Ponadto wprowadzenie możliwości składania oferty przez więcej niż jeden podmiot ułatwia ubieganie się o zamówienie publiczne małym i średnim wykonawcom, często niebędącym w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego.

Przepisy ustawy Pzp nie narzucają na żadnym etapie postępowania formy prawnej, jaką powinni przyjąć wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie publiczne. Ustawodawca pozostawił swobodę wyboru formy najbardziej odpowiadającej interesom podmiotów zawierających porozumienie. Najczęściej wybieraną formą złożenia oferty wspólnej jest konsorcjum.

Pojęcie konsorcjum nie zostało zdefiniowane w prawie polskim. Opierając się na całokształcie literatury z zakresu zamówień publicznych, należy stwierdzić, że jest to forma organizacyjna zawiązana na podstawie umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. Samo konsorcjum nie ma podmiotowości prawnej, struktury organizacyjnej czy majątku. Oferta wspólna jest jedynie sumą oświadczeń woli wszystkich wykonawców, która nie powołuje do życia nowego podmiotu gospodarczego. W związku z tym nie istnieje obowiązek rejestracji konsorcjum, nie ma również ustanowionych ustawowych form reprezentacji, która w konsorcjum oparta jest na pełnomocnictwie, nie zaś na przedstawicielstwie.

Konsorcjum zawiązane w celu złożenia oferty wspólnej jest stosunkiem obligacyjnym pomiędzy partnerami, ma zatem charakter wewnętrzny i nie występuje na zewnątrz jako odrębny podmiot. W konsekwencji stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego zawieranej z zamawiającym nie jest odrębna struktura podmiotowa, a wszyscy członkowie konsorcjum.

Podobną sytuację prawną przedstawia spółka cywilna, która na gruncie prawa cywilnego nie jest podmiotem praw i obowiązków odrębnych od wspólników, a jedynie wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym łączącym wspólników. Dlatego przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy Pzp należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Art. 23 ust. 2 ustawy Pzp nakłada na wykonawców składających ofertę wspólną obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotne jest, aby pełnomocnictwo miało formę pisemną. Pełnomocnictwo może być udzielone jednemu z partnerów konsorcjum lub osobie trzeciej. W praktyce udzielenie pełnomocnictwa odbywa się najczęściej na rzecz wiodącego wykonawcy, który staje się liderem konsorcjum. Pełnomocnictwo może zostać udzielone bądź w umowie regulującej współpracę między członkami konsorcjum, bądź na podstawie odrębnego pełnomocnictwa. Wszystkie terminy określone w ustawie Pzp odnoszące się do pojedynczego wykonawcy mają zastosowanie do pełnomocnika konsorcjum, ze skutkiem

prawnym wobec pozostałych uczestników konsorcjum. Zamawiający może ograniczyć przesyłanie wszelkich pism i zawiadomień tylko do pełnomocnika konsorcjum.

Poza opisaną powyżej koniecznością ustanowienia pełnomocnika ustawa Pzp nie przewiduje, żadnych dodatkowych formalności dla skutecznego złożenia oferty przez wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia.

Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców składających ofertę wspólną. Sformułowanie „odpowiednio” oznacza, że przepisy ustawy Pzp będą miały zastosowanie wprost, nie będą miały zastosowania lub będą miały zastosowanie z pewnymi modyfikacjami. W związku z tym bardzo ważną kwestią jest prawidłowe zastosowanie przepisów ustawy Pzp w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców składających ofertę wspólną, jak również czynność badania i oceny takiej oferty. Jak pokazują wyniki kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu, wskazane powyżej czynności odnoszące się do ofert złożonych wspólnie przez kilku wykonawców niejednokrotnie przysparzają zamawiającym sporych trudności, a ich nieprawidłowe wykonanie prowadzi do naruszeń ustawy Pzp.

Przesłanki skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania, określone w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, odnoszą się do każdego z członków konsorcjum. Oznacza to, że oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania musi zostać złożone odrębnie przez wszystkich konsorcjantów lub przez pełnomocnika konsorcjum w imieniu każdego z nich. Jeśli przesłanki z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp zostaną wypełnione względem choćby jednego partnera konsorcjum, skutkuje to wykluczeniem z postępowania całego konsorcjum.

W przypadku warunku posiadania odpowiednich uprawnień, tj. warunku wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy przyjąć, że mogą wykazać jego spełnianie tylko ci członkowie konsorcjum, którzy będą faktycznie realizować część zamówienia, do której wykonania wymagane jest posiadanie uprawnień ustawowych.

W przypadku natomiast warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 – 4 ustawy Pzp nie ma wątpliwości, że konieczność ich spełniania odnosi się do konsorcjum jako całości, nie zaś do jego poszczególnych członków. Wykazanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem kadrowym i technicznym oraz sytuacją ekonomiczną i finansową podlega co do zasady sumowaniu i łącznej ocenie przez zamawiającego. Oznacza to, że co do zasady zamawiający nie może wymagać, aby warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione samodzielnie przez partnerów konsorcjum. Odmienna interpretacja prowadziłaby do ograniczenia możliwości tworzenia konsorcjum oraz sprzeciwiałaby się istocie i celowi zawierania konsorcjum. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym między innymi wyrok z 17 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 733/10), w którym Izba stwierdziła, że dopuszczalne jest, aby wykonawcy, dochodząc do porozumienia, wyrazili wolę wspólnego ubiegania się o zamówienie niezależnie od tego, jakimi kwalifikacjami dysponują poszczególni członkowie konsorcjum oraz niezależnie od tego, jakie zadania będą faktycznie realizować po wyborze oferty najkorzystniejszej. Wykonawcy ci mogą również wspólnie zagwarantować spełnianie określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, a ich potencjał może podlegać sumowaniu w celu możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie, a następnie realizowania zamówienia publicznego.

Należy jednak dopuścić żądanie wykazania spełnienia warunku przez jednego z członków konsorcjum w sytuacji, gdy niemożliwe jest jego łączne spełnienie przez wszystkich lub niektórych konsorcjantów. Przykładem może być wymóg wykazania się odpowiednim wskaźnikiem płynności bieżącej, który z natury rzeczy nie może być „zsumowany” ze wskaźników poszczególnych członków konsorcjum.

Zgodnie z art. 23 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Wskazany przepis stwarza zamawiającemu możliwość



żądania umowy konsorcjum, nie nakłada natomiast na zamawiającego takiego obowiązku. Należy podkreślić, że na gruncie wskazanego przepisu zamawiający może żądać umowy od wykonawców wyłącznie w okresie po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Umowa konsorcjum jest umową nienazwaną, zawieraną na podstawie art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93), w której strony zobowiązują się do wspólnego działania celem urzeczywistnienia określonego przedsięwzięcia gospodarczego. Zawarcie umowy konsorcjum ma na celu uregulowanie zasad współpracy oraz określenie praw i obowiązków poszczególnych członków konsorcjum.

Zgodnie z art. 141 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wynika z tego, że zamawiający może żądać całości lub części realizacji umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązania w całości lub w części od wszystkich partnerów konsorcjum łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie zamawiającego przez któregokolwiek z konsorcjantów zwalnia pozostałych. Ponadto wszyscy konsorcjanci pozostają zobowiązani aż do pełnego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, o ile zamawiający nie dopuści składania ofert wariantowych. Powyższe odnosi się również do wykonawców składających ofertę wspólną. Oznacza to, że członek konsorcjum nie może złożyć odrębnej oferty samodzielnie (wyrok KIO z 11 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 121/10). Taką czynność należałoby potraktować w kategorii naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem z punktu widzenia złożenia oferty wspólnej jest kwestia wadium. Bezsprzeczne pozostaje fakt, że wniesione wadium powinno w sposób prawidłowy zabezpieczać ofertę złożoną wspólnie przez wykonawców. Przyjmuje się, że dopuszczalne jest wniesienie wadium zarówno przez jednego wykonawcę w pełnej wysokości, jak również wspólnie przez wszystkich uczestników konsorcjum. Jak zostało wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1067/10) okoliczność, iż gwarancja wadialna została wystawiona na wniosek jednego członka konsorcjum nie stanowi przeszkody do stwierdzenia zabezpieczenia oferty wniesionej przez konsorcjum.

**Poniżej przedstawiono przykłady naruszeń w zakresie złożenia oferty wspólnej przez wykonawców (konsorcjum), stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.**

## KN 3/10

Zamawiający w Rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaznaczył, że nie dopuszcza do udziału w postępowaniu konsorcjów. Zapis taki należy uznać za sprzeczny z ustawą Prawo zamówień publicznych, która w art. 23 ust. 1 przewiduje, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie ustawa Pzp nie zawiera żadnego wyjątku od tej zasady. W szczególności przepisy art. 99–101 ustawy Pzp dotyczące umów ramowych nie przewidują wyłączenia normy wynikającej z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp ze stosowania podczas prowadzenia postępowania.

Tym samym, wprowadzając powyższe ograniczenie, zamawiający naruszył art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Należy przy tym zauważyć, że powyższe ograniczenie dotyczące braku możliwości udziału w postępowaniu konsorcjów nie miało wpływu na zachowanie konkurencji w tym konkretnym postępowaniu, jednak ustawa Pzp, do której stosowania zamawiający jest zobowiązany, nie zawiera wyjątków od zasady wynikającej z powołanego art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym działanie zamawiającego należy uznać za naruszenie przepisów ustawy Pzp.

## KN 7/10

W rozdziale XI pkt 1.7. SIWZ zamawiający zawarł wymóg złożenia wraz z ofertą umowy o współpracy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W myśl art. 25 ustawy w toku postępowania 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. W art. 23 ustawy stworzona została możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Jednocześnie, jedyny wymóg nałożony ustawą na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 2 ustawy). Ustawa nie zawiera przepisów, które w jakikolwiek sposób wskazywałyby na konieczność zawarcia takiej umowy już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 23 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, **została wybrana**, zamawiający może żądać **przed zawarciem umowy** w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Reasumując, stwierdzić należy, że zamawiający, żądając od wykonawców, aby w przypadku wystąpienia konsorcjum, załączyli zawartą umowę konsorcjum do oferty, a nie po jej ewentualnym wyborze, naruszył art. 23 ust. 4 ustawy Pzp.

## KN 71/10

Z treści SIWZ części III pkt 2.2. lit. a) tiret 3 i ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.3.5) wynika, iż zamawiający postawił żądanie, zgodnie z którym: „wykonawca musi znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Warunek będzie spełniony, jeżeli:

- wykaże się wskaźnikiem rentowności **lidera** konsorcjum wyliczonym jako zysk netto/przychody x 100% nie mniejsze niż 4%”.

Powyższy warunek wskazuje, iż od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wymagano, aby wskaźnikiem rentowności wykazał się konkretny członek konsorcjum, tj. jego **lider**.

W tym miejscu zaznaczyć należy, iż zasadą w przypadku wykonawców składających ofertę wspólnie jest dopuszczalność spełniania przez nich warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej łącznie, tj. wg wyboru wykonawców – przez każdego z nich lub niektórych z nich w części bądź przez jednego z nich samodzielnie. Niemniej jednak wyjątkiem od tej zasady jest spełnianie warunków dotyczących wskaźników niemożliwych do zsumowania, np. wskaźnika rentowności. W takim przypadku dopuszczalne jest żądanie spełnienia warunku przez jednego z członków konsorcjum, niemniej jednak nie można żądać, aby był to konkretny z członków konsorcjum, np. lider. Tym samym, w przypadku konsorcjum zamawiający nie może wymagać posiadania potencjału ekonomicznego przez jednego, wyznaczonego przez siebie, członka konsorcjum (np. lidera), ponieważ ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum.

W przedmiotowej sprawie dodatkowo, z powodu takiego opisanie sposobu dokonania oceny spełniania ww. warunku, zamawiający wykluczył wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę, ponieważ wymagany wskaźnik rentowności wykazał inny niż lider członek konsorcjum.

Opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że konkretny z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **lider**, musiał spełniać warunek dotyczący potencjału ekonomicznego naruszało **art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp**. Wymóg ten był również sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowił naruszenie **art. 23 ust. 3 ustawy Pzp**.

## KU190/10

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał, że o udzielenie niniejszego zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy posiadali wiedzę i doświadczenie – w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie – wykonali co najmniej 2 roboty budowlane polegające na zrealizowaniu ściany szczelinowej dla obiektu budowlanego, w tym jedna robota winna dotyczyć obiektu o kubaturze podziemnej nie mniejszej niż 20 000 m<sup>3</sup>, przy wartości robót nie niższej niż 5 mln PLN brutto (słownie: pięć milionów PLN) każda oraz potwierdzą, że wskazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Ponadto, z treści SIWZ (ogłoszenia) wynikało, iż w przypadku gdy wniosek składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia lub wykonawca polegał będzie na doświadczeniu innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, to co najmniej jeden podmiot (jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy) musi **samodzielnie** spełniać warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, o którym mowa powyżej.

Konsekwencją postawienia warunku w ww. sposób było wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na to, że wykonawca nie wykazał, że on lub podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie wykonał co najmniej 2 roboty budowlane **samodzielnie**.

Jednocześnie z dokumentacji postępowania wynika, że ww. wykonawca w wykazie robót wskazał dwie roboty budowlane, które odpowiadały wymaganiom zamawiającego, w tym jedną wykonaną przez wykonawcę, a drugą wykonaną przez podmiot trzeci.

Ponadto z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego wynika także, że w ocenie zamawiającego warunek doświadczenia postawiony w przedmiotowym postępowaniu jest zgodny z przepisami ustawy Pzp, a szczególności nie pozostaje w kolizji z przepisami art. 22 ust. 4, art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b ustawy. Zamawiający wskazał, że w przypadku oceny spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest brać pod uwagę łączny potencjał podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jednakże „łącznie” nie zawsze należy utożsamiać z matematycznym sumowaniem potencjałów konsorcjantów. Spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zdaniem zamawiającego, nie może polegać na dowolnym i swobodnym sumowaniu doświadczenia poszczególnych członków konsorcjum. Określenie „łącznie” należy interpretować w ten sposób, że to każdy z członków konsorcjum może wykazać się realizacją wymaganego zamówienia, a wykazanie się tą umiejętnością przez jednego z wykonawców zwalnia pozostałych z tego obowiązku.

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego, należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wyżej wymieniony przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełnienia warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż

wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający, formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Zamawiający, formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć również 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 każdy z konsorcjantów 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 jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe znajduje potwierdzenie w powszechnie stosowanej przez zamawiających praktyce, która znajduje wyraz również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. w wyroku z 23 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1432/10).

Tym samym, w przypadku konsorcjum – w celu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należy brać pod uwagę łączną posiadaną wiedzę i doświadczenie, jakie wykazują podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania, wystarczające jest nie tylko spełnienie, opisanego poprzez konieczność wykonania co najmniej 2 robót budowlanych, warunku udziału w postępowaniu przez jednego z członków konsorcjum, ale także spełnienie tego warunku np. w ten sposób, że dwaj członkowie konsorcjum wykazują po 1 robocie budowlanej. 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. Analogiczna sytuacja dotyczy podmiotu trzeciego, który udostępni wykonawcy swój potencjał.

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy uznać, że zamawiający nie może wymagać posiadania wiedzy i doświadczenia przez jednego członka konsorcjum lub podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. W świetle powyższego opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy musi **samodzielnie** spełniać warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia 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**.

## KU 47/11

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.

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 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.

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego, należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wyżej wymieniony przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający, formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Zamawiający, formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć również 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 wy-

kazać, 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. Odmienne 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. Powyższe znajduje potwierdzenie w powszechnie stosowanej przez zamawiających praktyce, która znajduje wyraz również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. w wyroku z 23 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1432/10).

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 równowartości 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**.

## KN 43/10

W Rozdziale VII pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał: „o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, tj. posiadają licencję na międzynarodowy transport drogowy (każdy z wykonawców występujących wspólnie musi spełnić ten warunek)”.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą (Rozdział VIII pkt 3 SIWZ) licencji na wykonywanie międzynarodowego zarobkowego przewozu drogowego rzeczy, zgodnie z ustawą z 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2007 Nr 125, poz. 874

ze zm.). Zamawiający w tym punkcie SIWZ wyraźnie wskazał, iż „w przypadku składania oferty wspólnej, każdy z wykonawców składa dokument”.

Należy jednak wskazać, iż w świetle orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 24. Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1, tj. posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

W wyroku z 18 maja 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt: KIO/UZP 786/10) wskazała, iż w zakresie uprawnień za wystarczające do uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym przedmiotu o różnym rodzaju należy uznać, gdy uprawnienie posiadał będzie co najmniej jeden z konsorcjantów, który będzie realizował tę część zamówienia, z którym wiąże się obowiązek posiadania uprawnień”.

W związku z powyższym należy wskazać, iż poprzez żądanie od każdego z wykonawców występujących wspólnie (konsorcjum) posiadania licencji na wykonywanie międzynarodowego, zarobkowego przewozu drogowego, zgodnie z odpowiednimi przepisami ustawy z 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 125, poz. 874 ze zm.) Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp.

# Udzielanie zamówienia publicznego na wykonanie usługi nadzoru autorskiego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp<sup>1</sup>

Rozważania nad przeprowadzaniem zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na sprawowanie nadzoru autorskiego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp wypada rozpocząć od zakreszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Jednym z fundamentalnych przepisów, mających znaczenie dla realizacji tych zasad jest art. 10 Pzp ustanawiający zasadę prymatu procedur otwartych. Zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 Pzp podstawowymi trybami udzielenia zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, zaś ust. 2 ww. przepisu stanowi, iż Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Mając na uwadze, 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<sup>2</sup>. Udzielając zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający podejmuje rokowania tylko z jednym wykonawcą i z nim zawiera umowę. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, określonych ustawowo sytuacjach. Tym samym Zamawiający uprawniony będzie do udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 Pzp<sup>3</sup>. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny wielokrotnie podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta<sup>4</sup>.

Ze skorzystaniem z trybu zamówienia z wolnej ręki łączy się, poza wyjątkami określonymi w Pzp, obowiązek zawiadomienia o tym fakcie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”)<sup>5</sup>. Udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu, w którym nie dopełniono tego obowiązku stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w świetle art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.). Jeżeli na podstawie informacji zawartych w zawiadomieniu Prezes Urzędu uzna, iż istnieje uzasadnione podejrzenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik, może wszcząć kontrolę doraźną takiego postępowania<sup>6</sup>. Jeżeli w wyniku kontroli stwierdzone zostanie, że udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (naruszenie określone w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), Prezes Urzędu kieruje zawiadomienie do właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych, jak również może zastosować środki przysługujące mu z mocy ustawy (powództwo o stwierdzenie nieważności umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1 Pzp lub nałożyć karę pieniężną na podstawie art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.).

<sup>2</sup> Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13, oraz orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58.

<sup>3</sup> Informator Urzędu Zamówień Publicznych, Warszawa, kwiecień 2010, s. 19.

<sup>4</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 września 2000 r. (sygn. akt II SA 2074/00), wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 czerwca 2006 r. (sygn. akt III SA/Wa 874/06).

<sup>5</sup> Art. 67 ust. 2 Pzp.

<sup>6</sup> Na podstawie art. 165 ust. 1 Pzp.

<sup>7</sup> Informator Urzędu Zamówień Publicznych, Warszawa, wrzesień 2010, s. 18.



Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis statutowany w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp konieczne jest stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do zrealizowania zamówienia ze względu na konieczność ochrony uregulowanych w odrębnych przepisach praw wyłącznych. Aby odwołać się do przesłanki praw wyłącznych, nie wystarczy jednak, że dany produkt chroniony jest prawami wyłącznymi – niezbędne jest również wykazanie, że produkty te mogą być wytworzone lub dostarczone tylko przez określonego wykonawcę<sup>8</sup>. Należy wykazać również, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne rozwiązaniom, objętym prawem autorskim lub patentem, które odpowiadałyby potrzebom Zamawiającego. Tym samym, w sytuacji, gdy na rynku istnieje możliwość uzyskania zamówienia od innych wykonawców, nie może on powoływać się na przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców<sup>9</sup>.

W świetle przedstawionych powyżej zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) Pzp 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) Pzp, 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 powstania ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki<sup>10</sup>. Brak jednoczesnego wskazania w umowie na prace projektowe zobowiązania autora projektu do sprawowania nadzoru autorskiego należy uznać za błąd, zaś wskazanie Zamawiającego na przyszłą umowę<sup>11</sup>, która określi warunki sprawowania tego nadzoru jest postępowaniem niewłaściwym, szczególnie w sytuacji, kiedy Zamawiający już w chwili wszczęcia procedury mającej wyłonić autora dokumentacji projektowej ma świadomość konieczności sprawowania nadzoru autorskiego<sup>12</sup>.

Zgodnie z dyspozycją art. 20 ust. 1 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. – Dz. U. Nr 207, poz. 2016 z 2003 r. z późn. zm.) 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,
- uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Nalożenie obowiązku pełnienia nadzoru autorskiego na projektanta może powstać w dwojaki sposób, bądź poprzez decyzję administracyjną wydaną zgodnie z dyspozycją przepisu art. 19 Prawa budowlanego, bądź zgodnie z treścią art. 18 ust. 1 pkt 3 przywołanej ustawy, który statuuje fakultatywne uprawnienie inwestora, który może ale nie musi nakładać takiego obowiązku na projektanta. Należy w tym momencie zaznaczyć, iż istnieje wyjątek od przywołanej powyżej zasady<sup>13</sup>. W sytuacji spełnienia przesłanek wymienionych w art. 18 ust. 1 pkt 5 Prawa budowlanego inwestor jest zobowiązany zapewnić nadzór nad wykonywaniem robót budowlanych. Obowiązek statutowany w art. 18 ust. 1 pkt 5 Prawa budowlanego wynika explicite z przepisów prawa<sup>14</sup>, należy jednocześnie zauważyć, iż inaczej niż w wypadku wyjątków wynikających z dyspozycji art. 19 Prawa bu-

<sup>8</sup> Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, Urząd Zamówień Publicznych, 2010.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu z 14 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 99/10), Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu z 7 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD/23/10).

<sup>11</sup> Zawartą w trybie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. b).

<sup>12</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu z 8 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 16/11), Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu z 14 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 99/10).

<sup>13</sup> Z. Cieślík, S. Szuster, Komentarz do ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.00.106.1126).

<sup>14</sup> Ibidem.

dowlanego nie jest niezbędne nałożenie na inwestora wskazanego obowiązku przez właściwy organ w decyzji o pozwoleniu na budowę<sup>15</sup>.

Stosownie do dyspozycji art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego projektant zobowiązany jest sprawować nadzór autorski 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<sup>16</sup>. Nadzór autorski sprawowany jest w wypadku wystąpienia żądania inwestora lub uprawnionego organu<sup>17</sup>, projektant zaś nie może się od niego uchylić pod rygorem odpowiedzialności zawodowej<sup>18</sup>. Istnieje jednakże możliwość powierzenia wykonywania nadzoru autorskiego innemu projektantowi, nawet bez wiedzy i zgody autora, jednak nadzór wykonywany w takiej formie jest wówczas nadzorem nad wykonywanymi robotami budowlanymi, któremu nie można przypisać charakteru nadzoru autorskiego<sup>19</sup>. W opozycji do przedstawionego powyżej zapatrywania należy wskazać pogląd, iż nadzór autorski wykonywany przez inną osobę niż autor dokumentacji projektowej wypełnia cechy nadzoru autorskiego w rozumieniu Prawa budowlanego, pozbawia jednakże twórcę uprawnienia do odpłatnego działania, do którego umocowany jest na podstawie dyspozycji art. 16 ust. 5 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz. U. z 2006 r. nr 90, poz. 631)<sup>20</sup>.

Prawo budowlane nakłada na inwestora obowiązek bezzwłocznego zawiadomienia właściwego organu o zmianie projektanta sprawującego nadzór autorski, podając od kiedy nastąpiła zmiana<sup>21</sup>. Do zawiadomienia należy dołączyć oświadczenia o przejęciu sprawowanych obowiązków<sup>22</sup>. Należy zauważyć, iż ustawodawca nie dopuszcza w ogóle możliwości zaprzestania pełnienia nałożonych obowiązków, w tym pełnienia nadzoru autorskiego. Z dyspozycji art. 44 pkt 3 Prawa budowlanego wynika, że może zmienić się tylko osoba pełniąca taką funkcję, do obowiązków inwestora należy zaś zawiadomienie właściwego organu o takiej zmianie i dołączenia stosownego oświadczenia<sup>23</sup>. Właściwym jest przywołanie poglądu, zgodnie z którym zmiana projektanta sprawującego nadzór autorski powinna być wynikiem określonych okoliczności, stojących na przeszkodzie dalszemu sprawowaniu nadzoru przez konkretną osobę, jak np. choroba czy konieczność wyjazdu za granicę<sup>24</sup>. Jednocześnie należy zauważyć, iż procedura dokonywania tego rodzaju zmiany, poza przyjmowaniem obowiązków przez nowo wyznaczoną do tego osobę<sup>25</sup> oraz zawiadaniem właściwego organu o zmianie, nie została ustawowo sprecyzowana<sup>26</sup>.

Należy nadmienić, iż pomimo istnienia regulacji pozwalającej na zmianę osoby sprawującej nadzór autorski, stanowiącej wyjątek od generalnej zasady, iż nadzór autorski może być sprawowany jedynie przez projektanta, czyli twórcę utworu, co ma potwierdzenie w regulacjach zawartych w art. 16 ust. 5 prawa autorskiego stanowiącym, że jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, a w szczególności prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu, autorskich praw osobistych nie można zbyć, wygasają one dopiero wraz ze

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Prof. zw. dr hab. Z. Niewiadomski, T. Asman, J. Dessoulavy-Śliwiński, E. Janiszewska-Kuropatwa, A. Plucińska-Filipowicz, Prawo budowlane Komentarz, 2009, C.H.Beck, Wydanie: 3.

<sup>17</sup> Art. 18 ust. 3 i art. 19 ust. 1 Prawa budowlanego.

<sup>18</sup> Art. 95 pkt 5 Prawa budowlanego.

<sup>19</sup> W. Goliński, Nadzór autorski projektanta, Rzeczpospolita 1999, nr 2, s. 9, prof. zw. dr hab. Z. Niewiadomski, T. Asman, J. Dessoulavy-Śliwiński, E. Janiszewska-Kuropatwa, A. Plucińska-Filipowicz, Prawo budowlane Komentarz, op.cit.

<sup>20</sup> W. Dzierżanowski, Nadzór autorski z wolnej ręki, Przetargi Publiczne, styczeń 2011 r., s. 35.

<sup>21</sup> Art. 44 ust 3 Prawa budowlanego.

<sup>22</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 30 listopada 2005 r. (sygn. akt. VII SA/Wa 641/05).

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> R. Golał, Pytania o nadzór autorski, <http://www.inzynierbudownictwa.pl/drukuj,3157>.

<sup>25</sup> Spełniającą kryteria określone w rozdziale 2 Prawa budowlanego.

<sup>26</sup> R. Golał, op.cit.

śmiercią autora utworu. Tym samym twórca dokumentacji projektowej nie może praw osobistych, tak jak autorskich praw majątkowych przenieść na Zamawiającego<sup>27</sup>. Co do zasady więc tylko twórca dokumentacji projektowej, posiadający autorskie prawa osobiste do utworu uprawniony jest do świadczenia usługi pełnienia nadzoru autorskiego.

Dla porządku należy zauważyć, iż zgodnie z przepisami prawa<sup>28</sup> odpowiedzialności zawodowej w budownictwie podlegają osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie<sup>29</sup>, które uchylają się od podjęcia nadzoru autorskiego lub wykonują niedbale obowiązki wynikające z pełnienia tego nadzoru.

**W toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu, a dotyczących sprawowania nadzoru autorskiego stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do przesłanki wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp:**

### **Przykład 1 (KZ/1035/10)**

Przedmiotowa kontrola dotyczyła legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, dla postępowania którego przedmiotem było *świadczenie usługi pełnienia nadzoru autorskiego przez autora dokumentacji, na podstawie której realizowane jest zadanie inwestycyjne w ramach projektu POIiŚ 7. 1-41 Modernizacja linii kolejowej E65/C – E65 na odcinku Warszawa – Gdynia – obszar LCS Działdowo*.

Zamawiający, wiedząc, iż realizacja projektu wymaga sprawowania nadzoru autorskiego przez projektanta, o czym świadczy treść postanowienia w pkt 4.2.5 ust. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do umowy FS2004/PL/16/C/PT/006-01 z 24 sierpnia 2006 r. oraz nie ujmując tej usługi w ramach przedmiotu zamówienia na prace projektowe, spowodował, iż usługa pełnienia nadzoru autorskiego, która jest ściśle powiązana z wykonaniem projektu, stała się przedmiotem odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym. Włączenie usługi pełnienia nadzoru autorskiego do przedmiotu zamówienia na wykonanie projektu pozwoliłoby na realizację tego zamówienia w trybie konkurencyjnym. Zatem udzielenie zamówienia na nadzór autorski w trybie z wolnej ręki nie wynika z okoliczności obiektywnych niezależnych od Zamawiającego, lecz jest wynikiem działania Zamawiającego, polegającego na rozdzieleniu przedmiotu zamówienia<sup>30</sup>.

### **Przykład 2 (KZ/1577/10)**

Przedmiotowa kontrola dotyczyła legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, dla postępowania którego przedmiotem było *świadczenie usługi pełnienia nadzoru autorskiego w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa budynku dla Sądu Okręgowego i Sądu Rejonowego w Poznaniu przy ul. Kościuszki 136”*.

Zamawiający wyjaśnił, iż fakt wykonania dokumentacji projektowej przez wykonawcę przesądza, iż usługa sprawowania nadzoru autorskiego również musi być prowadzona wyłącznie przez jednego wykonawcę (autora dokumentacji projektowej) ze względu na istnienie praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, tj.: art. 16 prawa autorskiego i art. 20 ust. 1 prawa budowlanego. Zamawiający wskazał, iż brak uwzględnienia usługi pełnienia nadzoru autorskiego w ramach poprzedniego postępowania na opracowanie dokumentacji projektowej wynikał m.in. z braku możliwości zabezpieczenia środków na wykonanie tego zadania.

<sup>27</sup> K. Granat, Nadzór autorski – czy można zamówić z wolnej ręki?, <http://prawo.money.pl/aktualnosci/okiem-eksperta/artukul/nadzor;autorski;-czy;mozna;zamowic;z;wolnej;reki,63,-1,767807.html#>

<sup>28</sup> Art. 95 Prawa budowlanego.

<sup>29</sup> Określone Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r. Nr 83 poz. 578).

<sup>30</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu z 14 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 99/10) op.cit.

Zamawiający, wprowadzając zapisy stanowiące, iż Projektant będzie zobowiązany do pełnienia nadzoru autorskiego nad inwestycją, co zostanie ustalone w odrębnej umowie (§ 5 ust. 4 umowy nr IR-2240-157/07 z 21 grudnia 2007 r., Regulamin konkursu na opracowanie koncepcji urbanistyczno-architektonicznej na budowę budynku dla części agend Sądu Okręgowego oraz Sądu Rejonowego w Poznaniu przy ulicy Kościuszki 136 rozdział IX pkt 2 ust. 10) potwierdził, iż już na etapie konkursu na opracowanie koncepcji urbanistyczno-architektonicznej miał świadomość konieczności sprawowania nadzoru autorskiego, a co za tym idzie winien był już w regulaminie oraz ogłoszeniu o konkursie przewidzieć nagrodę w postaci wykonania dokumentacji kosztorysowo-projektowej wraz z usługą pełnienia nadzoru autorskiego. Tym samym zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki skierowane do zwycięzcy konkursu swoim przedmiotem obejmowałoby obie nierozdzielalne ze sobą związane usługi<sup>31</sup>.

### **Przykład 3 (KZ/1193/10)**

Przedmiotowa kontrola dotyczyła legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, dla postępowania którego przedmiotem było pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją inwestycji pn.: „*rozbudowa drogi krajowej nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Rawa Mazowiecka – granica województwa łódzkiego odcinek km 386+000 do km 408+805*”.

Zamawiający wskazał, iż nie przewidział w ramach poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego usługi pełnienia nadzoru autorskiego, ponieważ nie był w stanie przewidzieć terminu udzielenia zamówienia na roboty budowlane oraz ukończenia tych robót na etapie zlecenia wykonania dokumentacji projektowej, co skutkowałoby zawarciem umowy z nieokreślonym bądź nadmiernie długim, nierzeczywistym terminem jej realizacji. Zamawiający podniósł, iż nie był w stanie określić prawidłowo ceny za usługę pełnienia nadzoru autorskiego ze względu na odstęp czasu pomiędzy postępowaniem na wykonanie dokumentacji a udzieleniem zamówienia na usługę nadzoru autorskiego. Zaznaczył, iż włączenie nadzoru autorskiego do zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej, wymuszające konieczność określenia przez wykonawców kwoty na pełnienie nadzoru autorskiego byłoby ekonomicznie nieuzasadnione.

W niniejszej sprawie w §1 ust. 2 umowy (nr 1/08/U/2008) na wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego z 11 sierpnia 2008 r. zostało zastrzeżone, że wykonawca zobowiązuje się do pełnienia nadzoru autorskiego w czasie robót budowlanych realizowanych na podstawie dokumentacji projektowej, z tym że na prace związane z pełnieniem nadzoru autorskiego zostanie zawarta odrębna umowa w terminie związanym z rozpoczęciem robót budowlanych. Tym samym, pomimo konieczności udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego, Zamawiający pominął tę usługę w umowie na wykonanie dokumentacji projektowej.

Okoliczność nieobjęcia w ramach postępowania na prace projektowe usługi pełnienia nadzoru autorskiego z uwagi na brak możliwości określenia ostatecznego terminu realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego nie znajduje uzasadnienia. Nie było bowiem przeszkód, aby Zamawiający zastrzegł realizację tych usług w umowie na prace projektowe 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidzieć możliwość ich zmiany<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu z 8 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 16/11) op.cit.

<sup>32</sup> Informacja o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z 27 maja 2011 r. (sygn. akt UZP/DKD/GK/36474/, KZ/1193/10).

# Przykłady naruszeń ustawy Pzp stwierdzonych w toku kontroli Prezesa Urzędu związanych z formułowaniem treści i dokonywaniem zmian siwz

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest jednym z najważniejszych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W oparciu o treść siwz i ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy podejmują bowiem decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu oraz sporządzają swoje oferty. Od momentu ich złożenia są oni związani postanowieniami specyfikacji. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż udostępnienie siwz jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania również po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w siwz (por. wyrok KIO z 28 maja 2010 r., sygn. KIO/UZP 868/10). Znajduje tu bowiem zastosowanie art. 70<sup>1</sup> § 4 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu.

Zamawiający ma obowiązek sporządzić specyfikację istotnych warunków zamówienia we wszystkich trybach postępowania o udzielenie zamówienia z wyjątkiem zamówienia z wolnej ręki oraz licytacji elektronicznej.

Zamawiający prowadzący postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z dyspozycją art. 42 ust. 1 ustawy Pzp udostępnia siwz na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. W pozostałych trybach zamawiający przesyła wykonawcom siwz wraz z zaproszeniem do składania ofert. Jednak art. 37 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza możliwość zamieszczenia siwz na stronie internetowej zamawiającego we wszystkich trybach postępowania o udzielenie zamówienia. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż w takiej sytuacji przyjmuje się domniemanie zgodności siwz umieszczonej na stronie internetowej z wersją papierową. Odstępstwo w tym zakresie jest niedopuszczalne (zob. wyrok KIO z 20 stycznia 2011 r., sygn. KIO/UZP 2819/10; KIO/UZP 8/11; KIO/UZP 9/11).

Zamawiający co do zasady nie może pobierać opłat za przekazanie siwz. Jedynym wyjątkiem jest postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, w którym o dokument ten może zwrócić się nieograniczona liczba wykonawców. Zgodnie z art. 42 ust. 2 ustawy Pzp na wniosek wykonawcy zamawiający ma obowiązek przekazać siwz w terminie 5 dni i może żądać opłaty za ww. dokument, jednak jej wysokość nie może przekraczać kosztów jej druku oraz przekazania.

Art. 36 ust. 1 ustawy Pzp wyznacza minimalną treść siwz. Katalog tych obligatoryjnych elementów ulega modyfikacjom w zależności od trybu czy też wartości postępowania o udzielenie zamówienia. W postępowaniach dwuetapowych, takich jak przetarg ograniczony czy negocjacje z ogłoszeniem, zamawiający nie zamieszcza w treści siwz warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, ponieważ ocena ta jest dokonywana przed przekazaniem wykonawcom siwz. W postępowaniach, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp zamawiający może natomiast nie zamieszczać w siwz wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wymagań dotyczących wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli nie żąda ich od wykonawców. W art. 36 ust. 2 wskazane zostały elementy, które musi zawierać siwz, w przypadku gdy zamawiający zdecyduje się na zastosowanie rozwiązań, takich jak możliwość składania ofert częściowych, aukcji elektronicznej czy też zawarcie umowy ramowej.

Spśród obligatoryjnych elementów siwz szczególnie istotną rolę dla wykonawców odgrywają zapisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, które determinują treść składanych ofert i muszą być sformułowane według zasad wynikających z art. 29–31 ustawy Pzp. Bardzo istotne są również takie elementy jak opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert czy też opis sposobu obliczenia ceny, w którym zamawiający powinien dookreślić również charakter wynagrodzenia wykonawcy. Innym ważnym elementem specyfikacji są istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy.

Należy również zwrócić uwagę, że zamawiający zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp ma obowiązek żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Ustęp 5 ww. przepisu formułuje natomiast możliwość powierzenia zamówienia podwykonawcom jako zasadę, od której wyjątek jest dopuszczalny jedynie w przypadku, gdy zamawiający zastrzeże brak takiej możliwości ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia. Przepis ten jest realizacją normy wyrażonej w art. 356 k.c., zgodnie z którą wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia.

Z porównania art. 36 oraz przepisów art. 41 oraz 48 regulujących treść ogłoszenia o zamówieniu wynika, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi uzupełnienie informacji zawartych w ogłoszeniu. Do wzajemnej relacji tych dwóch dokumentów odniosła się KIO w wyroku z 2 czerwca 2010 r. (sygn. KIO/UZP 939/10), stwierdzając, że „ustawa nie pozwala na przyjęcie prymatu zapisów siwz nad treścią ogłoszenia. Są to dokumenty, które powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać np. sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wymieniając przy tym taki sam katalog dokumentów, które należy wraz z ofertą przedłożyć”. W tym samym orzeczeniu Izba podkreśliła, że „zamawiający powinien dochować należytej staranności, sporządzając obydwie dokumenty, przede wszystkim dbając o zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszelkie rozbieżności między siwz i ogłoszeniem należy interpretować w sposób, który zagwarantuje realizację ww. zasad”.

Obowiązkiem zamawiającego jest jak najbardziej jasne i dokładne sformułowanie treści siwz. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie, do interpretacji postanowień siwz stosuje się art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, a zatem interpretacji należy dokonywać, kierując się przede wszystkim jej bezpośrednim brzmieniem i najbardziej prawdopodobnym rozumieniem przez ogół odbiorców (wyrok KIO z 14 stycznia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1648//09). Jednak w razie powzięcia przez wykonawców wątpliwości co do postanowień siwz ustawodawca w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp daje im prawo zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie jej treści. Zamawiający ma natomiast obowiązek takich wyjaśnień udzielić. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 kwietnia 2010 r. (sygn. KIO/UZP 434/10) „ze względu na to, że wyjaśnienia niejednokrotnie wpływają na podjęcie decyzji o składaniu oferty bądź na jej zawartość, wskazane jest udzielanie precyzyjnych wyjaśnień, rzeczywiście wskazujących wolę zamawiającego wyrażoną w danym zapisie specyfikacji oraz udzielanie ich niezwłocznie”. Należy w tym miejscu podkreślić, że ww. przepis reguluje wyłącznie wyjaśnianie treści siwz, nie jest możliwe formułowanie na jego podstawie pytań do np. ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto, jak słusznie podkreśla się w doktrynie, przepis ten pozwala na wyjaśnianie jedynie wątpliwości związanych z treścią siwz; nie można więc na jego podstawie domagać się wprowadzenia zmian do specyfikacji, polemizować z treścią jej zapisów czy też zadawać zamawiającemu pytania związane wprawdzie z postępowaniem, ale niebędące przedmiotem siwz (J. Pieróg, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010).

Od nowelizacji ustawy Pzp z 5 listopada 2009 r. obowiązek udzielania wyjaśnień do treści siwz jest uwarunkowany wpłynięciem wniosku o wyjaśnienia nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert, przy czym art. 38 ust. 1 b ustawy Pzp zastrzega, iż przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienia. W razie wpłynięcia wniosku o wyjaśnienie

po ww. terminie art. 38 ust. 1 a ustawy Pzp daje zamawiającemu prawo udzielenia wyjaśnień albo pozostawienia wniosku bez rozpoznania. Podobnie jest w przypadku wniosku dotyczącego wyjaśnień już udzielonych. Wydaje się jednak, że w interesie zarówno zamawiającego, jak i wykonawców leży, aby w miarę możliwości zostały udzielone odpowiedzi na wszystkie zadane pytania i usunięte niejasności w treści siwz. Można tu wskazać na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 2 lutego 2011 r. (sygn. KIO/122/11), w którym Izba stwierdziła, że „zamawiający winien mieć świadomość, że dokument, jakim jest siwz ma istotne znaczenie w procesie udzielenia zamówienia publicznego, zaś zadawane pytania w toku postępowania winny być poddane wnikliwej analizie z korzyścią nie tylko dla uczestników, którzy zamierzają złożyć ofertę, ale i dla samego zamawiającego”. Należy również podkreślić, że konsekwencje nieprecyzyjnego sformułowania treści siwz obciążają zamawiającego. Jak wskazuje się w orzecznictwie „w przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień siwz, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 434/10).

Forma zadawania pytań do treści siwz, jak i udzielania na nie odpowiedzi musi być uregulowana przez zamawiającego w siwz zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem dopuszczalna jest, w zależności od wyboru zamawiającego, forma pisemna, faks lub droga elektroniczna.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek udzielenia odpowiedzi niezwłocznie, jednak nie później niż:

- 1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert,
- 2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert – w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
- 3) na 2 dni przed upływem terminu składania ofert – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zamawiający jest zobowiązany przekazać treść pytań wraz z wyjaśnieniami wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, muszą one być również zamieszczone na tej stronie.

Od momentu publikacji wyjaśnień do treści siwz zarówno zamawiający, jak i wykonawca są związani ich treścią. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 r. (V Ca 1311/02) „wyjaśnienie udzielane w zakresie odnoszącym się do siwz stanowi rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowiąc także rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego modyfikowania treści siwz”. Powyższe potwierdza również stanowisko KIO, zgodnie z którym wykonawca, sporządzając ofertę, musi brać pod uwagę pełną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień treści specyfikacji. Wykonawca musi brać pod uwagę wyjaśnienia specyfikacji łącznie z pytaniami, gdyż wyjaśnienia są udzielane do konkretnego zagadnienia. (zob. wyrok KIO z 1 kwietnia 2011 r., sygn. KIO/UZP 580/11).

W celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści siwz zamawiający może również na podstawie art. 38 ust. 3 ustawy Pzp zwołać zebranie wykonawców. W takim przypadku ma obowiązek powiadomić o zebraniu wszystkich wykonawców, którzy pobrali siwz, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, informację o terminie zebrania zamieszcza także na tej stronie. Po zebraniu zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści siwz oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania zamawiający doręcza niezwłocznie wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez względu na to, czy brali udział w zebraniu, a jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie.

Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, wyjaśnienia treści siwz są nowymi konstrukcjami znaczenia wyjaśnianego pojęcia, precyzyjniej określającymi już istniejące znaczenie danego określenia, przy czym jego zakres nie zmienia się, a wyjaśnienie jedynie doprecyzowuje znaczenie pojęcia (por. wyrok KIO z 1 kwietnia 2011 r.,

sygn. KIO/UZP 580/11). Ustawodawca daje jednak zamawiającemu również możliwość dokonania zmiany treści siwz. Konieczność dokonania takiej zmiany może wynikać z odpowiedzi na pytania zadawane przez wykonawców, zastosowania przez nich środków ochrony prawnej lub też z własnej inicjatywy zamawiającego.

Od nowelizacji ustawy Pzp z 4 września 2008 r. zamawiający uzyskali prawo dokonywania takich zmian niezależnie od tego, jakiej części specyfikacji one dotyczą. Należy jednak podkreślić, że stosownie do treści art. 38 ust. 4 ustawy Pzp możliwość dokonywania takich zmian dotyczy jedynie uzasadnionych przypadków, a zatem powinna być traktowana jako sytuacja wyjątkowa. Zamawiający powinien sporządzić treść specyfikacji w taki sposób, aby uniknąć konieczności wprowadzania dużej ilości zmian, co skutkuje koniecznością przedłużania terminów składania ofert i utrudnia wykonawcom złożenie ofert niezawierających błędów.

Co do zasady zamawiający może dokonać zmiany treści siwz w dowolnym momencie przed upływem terminu składania ofert. Odstępstwo od tej reguły zostało wyrażone w treści art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, zgodnie z którym, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Powyższa regulacja ma na celu zachowanie wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ww. trybach wykonawcy podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu na podstawie ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ogłoszenia po dokonaniu kwalifikacji wykonawców w oparciu o jego zapisy mogłaby prowadzić do sytuacji zmiany kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia w momencie, w którym nie mogliby oni przystąpić do udziału w postępowaniu.

Zamawiający ma obowiązek przekazać niezwłocznie dokonaną zmianę specyfikacji wszystkim wykonawcom, którym przekazano siwz, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, musi zamieścić ją także na tej stronie. Należy jednak podkreślić, że ustawodawca nie określił żadnej szczególnej formy dokonywania zmian treści specyfikacji. Zgodnie z ujednoczonym stanowiskiem orzecznictwa nie ma znaczenia, czy zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz w oddzielnym piśmie, czy też udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców. Informacja nie musi być opatrzona stwierdzeniem, iż w powyższym zakresie dokonywana jest zmiana siwz, by stać się wiążącą dla wykonawców. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do siwz ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert (por. wyrok KIO z 12 maja 2010 r., KIO/UZP 729/10). Podobnie w wyroku z 1 czerwca 2011 r. (sygn. KIO 1063/11) Izba stwierdziła, że modyfikacja siwz ma miejsce wtedy, gdy faktycznie wskazuje na to treść pisma zamawiającego, nie stanowi zaś o tym formalna nazwa nadana korespondencji przez zamawiającego.

Zamawiający prowadzący postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego mogą dokonywać modyfikacji siwz także w zakresie prowadzącym do zmian treści ogłoszenia o zamówieniu. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek – zależnie od wartości postępowania – zamieścić ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na dyspozycję art. 12 a ustawy Pzp, z której wynika konieczność przedłużenia w takim przypadku terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli zmiana jest istotna, a w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełnienia. Przepis ten wyznacza minimalny termin składania ofert dla postępowań o wartości przekraczającej progi kwotowe określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 na co najmniej 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w przetargu nieograniczonym. Natomiast w przypadku, gdy zmiana treści siwz nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek przedłużenia terminu składania ofert tylko, jeżeli niezbędny jest dodatkowy czas na



wprowadzenie zmian w ofertach. Zamawiający w takiej sytuacji informuje o dokonanej zmianie wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz zamieszcza taką informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.

Należy zauważyć, że przepis art. 38 ust. 6 ustawy Pzp w przeciwieństwie do art. 12a nie precyzuje minimalnego terminu, jaki zamawiający powinien wyznaczyć wykonawcom na wprowadzenie zmian do ofert. Jak podkreśliła Izba w wyroku z 21 kwietnia 2011 r. (sygn. KIO/UZP 741/11), „przepis ten nie wskazuje nawet, jak w wielu przepisach kodeksu cywilnego, *expressis verbis*, że termin ten ma być „odpowiedni”, pozostawiając to uznaniu zamawiającego, włącznie ze stwierdzeniem, że jeśli zmiana jest dokonana w wystarczającym odstępie czasu od terminu składania ofert, nie musi on w ogóle tego terminu zmieniać. Nie oznacza to jednak, że zamawiającemu pozostawiono zupełną swobodę określenia tego terminu. Przepis ten stanowi bowiem, iż jeśli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert – tym samym czas, o jaki zamawiający musi przedłużyć wyznaczony termin, ma umożliwić wykonawcom wprowadzenie zmian w ofertach, czyli można uznać go za odpowiednik kodeksowego terminu „odpowiedni” dla wprowadzenia zmian”. W innym wyroku z 5 lutego 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1805/09) Izba stwierdziła, że dokonując oceny „czasu niezbędnego” na wprowadzenie zmian, zamawiający winien brać pod uwagę zakres i charakter wprowadzonych modyfikacji.

Czynność modyfikacji siwz jest czynnością zamawiającego, na którą przysługują środki ochrony prawnej. Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż jest to odrębna czynność od sformułowania treści siwz, a zatem dokonanie modyfikacji nie przywraca terminu do wniesienia odwołania na treść innych (poza zmodyfikowanymi) zapisów specyfikacji. Powyższe znajduje potwierdzenie np. w wyroku KIO z 16 września 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1898/10), w którym Izba podkreśliła, iż „skoro odwołujący nie zdecydował się na wniesienie odwołania na zapisy siwz, to nie może na skutek dalszych czynności zamawiającego skutecznie przywrócić tego terminu”. W tym samym orzeczeniu Izba wskazała, iż termin na wniesienie odwołania nie może być przywrócony przez działanie wykonawcy polegające na składaniu pytań co do kwestii sprecyzowanych w siwz.

Podsumowując, należy stwierdzić, że do zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy sformułowanie treści siwz w ten sposób, aby zawierała wszystkie elementy wymienione w treści art. 36 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie może obowiązkowo sporządzenia oraz doprecyzowania zapisów siwz przerzucać na wykonawców, twierdząc, iż w toku postępowania mają oni prawo zadawania pytań w przypadku zaistnienia wątpliwości co do jej treści ( zob. wyrok KIO z 19 kwietnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 463/10).

Poniżej zaprezentowano naruszenia przepisów ustawy Pzp popełnione przez zamawiających w zakresie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

## **NARUSZENIE NR 1 – UZP/DKUE/KN/113/09**

19 maja 2009 r., tj. na dwa dni przed upływem terminu składania ofert, który upływał 21 maja 2009 r., zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o oczekiwanej funkcjonalności urzędnika. Jeden z wykonawców oprotestował w związku z powyższym termin składania ofert i zwrócił się z prośbą o wydłużenie go o czas potrzebny do dokonania analizy dodatkowych wymagań i opracowanie oferty, a także zaznaczył, że powyższe warunki odbioru nie określają „wsadu referencyjnego” oraz „istotnych elementów przeprowadzania odbioru technicznego”. Zamawiający natomiast w odpowiedzi stwierdził, iż „zamieszczone na stronie internetowej warunki odbioru technicznego nie wpływają na zmianę siwz i specyfikację techniczną urzędnika. Niezbędne próby w celu sprawdzenia prawidłowości działania stanowiska będą wykonywane w ramach szkolenia personelu, a konieczne materiały wsadowe będą zapewnione przez zamawiającego”.

Zgodnie z treścią przepisu art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, *„jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniona na tej stronie”*.

Należy zauważyć, że istotna zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wymagająca wprowadzenia zmian do ofert dokonana została na 2 dni przed upływem terminu składania ofert.

W opinii biegłych powołanych na potrzeby kontrolowanego postępowania stwierdzono, że wskazane zmiany w opisie przedmiotu zamówienia, zamieszczone 19 maja 2009 r. na stronie internetowej zamawiającego były na tyle istotne, że powinny skutkować wydłużeniem terminu składania ofert w celu przygotowania przez wykonawców ofert zgodnie z wymogami zamawiającego. Nadto biegli stwierdzili, że: *„w naszej opinii zakres prób odbiorczych powinien być zawarty już w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia, gdyż decydował o wymaganej funkcjonalności zamawianego urządzenia”*.

W świetle przedstawionego powyżej stanu faktycznego zasadne więc było, aby zamawiający przedłużył termin składania ofert, z uwagi na fakt, iż zmiany, jakich dokonał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia miały istotny wpływ na treść przygotowanych ofert. Tym samym niezbędny był dodatkowy czas na przygotowanie ofert, szczególnie że były to zmiany dokonywane tuż przed upływem terminu ich składania.

Należy również wziąć pod uwagę, że Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w Rozdziale VI, Sekcji 2, art. 39 ust. 2 *„Procedury otwarte: specyfikacja, dokumenty i informacje dodatkowe”, wskazuje, iż „(...) informacje dodatkowe związane ze specyfikacjami oraz wszelkie dokumenty dodatkowe powinny zostać dostarczone przez instytucje zamawiającego lub właściwe wydziały nie później niż na sześć dni przed ostatecznym terminem składania ofert”*. W niniejszym postępowaniu zamawiający tego terminu nie zachował, gdyż zmiany były wprowadzone zaledwie na 2 dni przed terminem składania ofert.

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż nieprzedłużenie przez zamawiającego terminu składania ofert, pomimo powyżej opisanych okoliczności powoduje naruszenie przepisu art. 38 ust. 6 ustawy Pzp. Brak jego przedłużenia w sytuacji wprowadzenia zmian do siwz skutkowało także naruszeniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, o czym świadczyć może fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty.

## **NARUSZENIE NR 2 – UZP/DKUE/KN/31/10**

W pkt 1 „Określenie przedmiotu zamówienia i terminu wykonania zamówienia” siwz zamawiający zawarł m.in. zapis następującej treści: *„Nie dopuszcza się składania ofert z udziałem podwykonawców”*. Z uwagi na powyższe Prezes UZP skierował do zamawiającego pytanie, w jaki sposób specyfika przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, całkowicie wyklucza możliwość wykonania zamówienia z udziałem podwykonawców. Zamawiający udzielił odpowiedzi w piśmie z 3 sierpnia 2010 r., w którym informował, iż specyfika przedmiotu zamówienia polega na tym, że czynności w postępowaniu mają wykonywać osoby, które posiadają określone przez zamawiającego, a wynikające z Prawa budowlanego uprawnienia, kwalifikacje i doświadczenie zawodowe. Kwalifikacje i doświadczenie zostały określone przez zamawiającego jako warunki podmiotowe zamówienia. Oznacza to, zdaniem zamawiającego, że nie może być podwykonawcą podmiot, który nie spełnia tych warunków lub który nie był uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (nie odbyła się weryfikacja podmiotowa tego podmiotu).

Zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w siwz, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Przepis ten wprowadza wyjątek od ogólnej zasady możliwości powierzenia realizacji całości lub części zamówienia podwykonawcom i jako taki powinien być stosowany w sposób ścisły. Wyłączenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia i poprzedzone jego wnikliwą analizą, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia w przypadku, gdy jakkolwiek jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Niewystarczające w takim wypadku jest stwierdzenie, iż w realizacji zamówienia nie może brać udziału podwykonawca, który jako podmiot niebędący uczestnikiem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nie został zweryfikowany pod względem spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu. Powyższe stanowisko stoi w sprzeczności ze wspomnianą wyżej ogólną zasadą realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców. Ponadto jako przykład przeczący wskazanej argumentacji zamawiającego można wskazać, iż przedmiot zamówienia obejmuje m.in. obsługę geodezyjną i pomiarową zadania oraz wykonanie powykonawczej inwentaryzacji geodezyjnej, zaś zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu nie weryfikował, czy wykonawca dysponuje osobami posiadającymi uprawnienia geodezyjne. Trudno również wskazać powody, dla których część zamówienia obejmująca wspomnianą obsługę geodezyjną nie może być powierzona podwykonawcy.

Biorąc pod uwagę całkowite wykluczenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia oraz przesłanki, którymi kierował się zamawiający, zawierając tego rodzaju zapis w SIWZ, należy stwierdzić, iż działanie zamawiającego pozostaje w sprzeczności z treścią art. 36 ust. 5 ustawy Pzp.

### **NARUSZENIE NR 3 – UZP/DKUE/KU/35/11**

Jak wynika z pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 11.09.2010 r., nr 2010/S 177 poz. 270374. zamawiający, opisując wymagania stawiane dla osoby przewidzianej na stanowisko **Inżyniera Rezydenta** dla Przetargu nr 4 żądał, aby osoba zgłoszona na ww. stanowisko posiadała uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

W trakcie prowadzonego postępowania przetargowego wykonawca M. S.A. zwrócił się do zamawiającego z pytaniem dotyczącym spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. *„Czy uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym wydane zgodnie z określonym w § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 20 grudnia 1996 r. są wystarczające do spełnienia warunku dla Inżyniera Rezydenta w Przetargu nr 4?”*.

Pismem z 24.09.2010 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na powyższe pytanie, uznając ww. uprawnienia za wystarczające do spełnienia warunku dla Inżyniera Rezydenta w Przetargu nr 4.

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, zamawiający nie zmienił w powyższym zakresie ogłoszenia o zamówieniu.

Wobec powyższego wskazać należy, iż zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie. Natomiast zgodnie z pkt 4a niniejszego artykułu, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia prowadzi **do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu**, zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zmiana treści siwz w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niewątpliwie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia. A zatem powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek zmiany ogłoszenia o zamówieniu w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym brak modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie stanowi naruszenie dyspozycji **art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp**.

## **NARUSZENIE NR 4 – UZP/DKUE/KN/30/10**

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w rozdziale II siwz *Opis przedmiotu zamówienia* zamawiający zawarł zapis, zgodnie z którym „dokumentacja projektowa/projekt budowlany, wykonawczy/ znajduje się do wglądu w siedzibie zamawiającego”.

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Opis przedmiotu zamówienia winien przy tym uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Szczegółowe zasady opisu przedmiotu zamówienia w przypadku zamówienia na roboty budowlane zawarte zostały w art. 31 ustawy, który stanowi m.in., że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane powinien – zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – zostać zawarty w siwz przekazywanej wykonawcom chcącym wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokumentacja techniczna stanowi jeden z elementów opisujących przedmiot zamówienia i jest niezbędna do sporządzenia oferty. Zatem powinna stanowić integralną część siwz, udostępnianą na takich samych zasadach jak pozostałe jej części.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, udostępniając dokumentację projektową jedynie w swojej siedzibie naruszył art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

## **NARUSZENIE NR 5 – UZP/DKUE/KN/14/10**

Zamawiający ustalił w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia następujące kryteria oceny ofert:

- a) cena oferty – 75 %,
- b) plan doradczy – 25 %.

W przypadku drugiego z kryteriów zamawiający wskazał, iż w kryterium opisu członkowie komisji przetargowej, wykorzystując posiadaną wiedzę i doświadczenie, dokonają porównania i oceny poszczególnych opisów w zależności od stopnia ich zgodności z potrzebami zamawiającego. Plan uwzględniający minimum określone przez zamawiającego otrzyma 60 punktów. Za dodatkowe elementy wzbogacające opracowanie, podnoszące merytoryczną wartość, zostaną przyznane punkty w wysokości 1–40.

Wybór kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego. Opis kryteriów, jakimi będzie się kierował zamawiający przy wyborze oferty, wraz z podaniem ich znaczenia oraz sposobu oceny ofert, zamieszcza się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp). Należy jednak zauważyć, że choć zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, to jednak kryteria te nie mogą być dowolne i uznaniowe, ani też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Ocena ofert musi być dokonana w sposób obiektywny, tak by zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania oferentów i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Wskazując kryteria oceny ofert inne niż cena, zamawiający powinien dokonać szczegółowego ich opisu, w razie potrzeb podzielić na dodatkowe podkryteria. Niewystarczające jest przy tym wskazanie jedynie na nazwę danego kryterium wraz z określeniem jego znaczenia (wagi). Z niniejszego wynika, iż sporządzając dokumentację przetargową, zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinien wskazać, w jaki sposób wykonawcy winni uwzględnić w treści oferty elementy istotne dla oceny w danym kryterium. Zamawiający powinien zatem wskazać w przedmiotowym postępowaniu, jakie konkretnie elementy będzie oceniał, pod jakim kątem i ile przyzna punktów za uwzględnienie przez wykonawcę danego elementu w ofercie.

W ramach przedmiotowego postępowania zamawiający nie dokonał opisu drugiego z kryteriów – „plan doradczy”. Ograniczył się jedynie do podania znaczenia tego kryterium (wagi). Zamawiający w szczególności nie doprecyzował, w jaki sposób wykonawcy zainteresowani udzieleniem niniejszego zamówienia mieli wykazać w treści oferty elementy składające się na program doradczy i w jaki sposób będzie je oceniał.

Sformułowanie przez zamawiającego w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium oceny ofert w zakresie „planu doradczego” bez dokonania jego dokładnego opisu stanowi naruszenie **art. 36 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp**.

## **NARUSZENIE NR 6 – UZP/DKD/KND/40/10**

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz podał termin wykonania zamówienia do 15 września 2009 r. 20 lipca 2009 r. zamawiający w komunikacie zamieszczonym na stronach BIP Urzędu Gminy K. stwierdził, iż „w związku z dużą ilością pytań dotyczących powyższego przetargu i umożliwieniem oferentom właściwego opracowania oferty” dokonuje zmiany terminu składania i otwarcia ofert na 28 lipca 2009 r., kolejno na godz. 11.30 (składanie ofert) i 12.00 (otwarcie ofert). Jednocześnie ze zmianą terminu składania i otwarcia ofert zamawiający powiadomił o zmianie terminu realizacji zamówienia z 15 września 2009 r. na 28 września 2009 r.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający ma obowiązek zamieścić ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Zamawiający, poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych po dokonaniu modyfikacji treści siwz, naruszył **art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy**.

## **NARUSZENIE NR 7 – UZP/DKD/KND/27/10**

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz opisał warunki udziału w postępowaniu. W odniesieniu do warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia,

zamawiający opisał szczegółowe wymaganie, tj. osiągnięcie w ostatnim roku obrachunkowym obrotu na produkcji budowlanej minimum 10 mln zł.

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III pkt III.2) oraz w rozdziale X siwz zawarto informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W celu potwierdzenia spełnienia warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia należało złożyć następujące dokumenty:

**C.1.** rachunek zysków i strat – za okres ostatniego roku obrachunkowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres;

**C.2.** polisę OC działalności gospodarczej w zakresie deliktu i kontraktu na wymaganą kwotę lub inny dokument równoważny;

**C.3.** informację z banku o posiadanych środkach lub zdolności kredytowej na wymaganą kwotę.

28.09.2009 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz m.in. poprzez wykreślenie pkt C.2. oraz C.3, o których mowa powyżej. Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4a ustawy, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający ma obowiązek zamieścić ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Zamawiający, poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych po dokonaniu modyfikacji treści siwz, naruszył art. 38 ust. 4a ustawy.

## **NARUSZENIE NR 8 – UZP/DKD/KND/15/10**

Zgodnie z treścią pkt III.4 siwz (Opis przedmiotu zamówienia) przedmiotem zamówienia jest prowadzenie bankowej obsługi budżetu powiatu O. oraz podległych jednostek organizacyjnych w okresie do 1 września 2007 r. do 31 sierpnia 2011 r. Zamawiający wskazał, iż obsługa będzie obejmowała:

- 1) otwarcie i prowadzenie bieżącego rachunku budżetu powiatu oraz rachunków bieżących jednostek organizacyjnych, w tym Starostwa Powiatowego w O.;
- 2) otwarcie i prowadzenie rachunków funduszy celowych;
- 3) otwarcie i prowadzenie rachunków pomocniczych;
- 4) otwarcie i prowadzenie rachunków środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej i innych środków pochodzących ze źródeł zagranicznych, niepodlegających zwrotowi;
- 5) realizację poleceń przelewu w wersji elektronicznej i papierowej;
- 6) prowadzenie agencji/ajencji banku w siedzibie zamawiającego zajmującą się obsługą kasową zamawiającego;
- 7) udzielenie kredytu w rachunku bieżącym na pokrycie występującego w ciągu roku przejściowego deficytu budżetu;
- 8) lokowanie wolnych środków pieniężnych;
- 9) uruchomienie i prowadzenie usługi typu home-banking w Starostwie Powiatowym i 6 jednostkach wskazanych przez Zarząd Powiatu;
- 10) szkolenie pracowników w zakresie obsługi wprowadzonego systemu elektronicznego;
- 11) serwis systemu elektronicznej obsługi rachunku;
- 12) dostarczenie wyciągów w formie papierowej oraz pliku elektronicznego;
- 13) wydawanie opinii bankowych, zaświadczeń oraz innych niezbędnych dokumentów;

- 14) świadczenie innych usług na rzecz jednostek objętych przedmiotem zamówienia, tj. telefoniczne informowanie o stanie konta bankowego. Przechowywanie depozytów wydawanie blankietów czekowych;
- 15) wkłady oszczędnościowe (depozytowe).

Z kolei w pkt III.2 siwz zamawiający wskazał, iż oczekuje, aby wykonawca:

- 1) nie pobierał prowizji ani innych opłat z tytułu prowadzenia i otwarcia rachunków;
- 2) nie pobierał prowizji ani opłat za otwarcie i prowadzenie subkont;
- 3) nie pobierał prowizji ani opłat za realizację polecenia przelewu wydanego przez zamawiającego na rachunek prowadzony przez bank wykonawcy;
- 4) nie pobierał prowizji ani opłat od kwot przelewu w związku z poleceniem wydanym przez zamawiającego na rachunek prowadzony przez bank wykonawcy;
- 5) nie pobierał opłat ani prowizji z tytułu obsługi lokat terminowych;
- 6) nie pobierał opłat ani prowizji za wpłatę i wypłatę gotówkową z/na rachunku (ek) zamawiającego/na rzecz zamawiającego;
- 7) nie pobierał opłat ani prowizji za wpłaty gotówkowe dokonane z tytułu wpłat i wypłat gotówkowych dokonanych na rzecz powiatu w agencji/ajencji prowadzonej w siedzibie zamawiającego;
- 8) nie pobierał prowizji ani opłat z tytułu potwierdzania stanu salda na rachunkach bankowych, wydawania historii prowadzonych rachunków;
- 9) nie pobierał opłat za druki i formularze niezbędne do prowadzenia transakcji gotówkowych i bezgotówkowych;
- 10) nie pobierał opłat i prowizji za dostarczanie wyciągów w formie papierowej oraz w formie pliku elektronicznego;
- 11) nie pobierał opłat za rozpatrzenie wniosku o kredyt w rachunku bieżącym oraz za udzielenie kredytu;
- 12) nie pobierał opłat ani prowizji od niewykorzystanej części linii kredytowej w ramach przyznanego limitu kredytu w rachunku bieżącym, a także od wszystkich innych czynności związanych z obsługą linii kredytowej (kwota limitu kredytowego w rachunku bieżącym w 2007 r. – 5 mln zł z możliwością zmiany zgodnie z podejmowanymi uchwałami w sprawie zmiany budżetu powiatu. W kolejnych latach limit miał być ustalany zgodnie z wielkościami zapisanymi w uchwałach budżetowych);
- 13) nie pobierał prowizji ani innych opłat z tytułu instalacji świadczenia usług typu home-banking;
- 14) nie pobierał opłat za serwisowanie systemu elektronicznej obsługi rachunków;
- 15) świadczył inne usługi bankowe BN na rzecz jednostek objętych przedmiotem zamówienia, tj. telefoniczne informowanie o stanie konta bankowego, przechowywanie depozytów, wydawanie blankietów czekowych;
- 16) nie pobierał opłat za wydawanie zaświadczeń i opinii bankowych;
- 17) nie pobierał opłat za prowadzenie agencji/ajencji w siedzibie zamawiającego;
- 18) dokonał usprzętowania trzech stanowisk umożliwiających dokonywanie przelewów typu home-banking.

Jednocześnie, opisując kryteria oceny ofert w pkt XIII siwz zamawiający wskazał, na kryterium ceny (waga 80%), przez którą należało rozumieć następujące składowe:

- a) opłata za przelew papierowy w ramach banku (minimalizacja) 2%,
- b) opłata za przelew papierowy do innego banku (minimalizacja) 3%,
- c) opłata za przelew papierowy „eliksir” (minimalizacja) – 3%,
- d) opłata za przelew elektroniczny w ramach banku (minimalizacja) 2%,
- e) opłata za przelew elektroniczny do innego banku (minimalizacja) 3%,
- f) opłata za przelew elektroniczny „eliksir” (minimalizacja) – 2%,
- g) opłata za prowadzenie rachunku (minimalizacja) – 2%,
- h) prowizje od wypłat (minimalizacja) – waga 5%,
- i) prowizje od wpłat (minimalizacja) – waga 5%,
- j) opłata abonamentowa za usługi elektroniczne (minimalizacja) – waga 5%,
- k) usługi wskazane w pkt b) i c) w odniesieniu do obsługi jednostek budżetowych (liczone wg wzoru % i % – 2 x 5%) – waga 10%;

W przypadku gdy przynajmniej jeden z oferentów określi wysokość prowizji, opłaty wartością 0, nie ma zastosowania wobec jego oferty wzór wskazany w siwz i uzyskuje on wówczas maksymalną wartość wagową w ramach ceny w odniesieniu do kryterium, którego cena została określona wartością 0. Pozostali oferenci w takim wypadku otrzymują w tym kryterium po 0 punktów;

l) oprocentowanie kredytu krótkoterminowego w rachunku bieżącym (minimalizacja) – waga 15%.

Wysokość oprocentowania kredytu krótkoterminowego w rachunku bieżącym ustalana będzie współczynnikiem, w odniesieniu do stawki WIBOR. W przypadku gdy przynajmniej jeden z oferentów określi wysokość współczynnika wartością 0, nie ma zastosowania wobec jego oferty wzór wskazany w SIWZ i uzyskuje on wówczas maksymalną wartość wagową w ramach ceny. Pozostali oferenci w takim wypadku otrzymują w tym kryterium po 0 punktów (zerową wartość wagową w ramach ceny), jeżeli określili wysokość współczynnika powyżej 0;

m) oprocentowanie środków na rachunkach (maksymalizacja):

- oprocentowanie środków na rachunkach bieżących wartość współczynnika korygującego stawkę WIBID – waga 10%,
- oprocentowanie lokat tygodniowych – wartość współczynnika korygującego stawkę WIBID obowiązującą w dniu tworzenia lokaty – waga 4%,
- oprocentowanie lokat dwutygodniowych – wartość współczynnika korygującego stawkę WIBID obowiązującą w dniu tworzenia lokaty – waga 5%,
- oprocentowanie lokat miesięcznych – wartość współczynnika korygującego stawkę WIBID obowiązującą w dniu tworzenia lokaty – waga 4%.

Wysokość oprocentowania środków na rachunkach ustalana będzie współczynnikiem, w odniesieniu do stawki WIBID. Jeżeli najwyższa wartość współczynnika dla środków na rachunkach podana przez oferentów wyniesie 0, nie ma zastosowania wzór wskazany w SIWZ i wartość wagowa w ramach ceny będzie równa 0. Oferent który określił wartość współczynnika równą 0 otrzymuje w tym kryterium 0 punktów. Suma punktów uzyskanych wg odpowiednich wzorów dla wszystkich składowych ceny pomnożona zostanie przez wagę ceny – 80%.

Zamawiający zastrzegł jednocześnie w pkt 1 tego rozdziału, iż „cena oferty musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT, jeśli występuje”, a także, że „oferowana cena powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia”.

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. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał bowiem, aby część usług była świadczona nieodpłatnie przez wykonawcę (pkt 1, 2, 3, 4, 6, 7), ustanawiając jednocześnie te same usługi podlegającymi wycenie w ramach kryterium oceny ofert – cena (lit. a, b, c, d, e, f, g, h, i). Powyższy zapis spowodował, iż wykonawcy mogli powziąć uzasadnione wątpliwości co zakresu usług podlegających wycenie oraz co do sposobu sporządzenia oferty zgodnej z siwz. Wskazanie opłaty lub prowizji za realizację poszczególnych usług w ramach kryterium cena (lit. a–i) innej kwoty i prowizji niż odpowiednio 0 zł i 0% spowodowałaby, iż oferta byłaby sprzeczna z pkt III.2 siwz i podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Sporządzenie siwz w sposób sprzeczny w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert uniemożliwiło także wykonawcom złożenie oferty zgodnej z ustawą Pzp. Art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jest niezgodna z ustawą. Przez ofertę niezgodną z ustawą i podlegającą tym samym odrzuceniu należy rozumieć ofertę, która w jakikolwiek sposób uchybia przepisom ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem nie można uznać, iż podanie wartości 0,00 zł w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego wyczerpuje wymóg podania ceny. Polski system monetarny nie przewiduje bowiem jednostek pieniężnych o nominale zero złotych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 grudnia 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 1434/08;



KIO/UZP 1451/08). Cena powinna być wyrażona w złotych i w groszach (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 listopada 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 1622/09; KIO/UZP 1647/09).

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż wewnętrznie sprzeczne skonstruowanie siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 i 13 ustawy Pzp. Zamawiający był zatem zobowiązany unieważnić przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jednocześnie wewnętrzna sprzeczność postanowień siwz doprowadziła do sytuacji, w której zamawiający nie ustanowił jako kryterium oceny ofert ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe stanowi jednocześnie naruszenie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

## Zagadnienie dysponowania przez wykonawców zasobami podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w świetle nieprawidłowości stwierdzonych w świetle wyników kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa UZP

Ustawą z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy *Prawo zamówień publicznych* oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 206 poz. 1591) został wprowadzony art. 26 ust. 2b, umożliwiający wykonawcom posługiwanie się zasobami innych podmiotów w celu uwiarygodnienia zdolności wykonawcy do zrealizowania danego zamówienia. Zgodnie z treścią ww. przepisu 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. Wprowadzenie powyższej regulacji było konsekwencją transpozycji do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.) oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.). Zgodnie z regulacją zawartą w dyrektywie klasycznej wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Warunkiem powyższego jest wykazanie przez takiego wykonawcę zamawiającemu, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Natomiast na gruncie art. 54 ust. 5 dyrektywy sektorowej wykonawca może, w uzasadnionych przypadkach, zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi wykazać zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów.

Możliwość posiłkowania się przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego została już wcześniej dopuszczona przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Szczególnie istotne dla kształtowania się takiego podejścia były następujące wyroki:

- wyrok ETS z 14 kwietnia 1994 r. sprawa C-389/92 – *Ballast Nedam Groep I*, gdzie Trybunał wskazał, że ówczesnie obowiązujące przepisy z zakresu zamówień publicznych zezwalają przy ocenie kryteriów, które musi spełniać wykonawca przy składaniu wniosku o zakwalifikowanie w procesie o udzielenie zamówienia publicznego składanego przez główną osobę grupy, na uwzględnienie przedsięwzięć należących do tej grupy, pod warunkiem, że wykonawca wykaże, iż faktycznie rozporządza zasobami tych przedsięwzięć, niezbędnymi do wykonania zamówienia.
- wyrok ETS z 18 grudnia 1997 r. sprawa C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*, w którym Trybunał orzekł, że zamawiający **ma obowiązek**, jeśli jest udowodnione, że wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami podmiotów trzecich, które są niezbędne do wykonania prac, uwzględnić potencjał osób trzecich przy ocenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.
- wyrok ETS w sprawie *Holst Italia*, w którym Trybunał odniósł się do wątpliwości czy tezy orzeczeń wydanych w ww. sprawie *Ballast* można stosować w drodze analogii do sytuacji, w której wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne, chcąc wykazać, że ma „techniczne i finansowe kwalifikacje stanowiące warunek dopuszczenia do postępowania o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na informacjach

o innej spółce będącej jedynym udziałowcem jednej ze spółek, dla których ta pierwsza jest spółką holdingową” orzekł, że „podstawowe rozstrzygnięcie zawarte w orzeczeniach Trybunału w sprawach Ballast Nedam Groep I i Ballast Nedam Groep II ma w drodze analogii zastosowanie do sytuacji takiej, jak w obecnej sprawie. Komisja podkreśliła jednak, że nie można domniemywać, iż oferent ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby potrzebne do wykonania zamówienia niezależnie od charakteru jego stosunku prawnego z członkami grupy, której stanowi część (...)”. Tym samym Trybunał dopuścił możliwość „wykazania przez usługodawcę że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia”.

Wracając na grunt polskiej ustawy, zwrócić uwagę należy na kilka istotnych kwestii związanych ze stosowaniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przede wszystkim przepis ten nie wymaga od wykonawcy powoływania się na zasoby innych podmiotów w zakresie szerszym niż niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia. Wynika to wprost z treści ww. regulacji, zgodnie z którą wykonawca jest „zobowiązany udowodnić, że będzie dysponował **niezbędnymi zasobami do realizacji zamówienia**”, przedstawiając „zobowiązanie do oddania do dyspozycji **niezbędnych zasobów**”. Przez pojęcie „niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia”, zgodnie z wykładnią językową, należy rozumieć zasoby, którymi dysponowanie stanowi warunek konieczny do realizacji zamówienia, tj. takie zasoby, bez których prawidłowa realizacja zamówienia nie byłaby w ogóle możliwa.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego minimalny poziom zasobów wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp określa zamawiający, zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Opis ten, rozumiany jako konkretyzacja warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje zasoby, jakie w ocenie zamawiającego są niezbędne do realizacji zamówienia i którymi musi dysponować wykonawca, ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Nieco inaczej kwestia ta wygląda w przypadku postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego. Stosownie bowiem do przepisów art. 51 ust. 2, 57 ust. 3 oraz 60 d ust. 3 ustawy Pzp w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza odpowiednio do składania ofert, składania ofert wstępnych lub do dialogu konkurencyjnego tylko tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Zatem w postępowaniach prowadzonych w ww. trybach dysponowanie niezbędnym potencjałem nie gwarantuje zaproszenia do składania ofert w sytuacji, gdy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgłosiła większa liczba wykonawców. W takim bowiem przypadku zaproszenie do składania ofert, ofert wstępnych lub do dialogu konkurencyjnego otrzymują ci wykonawcy, którzy dysponują potencjałem większym niż ten, który został przez zamawiającego uznany za niezbędny.

Na tym tle pojawia się pytanie: *czy wykonawca może, biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w jednym z ww. trybów, powołując się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, powołać się na zasoby podmiotów trzecich celem wykazania lepszego niż inni wykonawcy spełniania warunków udziału w postępowaniu?*

Udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie, pamiętać należy przede wszystkim o istocie omawianej regulacji, której celem jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez stworzenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawcom, którzy sami nie posiadają wystarczającego potencjału do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a mają możliwość wykorzystania przy realizacji zamówienia potencjału swoich partnerów gospodarczych. Ponadto, jak już wcześniej wskazano, zgodnie z ww. przepisem wykonawca powołuje się jedynie na niezbędne do realizacji zamówienia zasoby podmiotu trzeciego. Powyższe prowadzi do wniosku, że zarówno na gruncie wykładni literalnej, jak też

celowościowej powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający – w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami.

Kolejną kwestią wyłaniającą się na tle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest ciężący na wykonawcy obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował udostępnionymi mu przez podmiot trzeci zasobami. Ustawa nie precyzuje za pomocą ilu i jakich dokumentów wykonawca może udowodnić zamawiającemu, że zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował. Zgodnie bowiem z omawianym przepisem „(...) Wykonawca w takiej sytuacji (tj. powołania się na zasoby podmiotu trzeciego – przyp. wł.) zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów (...)”. Ustawodawca nie narzucił również formy oraz treści, jakie powinno mieć owo zobowiązanie. Może ono więc przybrać zarówno formę jednej z umów nazwanych, o których mowa w kodeksie cywilnym, umowy nienazwanej, jak również oświadczenia woli podmiotu trzeciego. Przy czym zawsze, niezależnie od tego, w jaki sposób oraz iloma dokumentami wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, treść ich powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Tym samym niedopuszczalna jest taka sytuacja, w której wykonawca przedstawia abstrakcyjne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia jego potencjału wyłącznie w celu formalnego wykazania spełnienia takiego warunku, gdy w rzeczywistości wykorzystanie przez wykonawcę takiego potencjału będzie obiektywnie niemożliwe. Sytuacja taka będzie w szczególności zachodziła wówczas, gdy wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku doświadczenia powołuje się na doświadczenie wielu podmiotów, podczas gdy rzeczywisty udział tak wielu podmiotów jednocześnie w realizacji danego zamówienia byłby nie do pogodzenia z zasadami prawidłowego i racjonalnego wykonywania danego rodzaju działalności. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie narzuca formy, w jakiej wykonawca ma wykazać, iż rzeczywiście będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, jednakże wydaje się, że w świetle art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy sektorowej, a w szczególności w kontekście przywołanych powyżej orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, treść takiego oświadczenia powinna wskazywać na faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia, a co za tym idzie – określać kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. W sytuacji zaś, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Wówczas zamawiający może też 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 Prezesa Rady Ministrów z 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).

Warto również poświęcić kilka słów kwestii możliwości uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenia podmiotu trzeciego. Należy zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 9 czerwca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 1026/10), która stwierdziła, że pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału kadrowego wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu celem potwierdzenia spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu jest dokumentem w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego w sytuacji, gdy dokument zawierający oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu przez ten podmiot na rzecz wykonawcy potencjału osobowego obarczony jest błędem z uwagi na wskazanie w nim innego podmiotu niż wykonawca, zamawiający powinien zastosować procedurę uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skład Izby uznał, że brak wskazania w treści ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów dokumentu, jakim jest pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału osobowego wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie uniemożliwia skierowania wezwania o uzupełnianie dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Katalog dokumentów podmiotowych (na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) określony przepisami tego rozporządzenia jest zamknięty, niemniej jednak, zdaniem KIO nie można pominąć w tym zakresie przepisu szczególnego ustawy Pzp, który samodzielnie stanowi podstawę do określenia możliwości złożenia przez wykonawcę takiego właśnie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Brak przywołania w przepisach rangi rozporządzenia tego właśnie dokumentu, który został samodzielnie wskazany w przepisach ustawy Pzp, nie może prowadzić do odmówienia właściwości dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków podmiotowych w postępowaniu temu dokumentowi wskazanemu w przepisach samej ustawy Pzp. Stąd też zamawiający, w razie zaistnienia przesłanek skutkujących koniecznością uzupełnienia lub wyjaśnienia treści oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu wykonawcy do dyspozycji określonych zasobów, jest zobowiązany skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Problematyczna w praktyce okazuje się kwestia rozumienia uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia w kontekście powoływania się przez wykonawcę na dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego. Co do zasady bowiem odróżnić należy sytuację, w której wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego od sytuacji, w której wykonawca część zamówienia zleca podwykonawcy. Różnica wyraża się przede wszystkim w tym, że wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, że rzeczywiście będzie tym potencjałem dysponować. W tym celu wykonawca może przedstawić w szczególności pisemne zobowiązanie takiego podmiotu, co w konsekwencji oznacza, że już na etapie trwania postępowania wykonawca ma obowiązek wskazać, z potencjału jakiego – konkretnego – podmiotu trzeciego będzie korzystać. Dodatkowo, jeśli zamawiający zgodnie z dyspozycją § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. *w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 ww. rozporządzenia, wykonawca ma obowiązek dokumenty takie załączyć do oferty. Natomiast w sytuacji, gdy wykonawca oświadcza, że część zamówienia wykona za niego podwykonawca (vide: art. 36 ust. 5 ustawy Pzp), nie musi on wskazywać konkretnej firmy, której powierzy wykonanie części zamówienia ani też nie ma obowiązku załączania żadnych dodatkowych dokumentów.

W tym miejscu warto zauważyć, że w przypadku udostępniania niektórych kategorii zasobów określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp niezbędny jest co do zasady udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. W tym sensie powołanie się wykonawcy na potencjał podmiotów trzecich wiąże się z zagadnieniem podwykonawstwa. Innymi słowy w takiej sytuacji podmiot trzeci może być zarazem podwykonawcą. Dobrym przykładem takiej sytuacji jest powołanie się wykonawcy na potencjał podmiotu trzeciego, jakim jest jego doświadczenie. Doświadczenie jest bowiem atrybutem nierozdzielnie związanym z podmiotem, który je nabył w drodze bezpośredniego uczestnictwa w określonym zdarzeniu (tj. wykonywaniu przedmiotu dostaw, usług lub robót budowlanych).

Jest to suma wiadomości i umiejętności zdobytych w wyniku obserwacji poszczególnych sytuacji składających się na dane zdarzenie, a także wynikających z konieczności rozwiązywania problemów, podejmowania decyzji i podejmowania określonych działań. Jakkolwiek poszczególne składniki tak rozumianego doświadczenia mogą być osobno przekazane innym podmiotom (np. w drodze wykładów, szkoleń czy realizacji umów know-how), to jednak przekazanie całokształtu elementów składających się na ogół doświadczenia nie jest możliwe. Nie jest możliwe oddzielenie doświadczenia od podmiotu, który je posiada i oddanie go samego do dyspozycji wykonawcy. Każdorazowo zatem udostępnienie doświadczenia powinno wiązać się z uczestnictwem udostępniającego w realizacji zamówienia, co do zasady jako podwykonawca.

Przepisy ustawy Pzp nie przewidują również ograniczeń co do liczby wykonawców, którym jeden podmiot może użyczyć wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego czy też osób. Bez znaczenia zatem pozostaje fakt, iż ten sam podmiot trzeci użycza swoich zasobów w ramach tego samego postępowania kilku wykonawcom, jak również, że jednemu użycza wiedzy i doświadczenia, a innemu wsparcia technicznego, o ile odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego będzie miało charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą realnie dostępne przy wykonaniu zamówienia, a działanie takie nie będzie naruszało uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymienia następujące obszary, w zakresie których wykonawca może powołać się na potencjał podmiotów trzecich: wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowe, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wątpliwości budzi natomiast możliwość powołania się przez wykonawcę na potencjał ekonomiczny innego podmiotu. Obszar ten nie został bowiem uwzględniony w omawianym przepisie. Odwołując się jednak do treści przytoczonych na wstępie niniejszego artykułu uregulowań zawartych w obu dyrektywach, tj. klasycznej i sektorowej, wykonawca może, w **uzasadnionych przypadkach** zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi zamawiającemu wykazać, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów. Należy mieć na uwadze, że ww. regulacja wskazuje, iż wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów **w uzasadnionych przypadkach**, a zatem nie w każdej sytuacji. Jednocześnie należy zauważyć, że stosownie do przywołanych wyżej wyroków ETS, jeśli spółka przedstawia dokumentację dotyczącą jej zależnych spółek, musi ona dowieść, że **rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów**. W związku z powyższym, nawet dopuszczenie w świetle regulacji zawartych w obu dyrektywach, aby wykonawca w celu wykazania posiadania odpowiedniego przychodu powołał się na potencjał ekonomiczny podmiotu trzeciego, wymaga udowodnienia przez wykonawcę, że podmiot trzeci rzeczywiście udostępnił mu swoje zasoby w tym zakresie i wykonawca będzie mógł tymi zasobami rozporządzać. Z uwagi na fakt, że zasoby ekonomiczne są ściśle związane z podmiotem, którego dotyczą stwierdzić należy, iż do wykazania okoliczności rzeczywistego dysponowania tymi zasobami nie jest wystarczające samo oświadczenie o oddaniu tych zasobów do dyspozycji. Wykonawca powinien zatem wykazać za pomocą stosownych dokumentów, jakie zasoby są mu udostępniane przez podmiot trzeci oraz fakt, iż będzie mógł z zasobów tych korzystać.

## **Przykłady naruszeń stwierdzonych w wynikach kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu:**

### **Przykład nr 1 (KU/130/10)**

Jeden z wykonawców – firma Erbud S.A., który złożył ofertę wykonania zamówienia, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganego doświadczenia oparł się na doświadczeniu innych podmiotów: Techniserv s.r.o., Rekma – Trading s.r.o., Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „Mosty

– Łódź” S.A. Podmioty te złożyły zobowiązanie o treści, o której mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Pismem z 17.06.2010 r. zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp firmę Erbud S.A. do uzupełnienia dokumentów – odpisów z właściwego rejestru, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, odnośnie do ww. podmiotów.

W myśl § 1 ust. 2 *Rozporządzenia 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), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, 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 **może żądać** od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu od tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia. Brzmienie ww. przepisu daje zatem zamawiającemu uprawnienie do żądania tych dokumentów, nie nakłada natomiast na niego takiego obowiązku. Realizacja tej możliwości następuje poprzez określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

W niniejszym stanie faktycznym, zamawiający, odnosząc się do sytuacji korzystania przez wykonawcę z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu zaznaczył jedynie, że do oferty należy załączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Nie wskazał przy tym, że należy przedłożyć również inne dokumenty wymienione w ww. rozporządzeniu, w szczególności odpis z rejestru dot. podmiotów, na których wiedzy i doświadczeniu wykonawca będzie się opierał. Zatem żądanie dopiero na etapie oceny ofert przedłożenia tego dokumentu należy uznać za bezpodstawne.

Tym samym Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający, żądając od wykonawcy na etapie oceny ofert przedłożenia dokumentów, których nie wymienił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako wymaganych, naruszył art. 26 ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku niniejszej kontroli.

## Przykład nr 2 (KU/139/10)

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający m.in. wymagał, aby:

- a) w celu wykazania spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali uprawnienia do wykonywania działalności w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego w rozumieniu przepisów *Ustawy o ochronie osób i mienia* z dnia 22.08.1997 r. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli obowiązek przedłożenia koncesji w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego, zgodnie z wymogami określonymi w *Ustawie o ochronie osób i mienia*.
- b) wykonawcy wykazali, że wykonali należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jeden wózkowy system transportu bagażu rejestrowanego (DCV) za kwotę netto minimum 12 mln PLN i co najmniej jeden system wielopoziomowej kontroli bezpieczeństwa bagażu za kwotę netto minimum 8 mln PLN. W celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający żądał wykazu zrealizowanych zamówień w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, spełniających ww. warunki z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że zamówienia te zostały wykonane należycie.

Do upływu terminu składania ofert oferty złożyło 2 wykonawców:

1. VANDERLANDE INDUSTRIES B.V.

2. Konsorcjum firm Hydrobudowa Polska S.A., Atrem S.A., Dimark Sp. z o.o.

Należy zauważyć, że obydwaj wykonawcy w celu wykazania spełniania ww. warunków korzystali z potencjału podmiotów trzecich. Wykonawca VANDERLANDE INDUSTRIES B.V. na potwierdzenie spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania działalności w zakresie ochrony osób i mienia, o którym mowa w punkcie a) przedstawił koncesję w zakresie usług ochrony mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego udzieloną Panu Tomaszowi Wojewodzie w ramach przedsiębiorstwa MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j. oraz oświadczenie ww. podmiotu o następującej treści „zobowiązujemy się na czas realizacji przedmiotowego zamówienia wynikający z oferty złożonej przez VANDERLANDE INDUSTRIES B.V do udostępnienia im naszej wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas realizowanych przez nas inwestycji oraz oddania ich temu wykonawcy do dyspozycji w zakresie koncesji w zakresie ochrony osób i mienia”.

Wykonawca konsorcjum firm Hydrobudowa Polska S.A., Atrem S.A., Dimark Sp.z o.o. na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia przedłożył natomiast wykaz wykonanych zamówień, w którym wymienił m.in. zadanie „Wykonanie wózkowego systemu transportu bagażu rejestrowanego DCV wraz z dostawą i zintegrowaniem systemu” zrealizowane przez firmę BEUMER Maschinenfabrik GmbH dla Lotniska Trudeau w Montrealu, wraz z oświadczeniem ww. podmiotu o „udostępnieniu wykonawcy swoich zasobów w postaci doświadczenia i wiedzy w realizacji inwestycji podobnych do inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia na cały okres realizacji zamówienia, a co za tym idzie referencji na wózkowy system transportu bagażu rejestrowanego DCV, celem ich przedłożenia zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2 b 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 podmiotów do oddania mu do dyspozycji **niezbędnych zasobów** na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Należy zauważyć, że z dokumentów dołączonych do ofert wykonawców **nie wynika**, jakimi zasobami związanymi z wiedzą i doświadczeniem dysponuje wykonawca oraz czy są to zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. W opisaney sytuacji zamawiający, wobec zaniechania obowiązku wykazania przez wykonawców, w jaki sposób będą dysponowali wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia, zobowiązany był zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienie w zakresie dostępnych im zasobów podmiotów trzecich. Zaniechanie zamawiającego w tej sprawie narusza art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy VANDERLANDE INDUSTRIES B.V. nie została uznana za najkorzystniejszą Prezes Urzędu uznał, że wzywanie tego wykonawcy do wyjaśnienia na tym etapie postępowania nie jest celowe.

Natomiast w stosunku do wykonawcy konsorcjum firm Hydrobudowa Polska S.A., Atrem S.A., Dimark Sp.z o.o., którego ofertę uznano za najkorzystniejszą Prezes Urzędu zalecił, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień o sposobie dysponowania wiedzą i doświadczeniem firmy BEUMER Maschinenfabrik GmbH w zakresie doświadczenia w wykonaniu wózkowego systemu transportu bagażu



rejestrowanego DCV na etapie realizacji zamówienia. W przypadku udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień, które nie będą wykazywały dysponowania wiedzą i doświadczeniem, Prezes Urzędu zalecił wezwanie wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia w zakresie wykonania wózkowego systemu transportu bagażu rejestrowanego (DCV) o wartości min. 12 mln zł.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku niniejszej kontroli.

### Przykład nr 3 (KU/150/10)

W kontrolowanym postępowaniu, w celu wykazania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający wymagał złożenia wykazu zawierającego wskazanie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z **informacją o podstawie dysponowania tymi osobami**.

Z treści załącznika nr 8 do SIWZ „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” wynika, że „wykonawca zobowiązany jest dołączyć w szczególności pisemne zobowiązanie podmiotu, który odda mu do dyspozycji osobę na okres wykonania zamówienia – jeżeli wykonawca wykaże, że będzie dysponował osobą”.

W ofercie złożonej przez wykonawcę Konsorcjum CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. (lider) w ww. wykazie wykonawca oświadczył, że **podstawą do dysponowania** osobą – Panem A. Rygołem – kierownikiem robót sanitarnych **jest zobowiązanie**. Wskazane zobowiązanie nie zostało załączone do oferty. W toku kontroli ustalono, że zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa 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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Zgodnie z 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 podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia**. Biorąc pod uwagę fakt niezłożenia przez wykonawcę zobowiązania oraz dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy uznać, że zamawiający winien wystąpić do wykonawcy z żądaniem uzupełnienia brakujących dokumentów.

Wobec powyższego zaniechanie uzupełnienia zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku niniejszej kontroli.

## Przykład nr 4 (KU/190/10)

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał, że o udzielenie niniejszego zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie – wykonali co najmniej 2 roboty budowlane polegające na zrealizowaniu ściany szczelinowej dla obiektu budowlanego, w tym jedna robota winna dotyczyć obiektu o kubaturze podziemnej nie mniejszej niż 20 000 m<sup>3</sup>, przy wartości robót nie niższej niż 5 mln PLN brutto każda oraz potwierdzą, że wskazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W przypadku gdy wniosek składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia lub wykonawca polegał będzie na doświadczeniu innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co najmniej jeden podmiot (jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy) musi **samodzielnie** spełniać warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, o którym mowa powyżej.

Konsekwencją opisanego sposobu oceny spełnienia warunku w ww. sposób było wykluczenie wykonawcy Hochtief Polska S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że wykonawca nie wykazał, że on lub podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie wykonał co najmniej 2 roboty budowlane **samodzielnie**.

Jednocześnie z dokumentacji postępowania wynika, że ww. wykonawca w wykazie robót wskazał dwie roboty budowlane, które odpowiadały wymaganiom zamawiającego, w tym jedną wykonaną przez wykonawcę, a drugą wykonaną przez podmiot trzeci – firmę Geocomp sp. z o.o. Ponadto z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego wynika także, że w ocenie zamawiającego warunek doświadczenia postawiony w przedmiotowym postępowaniu jest zgodny z przepisami ustawy Pzp a w szczególności nie pozostaje w kolizji z przepisami art. 22 ust. 4, art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w przypadku oceny spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest brać pod uwagę łączny potencjał podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jednakże „łącznie” nie zawsze należy utożsamiać z matematycznym sumowaniem potencjałów konsorcjantów. Spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zdaniem zamawiającego, nie może polegać na dowolnym i swobodnym sumowaniu doświadczenia poszczególnych członków konsorcjum. Określenie „łącznie” należy interpretować w ten sposób, że to każdy z członków konsorcjum może wykazać się realizacją wymaganego zamówienia, a wykazanie się tą umiejętnością przez jednego z wykonawców zwalnia pozostałych z tego obowiązku.

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego, należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wyżej wymieniony przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełnienia warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wska-

zywać, iż wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający, formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Zamawiający, formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć również 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 każdy z konsorcjantów 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 jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe znajduje potwierdzenie w powszechnie stosowanej przez zamawiających praktyce, która znajduje wyraz również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. w wyroku z 23 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1432/10).

Tym samym, w przypadku konsorcjum – w celu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należy brać pod uwagę łączną posiadaną wiedzę i doświadczenie, jakie wykazują podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania wystarczające jest nie tylko spełnienie opisanego poprzez konieczność wykonania co najmniej 2 robót budowlanych warunku udziału w postępowaniu przez jednego z członków konsorcjum, ale także spełnienie tego warunku np. w ten sposób, że dwaj członkowie konsorcjum wykazują po 1 robocie budowlanej. 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. **Analogiczna sytuacja dotyczy podmiotu trzeciego, który udostępni wykonawcy swój potencjał.**

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy uznać, że zamawiający nie może wymagać posiadania wiedzy i doświadczenia przez jednego członka konsorcjum lub podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. W świetle powyższego opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia 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.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku niniejszej kontroli. Nie zostały one uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. KIO/KU 83/10).

## Przykład nr 5 (KU/54/11)

Jak wynika z pkt 8.3.1 siwz, w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej w zakresie doświadczenia zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o niniejsze zamówienie wykazał się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienia lub zamówień obejmujących łącznie budowę lub przebudowę co najmniej 5 obiektów typu: most lub wiadukt o rozpiętości przęsła co najmniej 20 m, w tym co najmniej 1 wiadukt kolejowy. Na potwierdzenie powyższego warunku zdolności technicznej wykonawcy zobowiązani byli przedstawić wykaz wykonanych robót – w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – z podaniem ich ilości, przedmiotu, dat wykonania i zamawiających oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie. Jeżeli wykonawca polegałby na doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany był przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca Mostostal Białystok Sp. z o.o. w załączniku nr 6 do oferty, tj. w wykazie wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat zamówień wykazał się doświadczeniem podmiotu trzeciego, firmy VAHOSTAV – SK polegającym na budowie mostów i wiaduktów realizowanych w ramach budowy Autostrady D1 w Vrtižer – Hričovské Podhradie. Firma VAHOSTAV – SK złożyła także oświadczenie o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Jednakże w załączniku nr 8 do oferty, tj. w wykazie robót przeznaczonych do podwykonania, wykonawca nie wskazał robót polegających na budowie lub przebudowie obiektów typu most lub wiadukt jako robót, które zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom, pomimo braku posiadania samodzielnie takiego doświadczenia. Z oferty nie wynikało także, w jaki inny sposób firma VAHOSTAV – SK zamierza udostępnić wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2 b 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 podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Należy zauważyć, że z dokumentów dołączonych do oferty wykonawcy **nie wynika**, jakimi zasobami związanymi z wiedzą i doświadczeniem dysponuje wykonawca oraz czy są to zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W opisanej sytuacji zamawiający, wobec zaniechania obowiązku wykazania przez ww. wykonawcę, w jaki sposób będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia, zobowiązany był zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w zakresie dostępnych mu zasobów podmiotu trzeciego. Zaniechanie zamawiającego w tej sprawie narusza art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy Mostostal Białystok Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą Prezes Urzędu zalecił, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień o sposobie dysponowania wiedzą i doświadczeniem firmy VAHOSTAV – SK w zakresie doświadczenia w budowie

mostów i wiaduktów na etapie realizacji zamówienia. W przypadku udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień, które nie będą wykazywały dysponowania wiedzą i doświadczeniem, Prezes Urzędu zalecił wezwanie wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, doświadczenia w realizacji zamówienia lub zamówień obejmujących łącznie budowę lub przebudowę co najmniej 5 (pięciu) obiektów typu: most lub wiadukt o rozpiętości przęsła co najmniej 20 m., w tym co najmniej 1 (jeden) wiadukt kolejowy.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do ww. naruszenia opisanego w wyniku niniejszej kontroli.

## Przykład nr 6 (KU/72/11)

Pismami z 10.03.2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, m.in. do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, które udostępniły tym wykonawcom osoby zdolne do wykonania przedmiotu zamówienia na zasadach wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a których zobowiązania do udostępnienia ww. osób zostały załączone do ofert ww. wykonawców. Zamawiający wskazał przy tym, że w przypadku polegania przez wykonawcę na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i brania przez te podmioty udziału w realizacji części zamówienia należy przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w §2 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (pkt 1.A.1-2 siwz).

Wykonawca POLIMEX – MOSTOSTAL S.A., wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiłkował się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. firm Security System Integration S.A. oraz Instal – Lublin Sp. z o.o. Zobowiązanie tych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia wykonawca ten przedłożył w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 10.03.2011 r. do wyjaśnienia/uzupełnienia wykazu osób. Jak wynika z treści tych zobowiązań, Security System Integration S.A. oraz Instal – Lublin Sp. z o.o. oświadczyły, że w przypadku, gdy wykonawca POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. uzyska przedmiotowe zamówienie, udostępnią mu osoby zdolne do wykonania zamówienia. Jednocześnie wskazać należy, że brak jest w oświadczeniach ww. firm deklaracji, że będą one brać udział w wykonaniu niniejszego zamówienia.

Zgodnie z §1 ust. 2 ww. 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, wdzierżawienia 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 POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzu-

pełnienia dokumentów podmiotów trzecich, które udostępniły mu swój potencjał w zakresie osób zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia, jednakże nie oświadczyły, że będą uczestniczyć w jego realizacji. Stąd też uznać należy, że zamawiający naruszył przepis art. 26. ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23.03.2011 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. z niniejszego postępowania. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że: „Zamawiający w piśmie wzywającym Wykonawcę do złożenia wyjaśnień/uzupełnień napisał, że w przypadku braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 1 siwz, Wykonawca winien załączyć nowy wykaz osób. W przypadku polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i brania przez te podmioty udziału w realizacji części zamówienia należy przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w pkt 1.A.1.-2 siwz. Wykonawca nie załączył dokumentów wymienionych w pkt 1.A.1-2 siwz, tj. (...). Z racji tego, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko jeden raz w odniesieniu do tego samego dokumentu, Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do ponownego złożenia dokumentu i oświadczenia dla firmy Security System Integration S.A. oraz Instal – Lublin Sp. z o.o. Wykonawca podlega wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu”.

Pismem z 25.06.2011 r. wykonawca POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. wyjaśnił, że firmy udostępniające swoich pracowników na zasadach wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia, stąd też nie zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. powołał się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zarówno firma INSTAL – LUBLIN Sp. z o.o., jak i Security Sestem Integration S.A. zobowiązały się jedynie do udostępnienia ww. wykonawcy odpowiednich osób, nie zaś do udostępnienia osób i udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie miał więc podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na nieprzedłożenie dokumentów podmiotu trzeciego.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że wykluczając wykonawcę POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. z niniejszego postępowania na podstawie art. 24. ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, **zamawiający naruszył ww. przepis.**

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku niniejszej kontroli.

## **Przykład nr 7 (SK 266/11/DKUE)**

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, iż zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert – cenę (waga 90%) oraz termin wykonania (waga 10%). W terminie składania ofert zostało złożonych 6 ofert, przy czym została odrzucona oferta wykonawcy Zakład Kamieniarsko-Betoniarski PROBET Piotr Prusaczyk, który złożył ofertę z najniższą ceną, tj. 363.623,67 zł brutto oraz najkrótszym terminem wykonania, tj. do 31 sierpnia 2011 r. (tj. ofertę najkorzystniejszą). Zamawiający wskazał, iż odrzucił ww. ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako uzasadnienie faktyczne wskazując m.in., iż: *w siwz wymagane było dołączenie do oferty zgodnie z rozdziałem VI pkt 18 załącznika nr 8 dane dotyczące innych podmiotów. W przypadku ich braku należało tabelę wykreślić lub napisać nie dotyczy. Tymczasem, z treści przedmiotowej oferty nie można w jednoznaczny sposób określić, czy wykonawca wykona przedmiot zamówienia sam czy z podwykonawcami. Tym samym oferta wykonawcy także nie odpowiada treści siwz w opisanym zakresie. (...).*

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż zamawiający żądał od wykonawców, aby w ofercie przekazali *dane dotyczące innych podmiotów* (załącznik nr 8 do siwz). W ww. dokumencie należało podać nazwę (firmę) i adres podmiotu, powierzoną część zamówienia (opis) oraz szacunkową wartość powierzonej części zamówienia. Ponadto, zgodnie z uwagą zawartą w niniejszym załączniku „*wykonawca jest zobowiązany*

*dołączyć do oferty pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia wraz z:*

- a) wykazem wykonanych robót budowlanych (rozdz. VI pkt 12 siwz),*
- b) wykazem narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (rozdz. VI pkt 13 siwz),*
- c) wykazem osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z oświadczeniem (rozdz. VI pkt 15 i 16 siwz)“.*

Wykonawca Zakład Kamieniarsko-Betoniarski PROBET Piotr Prusaczyk nie przedłożył w swojej ofercie ww. dokumentu. Jednakże z treści oferty wynika, że ww. wykonawca nie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia. W szczególności na potwierdzenie spełniania opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu wykazał się on robotami budowlanymi wykonanymi samodzielnie (załącznik nr 4), własnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi (załącznik nr 5), zaś jako podstawę dysponowania wymaganymi osobami, które miały uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wskazał „umowę – zlecenie”. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż wykonawca nie był zobowiązany udowadniać zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności poprzez przedstawienie mu w tym celu pisemnego zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W związku z powyższym odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Kamieniarsko-Betoniarski PROBET Piotr Prusaczyk w związku z brakiem załącznika nr 8 *dane dotyczące innych podmiotów* stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. (...).

## **Przykład nr 8 (SK 331/11/DKUE)**

Jak wynika z (...) ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych (...), zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia poprzez wymóg, aby wykonawcy wykazali, iż *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 wykonali i prawidłowo ukończyli co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie budynków użyteczności publicznej odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 600.000,00 zł każda z nich oraz udokumentują, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.* Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy winni byli przedłożyć *wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (...)* z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. (...).

Na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca ZUP Przedsiębiorstwo Budowlane Handlowo-Usługowe Sp. z o.o. przedłożył wykaz robót wraz z referencjami, jak również zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pisemne zobowiązanie innego podmiotu – firmy ZUP Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z Białegostoku, do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

(...) zamawiający Gmina Krypno dokonał wykluczenia wykonawcy ZUP Przedsiębiorstwo Budowlane Handlowo-Usługowe Sp. z o.o., który przedłożył ofertę najkorzystniejszą, tj. z najniższą ceną za realizację przedmiotu zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż uznał, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jako faktyczne uzasadnienie wykluczenia ww. wykonawcy zamawiający wskazał fakt zakończenia robót przedstawionych w wykazie w latach 2008–2009, a firma składająca ofertę, tj.

ZUP Przedsiębiorstwo Budowlane Handlowo-Usługowe Sp. z o.o. została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym 30 kwietnia 2010 r. (...).

W odniesieniu do zarzutu wykluczenia ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu należy wskazać na przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może polegać na **wiedzy i doświadczeniu**, potencjalnie 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 podmiotów 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 zatem powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a sprecyzowanych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu udowodnienia spełnienia tych warunków i w konsekwencji uzyskania danego zamówienia.

Ponadto, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), w celu wykazania spełnienia przez wykonawców warunków wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać *wykazu robót budowlanych (...), wykonanych **w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...)***.

W związku z powyższym nie ma znaczenia, iż wykonawca ZUP Przedsiębiorstwo Budowlane Handlowo-Usługowe Sp. z o.o. został zarejestrowany w Krajowym Rejestrze Sądowym 30 kwietnia 2010 r., gdyż skoro powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, może on wykazać się robotami budowlanymi realizowanymi przez ten podmiot za okres ostatnich 5 lat, obejmujących lata m.in. 2008–2009.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w przedmiotowym postępowaniu ww. wykonawca spełnił warunek dotyczący posiadanej wiedzy i doświadczenia, a tym samym nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu.



# Przesłanki wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP

Zgodnie z zasadą udzielania zamówień określoną w art. 10 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Podmiot udzielający zamówienia powinien stosować przede wszystkim te tryby. Jednocześnie, stosownie do treści art. 10 ust. 2 ustawy, zamawiający może udzielić zamówienia w innym trybie, m.in. w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jednakże w przypadkach określonych w ustawie.

Tryb ten wraz z innymi trybami, w jakich zamawiający może udzielić zamówienia publicznego, został uregulowany w Dziale II Rozdziale III ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.).

Negocjacje bez ogłoszenia to tryb niekonkurencyjny, pomijający obowiązek publikacji ogłoszenia, które umożliwiłoby wszystkim zainteresowanym wykonawcom ubieganie się o zamówienie. Przesłanki pozwalające na zastosowanie tego trybu zostały zawarte w zamkniętym katalogu wskazanym w art. 62 ust. 1 ustawy oraz odpowiednio w art. 134 ust. 5 ustawy w przypadku zamówień sektorowych.

Należy zwrócić również uwagę na uprawnienie Zamawiającego do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia również poza przypadkami enumeratywnie wymienionymi w art. 62 ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 5 ust. 1a ustawy, dodanym *ustawą z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*<sup>33</sup> możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia powstaje w przypadku udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym – w szczególności, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, poniesieniem straty w mieniu publicznym czy uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Na potrzeby niniejszego artykułu wystarczającym jest zasygnalizowanie powyższego problemu. Szersze omówienie ww. tematyki zostało zaprezentowane w Informatorze UZP nr 10/2011, dostępnym na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych reguluje zatem w art. 10 ust. 1, w przypadku zamówień „klasycznych”, zasadę prymatu określonych (konkurencyjnych) trybów udzielania zamówień publicznych. Jako najpełniej realizujące podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych zostały w art. 10 ustawy wskazane tryby w postaci przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego. Przetarg nieograniczony i ograniczony są zatem trybami podstawowymi, których zastosowanie do udzielenia zamówienia publicznego nie jest uzależnione od spełnienia żadnych dodatkowych przesłanek.

W związku z powyższym to na Zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia spełnienia przesłanek, które uprawniają do stosowania trybów innych niż podstawowe.

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) zastosowanie trybów niekonkurencyjnych, a więc także trybu negocjacji bez ogłoszenia dopuszczalne jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach, które muszą być interpretowane w sposób ścisły, a każdy podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Dz. U. Nr 223, poz. 1778

<sup>34</sup> Orzeczenie ETS z 10 marca 1987 r. w sprawie C-199/85 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 1987 r., str. 01039); Orzeczenie ETS z 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 *Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii*

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiających, do których należy ostateczna decyzja odnosząca się do wyboru trybu zamówienia i którzy ponoszą ich negatywne skutki w przypadku nieodpowiedniego uzasadnienia wyboru jednego z trybów niekonkurencyjnych, 18 listopada 2010 r. Komitet Stały Rady Ministrów przyjął *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego m. in. w trybie negocjacji bez ogłoszenia*.

Wytyczne, o których mowa powyżej, dostępne są na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych <http://www.uzp.gov.pl>.

Powyższe wytyczne stanowią uaktualnienie wytycznych przygotowanych przez Urząd Zamówień Publicznych w roku 2006 i przyjętych przez Komitet Europejski Rady Ministrów 17 listopada 2006 r. W związku ze zmianą przepisów ustawy PZP w zakresie przesłanek zastosowania trybów niekonkurencyjnych oraz z uwagi na znaczny upływ czasu wymagały one uaktualnienia i uzupełnienia o nowe orzecznictwo. Niniejsze wytyczne, inaczej niż poprzednie, odnoszą się również do zamówień na usługi niepriorytetowe oraz nie tylko do zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 61 ustawy). Zaproszenie przez Zamawiającego jedynie wybranych przez siebie wykonawców determinuje ograniczający konkurencję charakter tego trybu w związku z brakiem ustawowego obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu umożliwiającego szerszemu kręgowi wykonawców uzyskanie informacji o zamówieniu i ubiegania się o zamówienie publiczne.

Zgodnie z art. 62 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeśli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio 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 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 2) został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych;
- 3) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
- 4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

W przypadku zamówień sektorowych, w związku z rozszerzeniem katalogu trybów podstawowych o tryb negocjacji z ogłoszeniem, Zamawiający zgodnie z art. 134 ust. 5 ustawy może udzielić zamówienia sektorowego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli:

- zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1;

---

(Zbiory orzecznictwa TE 1994 r., str. I-01569); Orzeczenie ETS z 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 13 (Zbiory orzecznictwa TE 1996 r., str. I-01949) oraz orzeczenie ETS z 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 58 (Zbiory orzecznictwa TE 2003 r., str. I-03609); wyrok SN z 6 lipca 2001 r. sygn. Akt III RN 16/01; wyrok NSA z 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01.

- w postępowaniu prowadzonym uprzednio **w trybie negocjacji z ogłoszeniem**<sup>35</sup> 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.

Uzasadnione w tym miejscu jest dokładne odniesienie się do każdej z przesłanek wynikających z art. 62 ust. 1 ustawy:

## Ad 1)

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia jest możliwe w przypadku zaistnienia **łącznie** następujących okoliczności:

- a) prowadzono uprzednio postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego,
- b) w postępowaniu tym 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.

Należy więc podkreślić, że jeśli choć jeden z ww. warunków nie zostanie spełniony zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia nie jest możliwe. Zatem skorzystanie z zastosowania negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp będzie możliwe, jeśli zostaną spełnione łącznie trzy ww. przesłanki.

Przesłanka wynikająca z ppkt a) i b) jest oczywista i nie rodzi większych problemów interpretacyjnych – należy ją traktować ściśle i literalnie. Niezbędne jest zatem, aby pierwsze postępowanie było prowadzone w trybie podstawowym – przetargu nieograniczonego lub ograniczonego (odpowiednio w przypadku zamówień sektorowych, zgodnie z art. 134 ust. 1 ustawy, również w trybie negocjacji z ogłoszeniem).

Dodatковым warunkiem, który musi zostać spełniony łącznie z pierwszym jest brak w pierwszym postępowaniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub odrzucenie wszystkich ofert ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Odrzucenie ofert z jakichkolwiek innych powodów nie będzie skutkowało możliwością skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia<sup>36</sup>.

Tryb negocjacji bez ogłoszenia nie będzie miał zatem zastosowania, gdy na przykład wszystkie oferty zostaną odrzucone, jednak z innych powodów niż niezgodność treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia lub jeśli wszystkie oferty zostaną odrzucone, ale choćby jedna z nich zostanie odrzucona z innego powodu niż niezgodność treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Przesłanka do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia nie będzie miała również miejsca, gdy w przetargu ograniczonym wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski, zostaną wykluczeni.

Z praktyki kontrolnej Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż najwięcej wątpliwości interpretacyjnych sprawia Zamawiającym ostatnia z przesłanek, które muszą zostać kumulatywnie spełnione do zastosowania dyspozycji art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy.

<sup>35</sup> Należy zwrócić uwagę na fakt, iż w przypadku zamówień sektorowych, o których mowa w Dziale III, Rozdziale 5 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) następuje rozszerzenie katalogu trybów podstawowych o negocjacje z ogłoszeniem (art. 134 ust. 1 ustawy), które w odróżnieniu od zamówień „klasycznych” mogą być stosowane w odniesieniu do zamówień sektorowych bez konieczności realizacji przesłanek zawartych w art. 55 ustawy.

<sup>36</sup> *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę*, s. 15. Dokument przyjęty 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów. Urząd Zamówień Publicznych 2010.

Niedopuszczalność istotnej zmiany warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia w stosunku do postępowania uprzednio przeprowadzonego w jednym z trybów podstawowych oznacza m.in., że nie można zmienić przedmiotu zamówienia ani jego istotnych cech, których zmiana będzie miała wpływ na charakter zamówienia. Niedopuszczalna jest także zmiana warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, terminu realizacji zamówienia, istotnych zapisów w umowie. Uznać więc należy, iż niedopuszczalna jest każda zmiana, która mogłaby mieć wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych realizacją zamówienia i tym samym na wynik prowadzonego w sprawie postępowania. Zatem zamawiający z pewnością nie może zmienić wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia (jego parametrów technicznych, technologii wykonania, jakości wykonanych robót itp.), a także w szczególności warunków udziału w postępowaniu.

## Ad 2)

Zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno stanowić, zgodnie z niniejszą przesłanką, nagrodę w uprzednio przeprowadzonym konkursie. W konsekwencji, zamówienie powinno zostać udzielone jednemu z co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych, którzy zostali zaproszeni do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z orzeczeniem ETS w sprawie C-340/02 (Orzeczenie ETS z 14 października 2004 r. Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej, pkt 41 – Zbiory Orzecznictwa TE 2004 r., str. I – 09845) powinien istnieć bezpośredni związek funkcjonalny pomiędzy konkursem i danym zamówieniem. W niniejszym orzeczeniu Trybunał wskazał, że (...) *klauzula znajdująca się w pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu z 30 listopada 1996 r. przewiduje jedynie możliwość, a nie obowiązek powierzenia drugiego etapu zwycięzcy konkursu dotyczącego pierwszego etapu. W konsekwencji nie można twierdzić, że zamówienie w ramach drugiego etapu powinno być udzielone zwycięzcy lub jednemu ze zwycięzców konkursu.* Zamówienie nie powinno być zatem udzielane z powołaniem się na wspomnianą przesłankę, jeżeli jest udzielane na realizację czynności dodatkowych, nie wchodzących w zakres pojęcia konkursu. Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 pkt 11 lit. e) dyrektywy 2004/18/WE *konkursy oznaczają te procedury, które umożliwiają instytucji zamawiającej uzyskanie planu lub projektu, wybranego przez sąd konkursowy, przede wszystkim w dziedzinie planowania przestrzennego i urbanistyki, architektury oraz inżynierii lub przetwarzania danych po przeprowadzeniu postępowania konkursowego z przyznaniem nagród lub bez nagród*<sup>37</sup>.

## Ad 3)

Za okoliczność, w której istnieje przesłanka do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na mocy art. 62 ust. 1 pkt 3 ustawy uważa się sytuację, w której przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, ale nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju. Należy więc zwrócić szczególną uwagę, iż zastosowanie tej przesłanki możliwe jest jedynie w przypadku zamówień publicznych na **dostawy**.

Ustawodawca w pierwszym rzędzie kładzie nacisk na niezarobkowy charakter zamówienia. Istotne jest tutaj bowiem, aby cel badawczy, doświadczalny lub rozwojowy był celem wyłącznym. Proces zamówienia ma służyć danemu zamawiającemu jako źródło, z którego pozyska on przedmioty niezbędne w realizacji jego przedmiotu działalności. Zamawiający nie może tym samym wykorzystywać zamówienia dla nabycia przedmiotów, które będzie wykorzystywał w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Za taką działalność, zgodnie z art. 2 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807), uważana będzie

<sup>37</sup> Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, s. 16. Dokument przyjęty 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów. Urząd Zamówień Publicznych 2010.

zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Takie samo ograniczenie będzie miało miejsce, gdy zamówienie publiczne będzie miało służyć pokryciu poniesionych kosztów badań lub rozwoju.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnych pojęć działalności badawczej, doświadczalnej i rozwojowej, dlatego dla ustalenia zakresu znaczeniowego zasadnym jest odwołanie się do innych przepisów polskiego porządku prawnego.

Definicję legalną badań naukowych zawiera ustawa z 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. Nr 96, poz. 615), która w art. 2 pkt 3 określa badania naukowe jako badania podstawowe – oryginalne prace badawcze eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobywania nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie praktyczne zastosowanie lub użytkowanie oraz jako badania stosowane – obejmujące prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na zastosowanie w praktyce, jak również badania przemysłowe – badania mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności w celu opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzania znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów i usług; badania te obejmują tworzenie elementów składowych systemów złożonych, szczególnie do oceny przydatności technologii rodzajowych, z wyjątkiem prototypów objętych zakresem prac rozwojowych.

Z kolei art. 2 pkt 6 niniejszej ustawy definiuje działalność badawczo-rozwojową jako działalność twórczą obejmującą badania naukowe lub prace rozwojowe, podejmowaną w sposób systematyczny w celu zwiększenia zasobów wiedzy oraz wykorzystania zasobów wiedzy do tworzenia nowych zastosowań.

Natomiast działalność doświadczalną można utożsamiać z działalnością innowacyjną. Rozumie się przez nią działalność polegającą na opracowaniu nowej technologii i uruchomieniu na jej podstawie wytwarzania nowych lub znacząco ulepszonych towarów, procesów lub usług (art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (Dz. U. Nr 116, poz. 730).

W zakres niniejszej przesłanki nie będzie wchodził np. zakup sprzętu służącego do badań, gdyż pomimo jego przeznaczenia (przeznaczony do przeprowadzania badań i doświadczeń) wytworzony został w celu komercyjnym. Zgodnie z art. 31 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE prowadzone prace nie mogą obejmować produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju. Jako przykład takich zamówień można wskazać zakupy prototypów<sup>38</sup>.

#### Ad 4)

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może dokonać zakupu określonych dostaw, usług oraz robót budowlanych w oparciu o tryb negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli **kumulatywnie** zostaną spełnione następujące przesłanki:

- występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia;
- pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego;
- wcześniej nie można było przewidzieć konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia;
- nie można zachować terminów przewidzianych przez ustawę dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

<sup>38</sup> Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, s. 17. Dokument przyjęty 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów. Urząd Zamówień Publicznych 2010.

Na gruncie orzecznictwa ETS (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) podkreśla się, iż udzielenie zamówienia z uwagi na pilną potrzebę zależy od trzech kumulatywnie spełnionych przesłanek:

- wystąpienie nieprzewidywalnego zdarzenia o charakterze wyjątkowo pilnym,
- niedającego się pogodzić z terminami wymaganymi w ramach innych procedur,
- istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy tym zdarzeniem a bardzo pilną potrzebą.

Przesłanka z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń powodujących potrzebę pilnego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów gwarantujących zachowanie zasady konkurencyjności.

Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.

Ponadto, powołując się na ww. przesłankę w odniesieniu do pilności udzielenia zamówienia, należy mieć na uwadze zasadę proporcjonalności, tzn. powinno się go udzielić tylko w takim zakresie, w jakim tych samych celów nie da się osiągnąć za pomocą środków mniej ograniczających konkurencję, a zatem udzielenie zamówienia w tym trybie co do zasady powinno ograniczyć się tylko do zakresu koniecznego do zapobieżenia negatywnym skutkom nieprzewidzianego zdarzenia.

Dodatkowo należy podnieść, iż możliwość udzielenia zamówienia z zastosowaniem trybu negocjacji bez ogłoszenia musi wynikać również z okoliczności, w których zamawiający nie ponosi winy. Oznacza to, iż powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie może wynikać z niestaranności lub niedbalstwa zamawiającego, ale pomimo tego, iż zamawiający dochował należytej staranności w swoim działaniu.

Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji niewynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca wymaga ponadto, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć. Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia ocenia się nie jako nieograniczoną pewność jego niewystąpienia, lecz jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia takiej sytuacji. 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. Konieczne jest zatem wykazanie przez zamawiającego, iż mimo zachowania należytej staranności nie można było obiektywnie przewidzieć wystąpienia wyjątkowej sytuacji, powodującej konieczność pilnego wykonania zamówienia.

Ostatnią z przesłanek udzielenia zamówienia publicznego w oparciu o tryb negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy jest obiektywna niemożność zachowania terminów określonych dla trybów konkurencyjnych. Należy jednocześnie zauważyć, iż zarówno tryb przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem przewidują możliwość skrócenia postępowania (art. 49 ust. 3, art. 52 ust. 4 oraz art. 56 ust. 2 ustawy) z uwagi na wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Przepisu art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie stosuje się zatem w przypadku, gdy zamawiający ma wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania w trybie procedury przyspieszonej (*por. wyrok ETS z 18 marca 1992 C 24/91 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*).

Wymóg kumulatywnego spełnienia przesłanek wynikających z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy, warunkujący zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia zgodnie z prawem, potwierdziła w jednym ze swoich orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza<sup>39</sup>, stwierdzając, iż: „Zgodnie z treścią art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia (...) 4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia

<sup>39</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO/88/11).

niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Tak więc dla spełnienia tej przesłanki konieczne jest kumulatywne zaistnienie następujących okoliczności: pilna potrzeba udzielenia zamówienia publicznego, przyczyna pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie leży po stronie zamawiającego, nie można było przewidzieć konieczności udzielenia zamówienia, nie można zachować terminów określonych dla trybów podstawowych lub negocjacji z ogłoszeniem”.

W dalszej części orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza ustosunkowała się do spełnienia przez Zamawiającego każdej z przesłanek wynikających z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy, stwierdzając, co następuje:

„Aby możliwym było zastosowanie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, musi wystąpić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, przez którą należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. „Do takich interesów zalicza się w piśmiennictwie ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska” (G. Wicik, *Prawo zamówień publicznych*, Komentarz, Warszawa 2007, s. 362). Skoro więc, jak wykazał Zamawiający, zachodzi potrzeba zapewnienia ciągłości działań w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego, brak ich zapewnienia faktycznie spowodowałby zaistnienie nie tylko, że nieprzewidywalnych, ale i negatywnych dla tego właśnie interesu okoliczności. (...)

Sytuacja, w której wymagane jest pilne wykonanie zamówienia powinna być nieprzewidywalna, a co oznacza, iż ma to być zdarzenie, które w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne do przewidzenia. Przewidywalność ta powinna być jednak postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zaistniała sytuacja nie może więc wynikać z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a tym samym nie może być spowodowana opieszałością w udzieleniu zamówienia. Przewidywalne będą więc tylko te okoliczności, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością Zamawiającego i na których wystąpienie powinien on być przygotowany. Niewątpliwie powinien on być przygotowany na ewentualne przedłużenie procedury przetargowej, w tym także na możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. (...)

Dla zaistnienia kolejnej okoliczności, tj. tego, iż przyczyna pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie leży po stronie zamawiającego koniecznym jest ustalenie, czy przyczyna tej pilnej potrzeby nie powstała z przyczyn zależnych od Zamawiającego. Ta zależność od Zamawiającego powinna mieć charakter zobiektywizowany. Natomiast bez znaczenia jest kwestia jego (Zamawiającego) zawinięcia. Powstanie okoliczności zależnych od Zamawiającego winno bowiem nastąpić, mimo że Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie z należytą starannością (...).

Nie można bowiem zgodzić się z tym, że istniała obiektywna niemożność zachowania terminów, gdyż dla przetargu ograniczonego oraz dla negocjacji z ogłoszeniem ustawa przewiduje, w przypadkach pilnej potrzeby udzielenia zamówienia – a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym istotnie zachodziła – na ustalenie znacznie krótszych terminów niż w normalnej procedurze (art. 49 ust. 3, art. 52 ust. 4 i art. 56 ust. 2 ustawy Pzp). (...) Niemożność zachowania terminów przewidzianych przez przepisy ustawy Pzp przy stosowaniu trybów rozpoczynających się ogłoszeniem musi bowiem być następstwem sytuacji, która w aspekcie czasowym nie jest możliwa do zrealizowania. Oznacza to, iż Zamawiający ma mniej czasu na udzielenie zamówienia niż czas niezbędny dla prowadzenia postępowania w trybach wszczynanych ogłoszeniem i nie może zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego ani też negocjacji z ogłoszeniem. (...)

Reasumując, stwierdzić należy, iż zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno być udzielane jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidywalnego zdarzenia, wystarczającym na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym. Niemniej jednak w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający przewidział zawarcie umowy na okres aż 24 miesięcy, powodując tym samym, iż ten niekonkurencyjny tryb (tryb negocjacji bez ogłoszenia) miał stanowić podstawę zawarcia umowy „tymczasowej” o tak długim okresie obowiązywania. Natomiast taka umowa, zawarta w wyniku niekonkurencyjnego trybu, powinna być umową zawartą jedynie

na okres wystarczający na przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w trybie konkurencyjnym. Skoro więc nie zachodzą wszystkie z enumeratywnie wymienionych przesłanek przeprowadzenia postępowania o zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia należało nakazać unieważnienie czynności podjętych w niniejszym postępowaniu”.

## **W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do przesłanek udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia:**

### **Przykład 1 (KN/4/08):**

Zamawiający przeprowadził niniejsze postępowanie na wykonawstwo inwestycji w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dla projektu pn.: „X” w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień zgromadzonych w toku kontroli wynika, iż w niniejszym postępowaniu na wykonawstwo inwestycji w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dla projektu pn.: „X” **nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.** Powyższe stwierdzenie jest następstwem tego, iż w toku postępowania kontrolnego stwierdzono, iż w niniejszym postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia **warunki zamówienia zostały w istotny sposób zmienione** w stosunku do warunków określonych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego. Jak wynika z załączonych do zaproszeń do negocjacji dokumentów, w porównaniu z pierwotnym postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, **znacznie złagodzeniu uległy warunki udziału w postępowaniu.**

W przetargu ograniczonym, jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający żądał od wykonawcy spełnienia m.in. następujących warunków:

- a) osiągnięcia w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, średniorocznego przychodu ze sprzedaży minimum 40.000.000,00 PLN,
- b) posiadania środków finansowych w wysokości co najmniej 5.000.000,00 PLN,
- c) posiadania przez cały okres wykonywania umowy objętej przedmiotem zamówienia, ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej kontraktowej na kwotę w wysokości minimum 22.360.252,72 PLN,
- d) dysponowania kluczowymi ekspertami:
  - przedstawiciel Wykonawcy – niniejsza osoba miała posiadać następujące doświadczenie zawodowe i kwalifikacje: doświadczenie zawodowe w budownictwie na stanowiskach kierowniczych – 10 lat, w tym pełnienie funkcji kierownika dla kontraktu polegającego m.in. na modernizacji lub adaptacji obiektu zabytkowego,
  - kierownik budowy (3 osoby) – niniejsze osoby miały posiadać następujące doświadczenie zawodowe i kwalifikacje: doświadczenie zawodowe w budownictwie na stanowiskach kierowniczych – 10 lat, w tym pełnienie funkcji kierownika dla kontraktu polegającego m.in. na modernizacji lub adaptacji obiektu zabytkowego,
  - kierownik robót instalacyjno-sanitarnych (2 osoby) – niniejsze osoby miały posiadać następujące doświadczenie zawodowe i kwalifikacje: doświadczenie zawodowe w budownictwie na stanowiskach kierowniczych – 5 lat i pełnienie funkcji kierownika robót instalacyjno-sanitarnych – 2 lata, uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń lub równoważne im ważne uprawnienia wydane według wcześniejszych przepisów,
  - kierownik robót elektrycznych (2 osoby) – niniejsze osoby miały posiadać następujące doświadczenie zawodowe i kwalifikacje: doświadczenie zawodowe w budownictwie na stanowiskach kierowniczych



- 5 lat i pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych – 2 lata, uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub równoważne bez ograniczeń,
  - członkowie zespołu projektowego: architekt (1 osoba), konstruktor (1 osoba), projektant robót elektrycznych (1 osoba), projektant robót instalacyjno-sanitarnych (1 osoba) – niniejsze osoby winny posiadać uprawnienia budowlane do projektowania w zakresie swojej specjalności oraz co najmniej 2 lata doświadczenia zawodowego w projektowaniu w zakresie swojej specjalności.
- e) posiadania przeciętnej liczby zatrudnionych co najmniej 50 osób oraz liczebność personelu kierowniczego co najmniej 10 osób w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,
- f) wykonania co najmniej 1 kontraktu o wartości co najmniej 7.000.000,00 PLN brutto, obejmującego roboty budowlane dotyczące modernizacji, adaptacji lub wybudowania obiektów np. typu teatr, filharmonia, sala koncertowa, kino, oraz podobnych rodzajem i wartością do robót budowlanych przewidywanych w niniejszym zamówieniu.

**Tak więc w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia zamawiający: obniżył wielkość średniorocznego przychodu ze sprzedaży z 40.000.000 PLN do 15.000.000 PLN, obniżył minimalną wielkość posiadanych środków z 5.000.000 PLN do 1.000.000 PLN, całkowicie zrezygnował z żądania posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, obniżył konieczne doświadczenie dla kluczowych ekspertów, tj. dla przedstawiciela wykonawcy i kierownika budowy z 10 lat do 3 lat, dla pozostałych kierowników robót z 5 lat do 3 lat z jednoczesnym zaniechaniem żądania 2-letniego doświadczenia na stanowiskach kierowniczych w danych specjalnościach, obniżył konieczność legitymowania się 50-osobowym personelem i 10-osobowym kierownictwem, odpowiednio do 30 osób i 5 osób, a także obniżył wartość wcześniej zakończonego kontraktu potwierdzającego zdobyte doświadczenie z 7.000.000 PLN do 4.000.000 PLN i zrezygnował z katalogu obiektów, na których kontrakt mógł być realizowany.** Dodatkowo, w trakcie negocjacji zamawiającego z wykonawcą zmianie w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przetargu ograniczonego uległo także: wadium (w przetargu ograniczonym zamawiający żądał wadium w wysokości 300.000 PLN, natomiast na etapie składania ofert w negocjacjach bez ogłoszenia – zamawiający zażądał wadium w kwocie 150.000 PLN) oraz termin realizacji inwestycji (z 15.05.2008 r. na 30.05.2008 r.).

Reasumując powyższe rozważania, uznać należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy **nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp**. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania oraz nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie.

## **Przykład 2 (KN/18/08):**

Zamawiający przeprowadził niniejsze postępowanie na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych ostatniego etapu realizacji budowy szpitala w M. w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kontrola następcza przedmiotowego postępowania wykazała, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą łącznie przesłanki określone w art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień zgromadzonych w toku kontroli wynika, iż w niniejszym postępowaniu na „zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych ostatniego etapu realizacji budowy szpitala w M”. **nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.**

Powyższe stwierdzenie jest następstwem tego, iż w toku postępowania kontrolnego stwierdzono, iż w niniejszym postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia **warunki zamówienia zostały w istotny sposób zmienione** w stosunku do warunków określonych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Jak wynika z załączonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia koncepcji funkcjonalnych dla ostatniego etapu realizacji budowy szpitala w M., w porównaniu z pierwotnym postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, **istotnej zmianie uległy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji.**

W punkcie IV. „Opis rozwiązania nowego planu sytuacyjnego” Koncepcji funkcjonalnej przedmiotowego postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia zawarto następujący zapis „Główną zmianą istniejącego układu budynków będzie **wyburzenie 2 budynków w stanie surowym – nr 2 i 4. W miejscu budynku nr 2 proponuje się dobudowę 2- kondygnacyjnego budynku (oznaczonego literą N), przyległego do budynku E**, mieszczącego oddziały psychiatryczne. Teren po budynku nr 4 proponuje się przeznaczyć na teren rekreacyjny dla oddziałów psychiatrycznych”. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż w pierwotnym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w powyższym punkcie zapisano „Nie przewiduje się nowych budynków (z wyjątkiem łączników L4 i L5), a jedynie modernizację istniejących, tak więc nie ulega zmianie układ sieci zewnętrznych zarówno istniejących, jak i projektowanych (...)”.

Reasumując powyższe rozważania, uznać należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy **nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.** Tym samym zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania oraz nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie.

(...)

Wobec powyższego stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem ustawy, gdyż zamiast jednego z podstawowych trybów ustawowych zastosował tryb niekonkurencyjny (negocjacje bez ogłoszenia) bez spełnienia przesłanek ustawowych określonych w art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy uprawniających do jego zastosowania.

### **Przykład 3 (KN/3/07):**

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę Drogowego Przejścia Granicznego w T”. w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów tej ustawy. Kontrola uprzednia przedmiotowego postępowania wykazała, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą łącznie przesłanki określone w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi okoliczność, której obiektywnie wcześniej nie można było przewidzieć, tzn. sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zalicza się przykładowo: zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne. Z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania nie wynika także, iż w przedmiotowej sprawie występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

Jako okoliczności, które wpłynęły na opóźnienie realizacji projektu, zamawiający podaje m.in.: konieczność zmiany karty projektu, uzgodnienia ze Strażą Graniczną i Izbą Celną, uzyskanie stosownych pozwoleń na budowę oraz opóźnienie w realizacji pierwszego etapu realizacji projektu. Zatwierdzenie zmiany karty projektu przez odpowiedni organ, dokonanie uzgodnień z instytucjami użytkującymi przejście graniczne oraz uzyskanie po-

zwolenia na budowę jest znaną, powszechną i obowiązkową procedurą. Wiadomo też, iż uzyskanie koniecznych akceptacji i decyzji wymaga czasu. Także opóźnienia w udzieleniu oraz wykonaniu zamówienia nie są niczym wyjątkowym. Również fakt, że umowa z wykonawcą mającym realizować przedmiotowe zamówienie musi być zawarta do końca roku 2006 był zamawiającemu znany wiele miesięcy przed upływem tego terminu.

Dlatego powyższych faktów nie można uznać za okoliczności, których dało się wcześniej przewidzieć.

Ponadto należy podkreślić, iż to sam zamawiający ustalił sposób realizacji projektu, decydując się na podział zadania na etapy oraz występując o kolejne zmiany karty projektu.

Zamawiający nie może powoływać się na stworzone plany oraz przyznane środki finansowe w celu uniknięcia stosowania przepisów ustaw (w tym ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz zobowiązań, które Rzeczpospolita Polska podjęła w umowach międzynarodowych (m.in. do stosowania zasad udzielania zamówień publicznych zgodnie z wymaganiami dyrektywy 2004/18 w sprawie koordynacji procedur w sprawie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi). Poza tym w systemie finansów publicznych nie ma obowiązku wydatkowania środków, nie może być zatem mowy o konieczności wydatkowania środków w danym roku budżetowym czy w innym terminie, a tym samym o pilnej potrzebie udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Tym samym zamawiający nie udowodnił, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, która jest konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się obiektywnie przewidzieć.

Reasumując powyższe rozważania, uznać należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie.

#### **Przykład 4 (KN/8/07):**

Zamawiający, przeprowadzając powyższe postępowanie przetargowe w uzasadnieniu dla wyboru trybu wskazał, iż na wyposażeniu Oddziałów Prewencji Policji znajdowały się kaski ochronne starego typu, niespełniające swoich funkcji przede wszystkim w zakresie bezpieczeństwa. Zachodziła więc pilna potrzeba ich wycofania i wprowadzenia do użytku nowych o parametrach aktualnie wymaganych. Komenda X podjęła więc działania mające na celu pozyskanie środków finansowych na realizację powyższych potrzeb. W związku z zawartym porozumieniem z 01.09.2006 r. i uzyskaniem środków finansowych na wskazany cel, przy konieczności ich wydatkowania zgodnie z przeznaczeniem do 16.12.2006 r., nie można było zachować terminów przewidzianych dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego czy negocjacji z ogłoszeniem. Mając na uwadze konieczność wywiązania się zamawiającego z zobowiązań wynikających z zawartego porozumienia oraz fakt, że postępowanie nr 4955/06/173/Z o udzielenie zamówienia publicznego na zakup kasków ochronnych zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której wcześniej nie można było przewidzieć.

(...)

**Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi okoliczność, której obiektywnie wcześniej nie można było przewidzieć, tzn. sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne.** Do takich okoliczności zalicza się przykładowo: zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż zamawiający zdawał sobie sprawę z konieczności dokonania zakupu kasków ochronnych dla policjantów oraz miał świadomość dokonania tej czynności co

najmniej od 01.09.2006 r. z chwilą pozyskania odpowiednich środków finansowych. W związku z powyższym przesłanka mówiąca o zaistnieniu okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć nie znajduje zastosowania. Zamawiający nie tylko mógł obiektywnie przewidzieć, ale wprost przewidział potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Za nieprzewidywalne nie mogą również zostać uznane sytuacje, w których zamawiający nie uzyska lub przeciwnie – uzyska odpowiednie pozwolenia, koncesje czy zatwierdzenia projektów. Innymi słowy wszelkie wewnętrzne uregulowania czy też działania lub zaniechania organów administracji państwowej nie mogą stanowić uzasadnienia dla zastosowania przesłanki mówiącej o okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający nie udowodnił również, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, która jest konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się obiektywnie przewidzieć.

(...)

Należy podkreślić, że wskazywana przez zamawiającego konieczność wykorzystania środków finansowych w odpowiednim terminie nie stanowi o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia. W systemie finansów publicznych nie ma bowiem obowiązku wydatkowania środków. Nie może być zatem mowy o zaistnieniu takiej sytuacji, jakoby konieczność wydatkowania środków w danym roku budżetowym stanowiła przesłankę do pilnej potrzeby udzielenia przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że w przypadku groźby wygaśnięcia środków zamawiający jest świadomy, na jakich warunkach środki te są dostępne. W związku z tym takiej sytuacji nie można uznać za sytuację powodującą pilność udzielenia zamówienia.

Jednocześnie zasadną pozostaje teza o możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu ograniczonego, zamiast zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Z chwilą zawarcia stosownego porozumienia w sprawie przekazania środków finansowych z przeznaczeniem na zakup kasków ochronnych zamawiający mógł podjąć niezbędne działania dla przyspieszenia postępowania. Zgodnie z brzmieniem art. 47 ustawy w odpowiedzi na publiczne zaproszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Ustawodawca określił minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do postępowania, tj. 15 dni od dnia ogłoszenia. Jednocześnie w przedmiotowej sprawie zastosowanie znalazłby art. 52 ustawy, gdzie ustawodawca wskazał minimalny termin składania ofert na 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert w przypadku, gdy przedmiotem postępowania były dostawy i usługi. Tym samym zamawiający mógł we wrześniu 2006 r. wszcząć postępowanie w trybie przetargu ograniczonego.

Stosując powyższy tryb po podpisaniu stosownego porozumienia, zamawiający umożliwiłby udział w postępowaniu większej liczbie wykonawców, co mogłoby wpłynąć na brak konieczności unieważniania pierwszego z dwóch postępowań, przeprowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W takiej zaś sytuacji zamawiający nie byłby zmuszony wszczynać w październiku 2006 r. postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Reasumując, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia we wskazanym trybie.

### **Przykład 5 (KN/54/07):**

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatów do znieczuleń, prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów ustawy. Kontrola następcza przedmiotowego postępowania wykazała, iż w niniejszej sprawie nie zachodziły łącznie przesłanki określone w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy.

(...)

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi okoliczność, której obiektywnie wcześniej nie można było przewidzieć, tzn. sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zalicza się przykładowo: zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne. Natomiast możliwości korzystania przez uczestników postępowania ze środków ochrony prawnej, a w ich następstwie fakt unieważnienia przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania na dostawę aparatów do znieczuleń nie stanowi wyjątkowej, obiektywnie niemożliwej do przewidzenia przez zamawiającego sytuacji.

Stwierdzić należy, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia (w omawianym przypadku na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – tj. ponieważ postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego) jest jedną z dopuszczalnych przez ustawę form zakończenia postępowania, a zatem prowadząc postępowanie, zamawiający zawsze powinien brać pod uwagę możliwość takiego zakończenia postępowania. W związku z tym obowiązkiem zamawiającego jest w odpowiednim czasie wszcząć procedurę, tak aby w przypadku jej unieważnienia dysponować czasem, aby powtórnie przeprowadzić postępowanie.

Zamawiający nie udowodnił również, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Pilność udzielenia zamówienia musi być bowiem konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Na ogół podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby niepodjęciem w określonym czasie stosownych działań. W tym przypadku należy jednak przestrzegać zasady proporcjonalności, a zatem zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno być udzielone jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidzianego zdarzenia. Ponadto wystąpienie negatywnych konsekwencji musi być nie tylko możliwe, ale też bardzo prawdopodobne.

Należy podkreślić, że wskazywana przez zamawiającego konieczność wykorzystania środków finansowych w terminie do 15.12.2006 r., wynikającym z umowy o dotację, nie stanowi o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia. W systemie finansów publicznych nie ma bowiem obowiązku wydatkowania środków. Nie może być zatem mowy o zaistnieniu takiej sytuacji, jakoby konieczność wydatkowania środków w danym roku budżetowym stanowiła przesłankę do pilnej potrzeby udzielenia przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że w przypadku groźby wygaśnięcia (utruty) środków przeznaczonych na określone zadanie zamawiający jest świadomy, na jakich warunkach środki te są dostępne. W związku z tym takiej sytuacji nie można uznać za sytuację powodującą pilność udzielenia zamówienia.

Ponadto trzeba podkreślić, iż w niniejszym stanie faktycznym nie występuje przesłanka zaistnienia okoliczności powodujących pilność udzielenia zamówienia – niewynikających z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

W toku czynności kontrolnych nie stwierdzono, aby zamawiający udowodnił, że unieważnienie przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania na dostawę aparatów do znieczuleń nastąpiło, mimo że zamawiający przygotował i prowadził postępowanie z należytą starannością.

Z treści wyroku Zespołu Arbitrów z 20.11.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2791/06) wynika, że postępowanie zostało unieważnione, gdyż „Zamawiający poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia oraz dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób niezgodny z ustawą naruszył przepisy art. 29, art. 38 ust. 4 ustawy”.

Powyższe świadczy o tym, że zamawiający nie dochował należytej staranności w przygotowaniu i przeprowadzeniu niniejszego postępowania. Oznacza to, że swym działaniem zamawiający przyczynił się do unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a zatem opóźnienie w udzieleniu zamówienia

wienia i skrócony czas, jaki pozostał do upływu terminu wskazanego w umowie o dotację, były konsekwencją działań zamawiającego.

Reasumując, stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy uprawniającego do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia.

### **Przykład 6 (KN/118/08):**

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług deratyzacji, dezynsekcji w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie G. i administrowanych przez WAK-i, polegające na ochronie obiektów przed szkodnikami wg systemu HACCP i zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie” w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów tej ustawy. Kontrola doraźna przedmiotowego postępowania wykazała, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą łącznie przesłanki określone w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

(...)

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi okoliczność, której obiektywnie wcześniej nie można było przewidzieć, tzn. sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zalicza się przykładowo: zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne. Z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania nie wynika także, iż w przedmiotowej sprawie występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

Jako okoliczności, które wpłynęły na wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia zamawiający podaje m.in.: okoliczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonywanie przez okres 4 lat usług deratyzacji i dezynsekcji oraz wpływające do zamawiającego monity Wojskowych Administracji Koszar o pilne przeprowadzenie zabiegów dezynsekcji i deratyzacji w związku z pojawieniem się gniazd szerszeni, os, mrówek i innych szkodników.

Należy wskazać, iż zamawiający wszczął 9 listopada 2007 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w ww. przedmiocie zamówienia. Postępowanie powyższe zostało unieważnione 3 czerwca 2008 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Unieważnienie postępowania spowodowane było niemożliwością zawarcia ważnej umowy po upływie terminu związania ofertą. Zamawiający wyznaczył termin związania ofertą na 60 dni od upływu terminu składania i otwarcia ofert. Termin składania i otwarcia ofert został wyznaczony na 20 grudnia 2007 r., w związku z czym termin związania ofertą upłynął 17 lutego 2008 r. Należy wskazać, iż do upływu terminu związania ofertą nie wpłynął żaden protest, zamawiający nie wystąpił o przedłużenie terminu związania ofertą ani też nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Wskazane wyżej okoliczności zobowiązywały więc do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 94 ust. 1 i 1a obowiązującej w dniu wszczęcia postępowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże zamawiający pomimo upływu terminu związania ofertą dalej prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, na którą to czynność wpłynęły protesty, dokonał rozstrzygnięć protestów, dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie unieważnił postępowanie z uwagi na upływ terminu związania ofertą. Unieważnienie nastąpiło 3 czerwca 2008 r., tj. ok. 3,5 miesiąca po upływie terminu związania ofertą.

Z uwagi na powyższe zamawiający wszczął kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie przez okres 48 miesięcy od dnia podpisania umowy usług deratyzacji i dezynsekcji. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dz. U. UE z dnia 8.08.2008 r. nr 2008/S 153-206668. W tym czasie podległ

pod G. Wojskowe Administracje Koszar monitorowały o pilne przeprowadzenie zabiegów dezynsekcji i deratyzacji w związku z pojawieniem się gniazd szerszeni, os, mrówek i innych szkodników. W związku z powyższym zamawiający podjął decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie przez okres 3 miesięcy usług dezynsekcji i deratyzacji w kompleksach wojskowych będących w zarządzie G.

Kontrolerzy X. zobowiązali zamawiającego do skierowania zawiadomienia o podejrzeniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych do rzecznika dyscypliny finansów publicznych. W zawiadomieniu zamawiający wyjaśnia, iż zastosowanie przez niego przesłanki wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy było dopuszczone przepisami ustawy. W ocenie zamawiającego błędne było łączenie dwóch stanów faktycznych. Pierwszy stan faktyczny dotyczył samej procedury prawa zamówień publicznych, która spowodowała, że zamawiający ze względu na treść obowiązujących przepisów prawa zobligowany był do unieważnienia pierwszego postępowania. Drugi stan faktyczny to kwestia zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy. W opinii zamawiającego zaistnienie przesłanek do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia nie wyniknęło bezpośrednio z faktu unieważnienia pierwszego postępowania, było ono jedynie pośrednio konsekwencją decyzji zamawiającego. Według zamawiającego zastosowanie bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa i unieważnienie postępowania nie jest okolicznością leżącą po stronie zamawiającego, którą mógł i powinien przewidywać. Zamawiający wyjaśnił, iż pilność udzielenia zamówienia wyniknęła z charakteru zamawianej usługi, polegającego na pewnej nieprzewidywalnej konieczności jej realizacji w konkretnym czasie i miejscu, a jednocześnie jej niezbędności z uwagi na zdrowie ludzi w sytuacji pojawienia się gryzoni i owadów w obiektach zamawiającego. Wobec powyższego w ocenie zamawiającego okoliczności powyższe nie leżały po stronie zamawiającego i zamawiający nie mógł tych okoliczności przewidzieć.

Analiza powyższego stanu faktycznego oraz wyjaśnień zamawiającego prowadzi do wniosku, iż zamawiający winien był unieważnić postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego po upływie terminu związania ofertą, tj. po 17 lutego 2008 r. Prowadzenie postępowania przez kolejne 3,5 miesiąca nie było niczym uzasadnione, a co istotne doprowadziło do jego unieważnienia dopiero 3 czerwca 2008 r. z powodu upływu terminu związania ofertą w zupełnym oderwaniu od tego terminu. Unieważniając postępowanie w terminie, w którym wystąpiła okoliczność upływu terminu związania ofertą, zamawiający mógłby uniknąć monitów ze strony podległych mu jednostek, wskazujących na pilność przeprowadzenia usługi dezynsekcji i dezynfekcji, bowiem czas ten przeznaczyliby na przeprowadzenie kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym.

Dlatego powyższych faktów nie można uznać za okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć, a w szczególności nie można uznać, iż wynikają one z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego.

Tym samym zamawiający nie udowodnił, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, która jest konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się obiektywnie przewidzieć.

Reasumując powyższe rozważania, uznać należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie.

### **Przykład 7 (KN/165/09):**

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „roboty remontowe w budynku technologicznym Stacji Uzdatniania Wody Zakładu Wodociągów i Kanalizacji” w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów tej ustawy. Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszej sprawie zachodzą łącznie przesłanki określone w ww. przepisie ustawy.

Przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie zostało wszczęte w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem.

Z protokołu postępowania wynika, iż pismem z 20.10.2008 r. Zakład Wodociągów i Kanalizacji w K. poinformował zamawiającego o uszkodzeniu jednego z filtrów i konieczności ograniczenia dostaw wody dla odbiorców z terenu gminy oraz możliwości kolejnych awarii w krótkim czasie, co doprowadziłoby do całkowitego zatrzymania pracy SUW w Ł. i odcięcia dopływu wody do odbiorców z terenu gminy. Powyższe spowodowało zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia w celu wyłonienia wykonawcy robót remontowych w budynku technologicznym SUW Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Ł.

Zamawiający wyjaśnił, iż w okresie wcześniejszym nie była planowana realizacja przedmiotowego zamówienia, zaś ewentualne prace modernizacyjne SUW przewidywano w okresie późniejszym po wykonaniu projektu modernizacji Stacji Uzdatniania Wody odpowiadającego normom branżowym. Środki finansowe na realizację zadania zabezpieczone zostały dopiero na pierwszej sesji Rady Miasta po wystąpieniu awarii i podjęciu decyzji o usunięciu awarii wraz z niezbędnym zakresem prac remontowych.

Nadto zamawiający, odnosząc się do planowanych prac modernizacyjnych Stacji Uzdatniania Wody w okresie późniejszym po wykonaniu projektu modernizacji odpowiadającego normom branżowym, wskazał, iż prace modernizacyjne nie były ujęte w obowiązującym do 2010 r. Wieloletnim Planie Inwestycyjnym Miasta i Gminy K. Ewentualne rozpoczęcie prac możliwe było do zaplanowania na 2011 r. Ze względu jednak na ograniczone środki finansowe Miasta i Gminy K. uzależnione byłoby to od możliwości zabezpieczenia środków, zarówno własnych, jak i z ewentualnych programów pomocowych. Zamawiający wskazał, iż szczegółowy zakres planowanych prac modernizacyjnych planowanych po roku 2010 powinien zostać określony przez projekt modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł., który będzie opracowany przed wykonaniem inwestycji. Zamawiający przedstawił również zestawienie robót, które rozpatrywano do wykonania na podstawie opracowania koncepcyjnego „Projekt budowlany modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł. – Technologia Uzdatniania” zrealizowanego w 2002 r. oraz wizji lokalnych budynku Stacji Uzdatniania Wody. W ww. zakresie prace zostały podzielone na roboty ogólnobudowlane budynku Stacji Uzdatniania Wody oraz roboty remontowe ciągów technologicznych, wśród których znalazły się m.in. następujące prace: montaż zbiorników filtracyjnych DN 1400, szt. 2 z niezbędną armaturą, montaż zbiorników filtracyjnych DN 1600, szt. 4 z niezbędną armaturą, wymiana złożeń filtracyjnych, wykonanie rurociągów technologicznych wody surowej i uzdatnionej oraz montaż chloratora. Wszystkie ww. prace były przedmiotem kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Z protokołu z negocjacji przeprowadzonych w dniu 13.11.2008 r. wynika, iż „roboty budowlane w budynku Stacji Uzdatniania Wody przeprowadzi Zakład Wodociągów i Kanalizacji w K”.

W wyjaśnieniach, odnosząc się do pytania czy planowana wcześniej inwestycja miała szerszy, węższy czy też taki sam zakres jak modernizacja dokonana w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamawiający wyjaśnił, iż w zamówieniu uwzględniono tylko niezbędny sprzęt i armaturę gwarantującą przeprowadzenie remontu z należyтым skutkiem zapewniającym normatywne parametry wody uzdatnionej oraz zagwarantowanie zgodności z obowiązującymi standardami.

Ponadto zamawiający przyznał, iż posiada opracowanie pod nazwą „Projekt Budowlany Modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł. – Technologia Uzdatniania” opracowany w 2002 r. W tym zakresie wyjaśnił, że zostało ono przygotowane w celu określenia koncepcji rozwiązań technologicznych w Stacji Uzdatniania Wody w Ł. oraz dla oszacowania kosztów przeprowadzenia inwestycji. Charakter koncepcyjny powyższego projektu ma potwierdzać w szczególności brak koniecznych uzgodnień branżowych, w tym ze strony Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej, rzeczoznawcy z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy, rzeczoznawcy z zakresu wymagań



higienicznych i zdrowotnych. W związku z tym, iż powyżej wspomniane opracowanie nie posiada uzgodnienia w zakresie uzyskania wymaganego przez Prawo budowlane pozwolenia na budowę, nie mogło stanowić podstawy do wykonania prac budowlanych i modernizacyjnych. Miasto i Gmina K. potwierdziła także, iż w sierpniu 2008 r. wystąpiła do wykonawców robót instalacyjnych z prośbą o wycenę ewentualnych prac przy modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł., lecz miało to na celu wyłącznie oszacowanie aktualnych i przewidywanych kosztów przeprowadzenia prac instalacyjnych, a w konsekwencji oszacowanie szans na umieszczenie inwestycji w Wieloletnim Planie Inwestycyjnym Miasta i Gminy K. po roku 2010, a w następnych latach jej zrealizowanie. Podjęte rozmowy z przedstawicielami firm przekazujących wyceny prac miały doprowadzić do doprecyzowania i przedstawienia alternatywnych rozwiązań technologicznych w Stacji Uzdatniania Wody. Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, zapytania dotyczące przedmiotowych robót były wystosowane przez zamawiającego drogą ustną. Zamawiający wraz z ww. pismem przesłał kopie ofert przygotowanych w związku z ustnym wystąpieniem z sierpnia 2008 r. Oferty zostały przygotowane przez 3 podmioty: W. (oferta z 08.08.2008 r. opiewająca na kwotę 450 000 zł), P. (oferta z 21.08.2008 r. opiewająca na kwotę 420 000 zł) oraz F. (oferta z 25.08.2008 r. opiewająca na kwotę 438 000 zł). Wszystkie oferty złożone przez powyższych wykonawców przewidywały wykonanie m.in. montażu 6 szt. filtrów i wymianę rurociągów.

Zamawiający wyjaśnił dlaczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia zdecydowano się wymienić aż 6 zbiorników filtracyjnych, skoro z pisma Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w K. z 20.10.2008 r. wynika, iż uszkodzeniu uległ tylko jeden filtr, wskazując w tym zakresie, iż po przeprowadzeniu komisyjnej wizji lokalnej i dokładnych oględzin stanu technicznego zamontowanych filtrów, rurociągów oraz pozostałego osprzętu zamontowanego na terenie Stacji Uzdatniania Wody w Ł. stwierdzono faktyczne poważne uszkodzenie jednego z filtrów oraz liczne wycieki z pozostałych skorodowanych zbiorników filtracyjnych, duże przedziewienie konstrukcji zbiorników, rurociągów wody surowej oraz wody uzdatnionej. Także stan techniczny chloratora odbiegał od jakichkolwiek norm, a częste awarie wymuszały ręczne dawkowanie chloru, co mogło stwarzać zagrożenie dla zdrowia obsługujących Stację Uzdatniania Wody. Przeszarała rozdzielnia energetyczna zamontowana w latach osiemdziesiątych stanowiła również powód częstego przerywania pracy Stacji Uzdatniania Wody. Zamawiający wyjaśnił jednocześnie, iż wszystkie trzy części pracującej Stacji Uzdatniania Wody, tj. *„filtry, chlorator i dostarczany prąd stanowią technologiczną całość, która nie może funkcjonować osobno”*.

Przepis wskazany przez Zamawiającego jako podstawa wszczęcia trybu jest przeznaczony głównie dla umożliwienia wykonania zamówień, które są wynikiem nagłych i nieprzewidywalnych zdarzeń i których skutki należy natychmiast usunąć ze względu na zagrożenia, jakie ze sobą niosą, zwłaszcza zjawisk losowych i niezależnych od zamawiającego (katastrofy naturalne, katastrofy budowlane). Chęci, a nawet konieczności przeprowadzenia robót remontowych w budynku technologicznym Stacji Uzdatniania Wody w Ł. niewątpliwie nie można do tego typu zdarzeń zaliczyć.

Z pisma spółki P. z 18.12.2008 r., jak również z wyjaśnień zamawiającego udzielonych w toku kontroli doraźnej, o których mowa powyżej, zwłaszcza w zakresie posiadania przez zamawiającego opracowania pod nazwą *„Projekt Budowlany Modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł. – Technologia Uzdatniania”* z 2002 r., oraz z faktu wystąpienia przez zamawiającego w sierpniu 2008 r. do wykonawców robót instalacyjnych z prośbą o wycenę ewentualnych prac przy modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł., wynika, iż zamawiający co najmniej od 2002 roku zdawał sobie sprawę ze złego stanu technicznego urządzeń w Stacji Uzdatniania Wody w Ł., co więcej zamawiający przewidział konieczność wykonania prac remontowych. W świetle tych faktów przesłanka mówiąca o zaistnieniu okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć nie znajduje zastosowania. Zamawiający nie tylko mógł obiektywnie przewidzieć, ale wprost przewidział potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Należy wyraźnie stwierdzić, iż zamawiający posiadał wiedzę o konieczności wykonania przedmiotowego zamówienia oraz dysponował odpowiednim czasem niezbędnym do przygotowania i przeprowadzenia postępowania. Zamawiający, chcąc prawidłowo realizować wyznaczone zadania, powinien stosunkowo wcześniej podjąć odpowiednie kroki, przygotowując postępowanie w jednym z konkurencyjnych trybów i udzielić przedmiotowego zamówienia wybranemu w takim trybie wykonawcy.

Pilność udzielenia zamówienia musi być bowiem konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Na ogół podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby niepodjęciem w określonym czasie stosownych działań. W tym przypadku należy jednak przestrzegać zasady proporcjonalności, a zatem zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno być udzielone jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidzianego zdarzenia.

Nie ulega wątpliwości fakt, iż awaria była spowodowana złym stanem technicznym, o którym zamawiający wiedział. Tym samym jej wystąpienie nie było okolicznością nie dającą się przewidzieć. O powyższym świadczy w szczególności fakt, iż zamówienie nie ograniczyło się do usunięcia awarii, lecz jego przedmiotem było przeprowadzenie kompleksowego remontu Stacji Uzdatniania Wody w Ł. planowanego od wielu lat.

Dlatego powyższych faktów nie można uznać za okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć, a w szczególności nie można uznać, iż wynikają one z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego.

Tym samym zamawiający nie udowodnił, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, która jest konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się obiektywnie przewidzieć.

Reasumując powyższe, uznać należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie. Wobec powyższego stwierdzić należy, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącem naruszeniem ustawy, gdyż zamiast jednego z podstawowych trybów ustawowych zastosował tryb niekonkurencyjny (negocjacje bez ogłoszenia) bez spełnienia przesłanek ustawowych określonych w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy uprawniających do jego zastosowania.

## Przesłanki wyboru trybu zapytania o cenę – przykłady naruszeń stwierdzonych w toku kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa UZP

Wybór trybu, w jakim będzie prowadzone postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego jest jednym z podstawowych uprawnień zamawiającego. Ustawodawca ograniczył jednak to prawo przez wprowadzenie zasady prymatu trybów przetargowych, wyrażonej w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. W uzasadnionych przypadkach, ale tylko w okolicznościach przewidzianych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy), dopuszczalne jest korzystanie z innych trybów udzielania zamówień, w tym m.in. zapytania o cenę, którego przesłanki stosowania zostały określone w art. 70 ustawy Pzp.

Tryb zapytania o cenę jest jednym z najprostszych trybów prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jego niewątpliwymi zaletami dla zamawiających jest możliwość wyznaczenia krótszego niż w przypadku trybów konkurencyjnych terminu składania ofert (zgodnie z art. 64 ust. 1 ustawy Pzp termin ten musi być jednak wyznaczony z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty) oraz możliwość zaproszenia do składania ofert wykonawców wybranych przez zamawiającego. Jedynym ograniczeniem, jakie w tym zakresie nakłada na zamawiającego ustawodawca jest dyspozycja art. 71 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym muszą to być wykonawcy świadczący w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia w liczbie, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, przy czym nie może ich być mniej niż 5. Wobec powyższego udzielenie zamówienia w tym trybie powinno być poprzedzone przeprowadzeniem przez zamawiającego badania rynku relewantnego danej usłudze czy produktowi w celu ustalenia liczby funkcjonujących na nim podmiotów oraz istniejących między nimi powiązań kapitałowych i personalnych. Jak zauważono w opinii Departamentu Prawnego UZP dotyczącej nabywania oprogramowania w trybie zapytania o cenę, „powiązania kapitałowe pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu prowadzą bowiem zazwyczaj do zмовy cenowej, a w rezultacie do braku możliwości uzyskania przez zamawiającego rzeczywiście korzystnej ceny”.

Tryb zapytania o cenę ma charakter niekonkurencyjny. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie podkreślał, że ze względu na to, że zastosowanie trybów bezprzetargowych jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który się na nie powołuje, musi być w stanie je udowodnić (np. orzeczenie ETS z 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE vs. Republika Federalna Niemiec).

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że przeprowadzenie postępowania w trybie zapytania o cenę możliwe jest tylko pod warunkiem spełnienia **kumulatywnie** następujących, określonych w art. 70 ustawy Pzp przesłanek:

- 1) przedmiotem zamówienia mogą być jedynie dostawy lub usługi;
- 2) są to dostawy lub usługi powszechnie dostępne, o ustalonych standardach jakościowych;
- 3) szacunkowa wartość zamówienia musi być niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Pojęcie dostaw zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem przez dostawy należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Usługi zostały natomiast określone w art. 2 pkt 10 ustawy Pzp jako wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a.

Przepisy ustawy nie wskazują natomiast, co należy rozumieć pod pojęciem „powszechnej dostępności” oraz „ustalonych standardów jakościowych”. Termin „powszechny” wg Słownika języka polskiego (Wydawnictwo

PWN, wersja on-line) oznacza częsty, znajdujący się w wielkiej ilości, zaś „dostępny” to nietrudny do zdobycia, przyjąć należy, iż usługi „powszechnie dostępne” to takie, które są przez rynek często oferowane, a więc duża jest ich podaż, a przez to nietrudne są do zdobycia”. Dostawy i usługi powszechnie dostępne to zatem dobra popularne i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym (orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 28 czerwca 2010 r., sygn. BDF1/4900//44/50/10/27).

Zakres omawianego pojęcia ulega jeszcze zawężeniu przez dookreślenie przez ustawodawcę, że chodzi o usługi, które dodatkowo mają ustalone standardy jakościowe. Zatem do tej kategorii możemy zaliczyć jedynie usługi, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tę szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Skoro przeciętny nabywca zna określoną usługę, wie, co jest jej przedmiotem i jakie są jej standardy jakościowe, a usługi te są powszechnie oferowane oznacza to, iż popyt na nie jest również wysoki (służą bowiem zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb), a tym samym świadczy o nieskomplikowanym charakterze tych usług.

„Ustalone standardy jakościowe” definiuje się jako znormalizowane cechy dostaw lub usług, spełniające przeciętne wymagania stawiane dla danego asortymentu (grupy towarowej), dzięki którym nie jest wymagane indywidualne podejście do ich wykonania. Wymagania te muszą mieć jednak charakter standardowy, typowy, a niewymagający indywidualnego podejścia. Zatem w przypadku, gdy przedmiot zamówienia jest dostosowany do specyficznych potrzeb konkretnego zamawiającego, zasadnym jest przyjęcie, iż nie jest produktem typowym, charakteryzującym się małym stopniem złożoności, łatwo dającym się porównać, np. pod względem jakości, funkcjonalności, czy też posiadanych parametrów, z innymi produktami. Przy czym nie można utożsamiać standardów jakościowych ze standardami czy wymaganiami przepisów prawa. Standardy jakościowe muszą określać istnienie minimalnego akceptowanego rezultatu, jaki świadczona usługa ma zapewnić.

Wobec powyższego należy uznać, że tryb zapytania o cenę może być zastosowany jedynie do typowych i najprostszych zamówień, a zamawiane rzeczy lub usługi powinny być w pełni porównywalne, ponieważ jedynym różnicującym je czynnikiem jest cena, która jednocześnie jest jedynym możliwym w tym trybie kryterium oceny ofert. Przykładowo, jako tego typu usługi wskazuje się usługi w zakresie usługi utrzymania czystości (sprzątania pomieszczeń), usługi transportowe, usługi odśnieżania ulic, usługi introligatorskie, usługi pralnicze, usługi kserograficzne, proste usługi poligraficzne (druk). Na rynku dostaw za dopuszczalne uznaje się zastosowanie tego trybu do zakupu produktów żywnościowych, opału, paliwa czy też artykułów biurowych. Zastosowanie tego trybu jest natomiast nieuzasadnione w przypadku nabywania m.in. usług nietypowych, takich jak usługi eksperckie, poszukiwawcze, ratownicze, geologiczne czy detektywistyczne.

W przyjętych przez Komitet Stały Rady Ministrów 18 listopada 2010 r. *Wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę* dostępnych na stronie internetowej UZP uznano ponadto za niemożliwe zastosowanie ww. trybu do nabywania usług szkoleniowych, usług pełnienia funkcji inspektora nadzoru autorskiego, usuwania odpadów niebezpiecznych, opracowania studium wykonalności, zarządzania i rozliczania projektów unijnych, usługi opracowania programu funkcjonalno-użytkowego, a także dostaw oprogramowania komputerowego czy wysoko wyspecjalizowanego sprzętu medycznego.

Podsumowując, należy stwierdzić, że nie istnieje zamknięty katalog dostaw lub usług, do których zakupu może być zastosowany tryb zapytania o cenę. Oceny możliwości zastosowania ww. trybu należy dokonywać każdorazowo, odnosząc się do okoliczności konkretnego stanu faktycznego, przy czym ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do zastosowania procedury innej niż podstawowa obciąża zawsze zamawiającego.

## **Przykłady naruszeń stwierdzonych w wynikach kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu:**

### **Przykład nr 1 – UZP/DKD/KND/45/11**

5 czerwca 2007 r. zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w S. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie funkcji Koordynatora Projektu przy realizacji inwestycji pn. *Uzbrojenie terenów inwestycyjnych w (...)*” w trybie zapytania o cenę.

W wyjaśnieniach z 11 lutego 2010 r. zamawiający w uzasadnieniu zastosowania trybu zapytania o cenę do udzielenia przedmiotowego zamówienia wskazał, iż tryb zapytania o cenę w ww. postępowaniu zastosowano, kierując się dwoma przesłankami:

- 1) wartość zamówienia nie przekraczała równowartości kwoty 60 000,00 euro;
- 2) przewidywane do wykonywania usługi koordynatora projektu są czynnościami, które można uznać za typowe i powszechne, takie, których wykonywanie można w sposób jednoznaczny określić.

Ponadto zamawiający wyjaśniał, iż przewidywane dla koordynatora zadania można było uznać za typowe i powszechnie dostępne, gdyż przyjęto, że każdą z czynności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia może wykonywać nawet osoba mająca średnie wykształcenie. Zdaniem zamawiającego sprowadzanie powszechności i ustalonych standardów jakościowych usługi do czynności najprostszyc jest dalekim uproszczeniem, a o tym co jest standardowe i powszechne powinny decydować okoliczności na zapotrzebowanie wykonywania usług, dostępność na rynku lokalnym i wartość takiej usługi.

Z pkt 3 SIWZ – *Opis przedmiotu zamówienia* wynika, iż koordynator projektu miał pełnić w zakresie ogólnym sprawowanie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, a w zakresie funkcji koordynatora projektu pełnić miał liczne obowiązki na etapie przed rozpoczęciem robót, w trakcie ich realizacji oraz miał pełnić obowiązki w stosunku do robót końcowych. W szczególności, koordynator projektu będący przedstawicielem zamawiającego na budowie winien dokonać zgłoszenia o rozpoczęciu robót budowlanych do odpowiedniego organu nadzoru budowlanego, sprawować kontrolę przebiegu budowy w zakresie niezbędnym do zabezpieczenia interesów zamawiającego poprzez koordynację działań inspektorów nadzoru i wykonawcy w zakresie m.in. każdorazowego zawiadamiania właściwych organów nadzoru budowlanego o wypadkach naruszenia prawa budowlanego, sprawdzać kompletność przedstawionych przez wykonawcę dokumentów i zaświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia odbioru oraz dołączyć do nich opracowaną przez siebie ocenę jakościową wraz z jej uzasadnieniem, a także uczestniczyć w czynnościach odbioru obiektu lub robót i przekazania ich do użytku oraz uczestniczyć w komisjach do stwierdzenia ujawnionych wad. Koordynator projektu powinien także rozstrzygać w porozumieniu z inspektorami nadzoru i kierownikiem budowy wątpliwości natury technicznej powstałe w toku wykonywania robót, zasięgając w razie potrzeby opinii autora projektu bądź rzeczoznawców oraz przygotować i złożyć wnioski o wydanie decyzji pozwolenia na użytkowanie obiektów.

Na potwierdzenie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje do realizacji zamówienia, tj.: dysponowanie specjalistą ds. rozliczeń, posiadającym wykształcenie wyższe ekonomiczne wraz z potwierdzonymi kwalifikacjami i przede wszystkim – dysponowanie inżynierem budownictwa z udokumentowaną praktyką zawodową, posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności sieci wodociągowe i sanitarne, potwierdzone odpowiednimi kwalifikacjami.

(...). Usługa koordynatora projektu będąca przedmiotem kontrolowanego postępowania obejmuje czynności związane z administrowaniem projektem, a takie wymagają znajomości przepisów ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (np. kontrola jakości wykonanych robót, sprawdzanie, jakie zastosowano wyroby i czy zasto-

sowano je właściwie). Z istoty pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego wynika bowiem, iż jego udział w procesie budowlanym jest swoistym zastępstwem inwestora, wykonywanym przez fachowca, co ma zapewnić możliwość faktycznej kontroli zgodności wykonywanych robót budowlanych z projektem oraz przepisami i zasadami wiedzy technicznej.

Wiedza, którą posiada inspektor nadzoru inwestorskiego, stanowi dla inwestora gwarancję, że realizowana inwestycja jest pod kontrolą fachowca. Ponadto uczestnictwo inspektora nadzoru inwestorskiego w przygotowaniu zrealizowanego obiektu do odbioru i do użytkowania również daje inwestorowi gwarancję tego, że inwestycję zrealizowano zgodnie z prawem i jego oczekiwaniami (*Dziwiński Robert, Ziemiński Paweł Komentarz ABC 2006 Komentarz do art. 25 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.03.207.2016)*, [w:] R. Dziwiński, P. Ziemiński, *Prawo budowlane. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, 2006, wyd. II. Lex Omega*).

Z powyższego wynika, iż usługa koordynacji projektu nie jest usługą popularną, łatwo dostępną oraz masową. Pełnienie funkcji koordynatora projektu w przedmiotowym postępowaniu wymagało bowiem biegłej znajomości przepisów ustawy Prawo budowlane oraz przepisów postępowania administracyjnego związanych z procesem inwestycyjnym. Przy wykonywaniu przedmiotowej usługi wykonawca winien także dysponować osobami posiadającymi stosowane uprawnienia budowlane, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Transportu i Budownictwa z 5 listopada 2007 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2007 r. Nr 210, poz. 1528). Usługi koordynatora projektu nie mógł świadczyć zatem każdy podmiot działający na rynku branżowym, ale tylko podmiot, który w tym stanie faktycznym dysponował inżynierem budownictwa z udokumentowaną praktyką zawodową, posiadającym uprawnienia budowlane w specjalności sieci wodociągowe i sanitarne.

Ustawa Pzp nie określa bliżej, co należy rozumieć przez „dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych”. Kierując się wykładnią językową, ustawowe pojęcie „powszechnie dostępny” należy rozumieć jako „dotyczący wszystkich, wszystkiego”, pospolity, masowy, seryjny, popularny. Podobnie przez pojęcie „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć: typy lub gatunki (dostaw/usług) dokładnie określone, znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, standardowym, a nie specyficznym wymaganiom (normom), niewymagające indywidualnego podejścia.

Przez powszechną dostępność dostaw lub usług należy rozumieć zatem oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwi łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług. Oznacza to, że tryb zapytania o cenę nie może być wykorzystywany do nabywania towarów lub usług specjalistycznych, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, o dostępności ograniczonej do nielicznych, specjalistycznych wykonawców (podobnie Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z 5 lutego 2001 r. sygn. sprawy: DF/GKO/Odw.- 255/432/RN-146/00). Nie można go więc stosować do zamówień na wszelkie nietypowe usługi, wymagające szczególnych kwalifikacji bądź usługi wyjątkowego zastosowania.

Do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych z całą pewnością nie można zaliczyć usług eksperckich, usług koordynatorów projektów, usługi pełnienia roli Inżyniera Kontraktu (tak: Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w orzeczeniu z 17 września 2007 r. sygn. sprawy: 0965-DB/94/07).

Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 7 lipca 2010 r. (Wydział XIII Cywilny Zamiejscowy w Lesznie, z 7 lipca 2010 r., sygn. akt XIII C 332/10/3) potwierdził niedopuszczalność stosowania trybu zapytania o cenę przy nabywaniu usług nadzoru inwestorskiego. W ocenie Sądu posiadany katalog uprawnień oraz zamknięty krąg osób, które mogą pełnić funkcje inspektora nadzoru budowlanego powoduje, że usługa pełnienia takiego nadzoru nie może być uznana za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Ponadto o powszechnej dostępności nie może świadczyć znaczna liczba osób posiadających uprawnienia inspektora budow-

lanego na danym terenie. Dodatkowo pełnienie samodzielnej funkcji w procesach budowlanych, przeznaczonej jedynie dla osób posiadających odpowiednie kwalifikacje, potwierdzone złożonym egzaminem powoduje, że pełnienie nadzoru nie jest usługą o ustalonych standardach jakościowych. Sąd w uzasadnieniu wyroku podzielił jednocześnie stanowisko wyrażone w orzeczeniu Regionalnej Komisji Orzekającej w Poznaniu z 17 września 2007 r., zgodnie z którym usługa pełnienia roli inżyniera kontraktu nie posiada cech usługi standardowej (typowej) i z tego powodu nie może mieć charakteru usługi powszechnie dostępnej o ustalonych standardach jakościowych. Jako przykład usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach Sąd wskazał usługi sprzątanía pomieszczeń, mycia szyb, prania, usługi żywienia, proste usługi poligraficzne, usługi translatorskie itp. Zdaniem Sądu tryb zapytania o cenę nie ma też zastosowania do dostaw i usług bardzo skomplikowanych, specjalistycznych, wymagających indywidualnego podejścia do potrzeb zamawiającego. Powszechna dostępność istnieje, gdy wiele firm z danej branży jest w stanie wykonać zamówienie bez specjalnych przygotowań. Ustalone standardy jakościowe mogą wynikać z przepisów prawa, ale także z pewnych zwyczajowo przyjętych schematów działania wykonawców. Jako przykłady dostaw i usług można podać: dostawy materiałów biurowych, artykułów spożywczych, środków czystości, standardowych mebli, usługi sprzątanía pomieszczeń biurowych, wywóz nieczystości stałych, konserwacje i naprawy standardowych maszyn i urządzeń.

Przesłankę art. 70 ustawy Pzp należałoby zatem rozumieć jako możliwość realizacji typowych w danej branży zamówień przez większość podmiotów tej branży.

Przez „ustalone standardy jakościowe” pojmowane jako „przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki), wyroby odpowiadające przeciętnym wymaganiom” należy rozumieć zarówno standardy wynikające z przyjętych dla danych produktów norm określonych przepisami prawa przedmiotu świadczenia, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim.

Istotną cechą produktów lub usług zamawianych w trybie zapytania o cenę powinna być więc ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju produktów czy usług, oferowanych przez różnych dostawców lub wykonawców, poprzez podanie nazwy produktu lub usługi i określenie podstawowych ich parametrów czy zakresu.

Należy zatem stwierdzić, iż tryb zapytania o cenę może być stosowany tylko w odniesieniu do takich dostaw lub usług, których standardy jakościowe nie są ustalane indywidualnie przez zamawiającego, na jego konkretne potrzeby, ale zamawiający zaspokaja swoje potrzeby poprzez nabywanie towarów lub usług ogólnie dostępnych, powszechnie oferowanych, takich jakie są de facto oferowane wszystkim, ewentualnie zainteresowanym ich zakupem.

Reasumując, należy wskazać, iż usługa objęta przedmiotem zamówienia nie mieści się w kategorii usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, iż zamawiający dokonał wyboru trybu zapytania o cenę z naruszeniem przesłanek określonych w art. 70 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia.

## **Przykład nr 2 – UZP/DKUE/KN/15/2011**

30 września 2009 r. zamawiający – gmina W. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej na terenie miasta i gminy W”. w trybie zapytania o cenę. Jako podstawę udzielenia niniejszego zamówienia zamawiający wybrał tryb zapytania o cenę, a jako uzasadnienie zastosowania niniejszego trybu zamawiający podał treść art. 70 ustawy Pzp. (...).

Jak wskazano w przykładzie nr 1, do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych z całą pewnością nie można zaliczyć usługi pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, albowiem

funkcja ta może być pełniona wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane w zakresie pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego w danej specjalności. Przy wykonywaniu przedmiotowej usługi istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania oraz wielkości do tej, na której nadzór ma być pełniony. W konsekwencji, konkretnej usługi nadzoru inwestorskiego nie może świadczyć każdy podmiot działający w branży, lecz tylko te podmioty, które spełniają, poza posiadaniem uprawnień budowlanych, także inne warunki udziału w postępowaniu, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia, o czym świadczy też fakt, że zamawiający wymagał w niniejszym postępowaniu wykazania przez wykonawców odpowiedniego doświadczenia. Ponadto nie ma podstaw do uznania, iż usługa nadzoru inwestorskiego posiada ustalone standardy jakościowe. Niewątpliwie przepisy prawa budowlanego określają zadania i obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres jest określony w umowie zawartej z inwestorem, a z kolei postanowienia umowy wynikają przede wszystkim z charakteru inwestycji, na której inspektor będzie pełnił swoje obowiązki. Stąd też, nie można twierdzić, iż usługa nadzoru inwestorskiego może mieć charakter typowy, standardowy i z tego powodu posiadać ustalone standardy jakościowe.

(...). Reasumując, udzielając zamówienia na pełnienie nadzoru inwestorskiego w trybie zapytania o cenę, zamawiający naruszył art. 70 ustawy Pzp, z uwagi na niespełnienie przesłanek powszechnej dostępności oraz ustalonych standardów usługi, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż zamawiający powinien był zastosować jeden z trybów konkurencyjnych przewidzianych przez ustawę.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego do ww. naruszenia stwierdzonego w wyniku kontroli (sygn. akt KIO/KD 49/11).

### **Przykład nr 3 – UZP/DKUE/KN/21/2011**

11 lipca 2008 r. zamawiający – gmina S. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Opracowanie dokumentacji dla celów pozyskania środków z Funduszu Spójności dla inwestycji pn. „Kompleksowe rozwiązanie gospodarki wodno-ściekowej dla aglomeracji S”*. w trybie zapytania o cenę.

Zgodnie z SIWZ, zakres przedmiotu zamówienia obejmował:

Część I zamówienia:

Wykonanie korekty oraz aktualizacji Studium Wykonalności dla zadania: Kompleksowe rozwiązanie gospodarki wodno-ściekowej dla aglomeracji (...) odpowiednio do wymogów Funduszu Spójności w ramach POIiŚ. Weryfikacja Studium Wykonalności, Doprowadzenie jego ostatecznego zaakceptowania przez Instytucję Wdrażającą .

Korekta Studium Wykonalności miała polegać na częściowej zmianie zakresu Projektu, tj.: należało zaprojektować rozdzielenie tam, gdzie to było konieczne kanalizacji ogólnospławnej na kanalizację sanitarną (budowa nowej) oraz przemianowanie kanalizacji ogólnospławnej na potrzeby kanalizacji deszczowej. Należało również uwzględnić zaprojektowanie budowy nowych przykanalików.

Ówczesnie obowiązujący dokument, ustalający zakres studium wykonalności dla przedsięwzięć w sektorze wodno-ściekowym, zamieszczony był na stronie internetowej [www.funduszsposojnosci.gov.pl/20072013studium](http://www.funduszsposojnosci.gov.pl/20072013studium). Wykonawca obowiązany był do monitorowania tych zapisów i reagowania na zmiany w celu właściwego wykonania zamówienia.

Studium Wykonalności powinno być opracowane ze szczególnym uwzględnieniem analizy instytucjonalnej przedsięwzięcia.



#### Część II zamówienia:

Opracowanie programu funkcjonalno użytkowego dla działań 3–8 opisanych szczegółowo w Studium Wykonalności (bez uzgodnień z właścicielami nieruchomości i Instytucjami uzgadniającymi dokumentację projektową) wraz z oszacowaniem wartości inwestycji.

Program funkcjonalno-użytkowy należało opracować zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202 poz. 2072 z późn. zm.). Program funkcjonalno-użytkowy należało sporządzić w oparciu o istniejącą Koncepcję oraz Studium Wykonalności. (Należało jednak wziąć pod uwagę elementy, które mają być skorygowane w Koncepcji i Studium Wykonalności).

#### Część III zamówienia:

Opracowanie Oceny oddziaływania na środowisko dla Działań 3–8 opisanych szczegółowo w Studium Wykonalności. Ocena oddziaływania na środowisko zgodna z obowiązującymi przepisami i Dyrektywami Unii Europejskiej

#### Część IV zamówienia:

Opracowanie oraz złożenie do Instytucji Wdrażającej wniosku o dotację z Funduszu Spójności w ramach POIiŚ wraz ze wszystkimi wymaganymi załącznikami – pierwszy termin naboru wniosków ogłoszony przez Instytucję Wdrażającą po wykonaniu i zatwierdzeniu przez Instytucję Wdrażającą studium wykonalności. Zadaniem wykonawcy było przygotowanie oraz złożenie ostatecznego wniosku o dofinansowanie z Funduszu Spójności, stosownie do wzoru obowiązującego na dzień ustalony jako termin wykonania zamówienia (strona: [www.mrr.gov.pl](http://www.mrr.gov.pl)).

#### Część V zamówienia:

Przygotowanie SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wg wzorców FIDIC oraz zgodnie z wymogami Instytucji Wdrażającej na wybór Inżyniera Kontraktu i przeprowadzenie postępowania przetargowego na wybór Inżyniera Kontraktu, w tym uczestniczenie w pracach komisji przetargowej jako przewodniczący i rzeczoznawca, przygotowanie odpowiedzi dla wykonawców, aż do podpisania umowy o pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu. Zakres obowiązków Inżyniera Kontraktu zgodnie z wytycznymi zamieszczonymi na stronie Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej.

(...). Z uwagi na pozaprzetargowy charakter zapytania o cenę przesłanki jego zastosowania powinny być interpretowane w sposób ścisły, a wszelkie wątpliwości co do zasadności udzielania zamówienia w tym trybie powinny przemawiać za zastosowaniem procedury otwartej, tj. przetargiem nieograniczonym bądź ograniczonym.

(...). Przez powszechną dostępność dostaw lub usług należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług. Oznacza to, że tryb zapytania o cenę nie może być wykorzystywany do nabywania towarów lub usług specjalistycznych, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, o dostępności ograniczonej do nielicznych, specjalistycznych wykonawców (podobnie Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z 5 lutego 2001 r. sygn. sprawy: DF/GKO/Odw.- 255/432/RN-146/00). Nie można go więc stosować do zamówień na wszelkie nietypowe usługi, wymagające szczególnych kwalifikacji bądź usługi wyjątkowego zastosowania.

(...). Jak słusznie wskazała Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z 26 lutego 2001 r. (znak sprawy: DF/GKO/Odw.-279/471-472/2000), „(...) zamawiający, formułując zapytanie o cenę, powinien na tyle jednoznacznie i ściśle określić przedmiot zamówienia oraz warunki jego realizacji, aby jedynym elementem odpowiedzi oferentów była cena. Dlatego też przedmiotem zamówienia w trybie zapytania o cenę winny być wyroby gotowe,

a standardy przedmiotu zamówienia powszechnie znane, określone już w czasie rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (...)."

Przyjęcie, że określone usługi są standardowe oznacza, iż niezależnie od faktu, kto będzie ich wykonawcą (o ile jest przynajmniej pięciu wykonawców świadczących usługi określonego rodzaju), jedyną różnicą będą zaoferowane ceny (tzn. sam przedmiot będzie zestandaryzowany – identyczny, niezależnie od tego, który z wykonawców go wykona). Na rynku dostaw w trybie zapytania o cenę mogą zostać zakupione np. artykuły biurowe, produkty spożywcze różnego asortymentu, opał, paliwo. Rynek takich usług to m.in. zakup prostych usług poligraficznych, usług utrzymania czystości lub usług pralniczych.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, iż do kategorii usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych nie można zakwalifikować m.in.:

- opracowania studium wykonalności, zarządzania i rozliczania projektów unijnych z uwagi na ich profesjonalny charakter oraz wymóg posiadania fachowej wiedzy,
- usług opracowania programu funkcjonalno-użytkowego, które wiążą się z koniecznością dokładnego opisu zadania budowlanego wraz z określeniem przeznaczenia robót budowlanych, a także sporządzenia fachowego opisu stawianych wymagań technicznych, ekonomicznych, architektonicznych, materiałowych i funkcjonalnych. Wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia powinny być uzależnione od specyfiki obiektu budowlanego, tzn. m.in. od przygotowania terenu budowy, architektury, potrzebnych instalacji, wymaganego wykończenia, czy zagospodarowania terenu. Powyższe wskazuje, iż sporządzenie ww. programu wymaga posiadania specjalnych kwalifikacji dostosowanych do rodzaju i stopnia skomplikowania opracowywanego programu funkcjonalno-użytkowego.

Podkreślić również należy, iż wprawdzie zakres i formę, jakiej ma odpowiadać projekt funkcjonalno-użytkowy określają przepisy prawa, ale jego szczegółowy i konkretny zakres powinien zostać określony w umowie zawartej przez zamawiającego z wykonawcą uwzględniającej specyfikę projektowanego obiektu budowlanego. Usługi tej nie charakteryzuje powszechna dostępność oraz nie istnieją przeciętne (typowe, standardowe) wzorce jej wykonywania. Analogicznie, kryteriów określonych w art. 70 ustawy Pzp nie spełniają usługi opracowania projektu budowlanego lub budowlano-architektonicznego, a także inne usługi eksperckie, wymagające specjalistycznej wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

Przedmiot zamówienia obejmujący wykonanie korekty oraz aktualizacji Studium Wykonalności, opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego, opracowanie oceny oddziaływania na środowisko, przygotowanie SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wg wzorców FIDIC oraz zgodnie z wymogami Instytucji Wdrażającej na wybór Inżyniera Kontraktu i przeprowadzenie postępowania przetargowego na wybór Inżyniera Kontraktu, w tym uczestniczenie w pracach komisji przetargowej jako przewodniczący i rzeczoznawca, przygotowanie odpowiedzi dla wykonawców, aż do podpisania umowy o pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu należy do kategorii ww. usług, do których wykonania niezbędne jest posiadanie przez wykonawców odpowiednich kwalifikacji, w tym w szczególności dysponowanie doświadczonym i wykwalifikowanym personelem zdolnym do wykonania zamówienia. Świadczą o tym również warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w SIWZ, w których zamawiający wymagał od wykonawców m.in. posiadania doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednej koncepcji projektowej lub programu funkcjonalno-użytkowego lub projektu budowlanego sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej o min. długości 25 km i przyłączy w zabudowie miejskiej oraz co najmniej jednego Studium Wykonalności dotyczącego sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej. Zamawiający również wymagał w SIWZ dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które posiadają odpowiednie uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń, przynależą do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadają określone doświadczenie zawodowe uzyskane po otrzymaniu uprawnień budowlanych oraz dysponowania osobą posiadającą znajomość dokumentów programowych 2007–2013 dotyczących funduszy z Unii Europejskiej.

Reasumując, należy wskazać, iż katalog usług objęty przedmiotem zamówienia nie mieści się w kategorii usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych, o których mowa w art. 70 ustawy Pzp, zatem udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie zapytania o cenę nastąpiło niezgodnie z przesłankami jego zastosowania określonymi w ww. przepisie, co stanowi naruszenie ww. przepisu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego do ww. naruszenia stwierdzonego w wyniku kontroli (sygn. akt KIO/KD 75/11).

#### **Przykład nr 4 – UZP/DKUE/KN/23/11**

23 marca 2009 r. zamawiający – gmina S. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Pomoc finansowo-organizacyjną dla inwestycji pn. „Kompleksowe rozwiązanie gospodarki wodno-ściekowej dla aglomeracji S”*. w trybie zapytania o cenę.

Zgodnie z SIWZ zakres przedmiotu zamówienia obejmował opracowanie następujących dokumentów i wykonanie czynności:

Etap I – Przygotowanie dokumentów i szkolenie MAO oraz kierownika Jednostki Realizującej Projekt (JRP),

Część A – przygotowanie dokumentów, w tym:

- opracowanie struktury JRP,
- opracowanie procedur organizacyjnych,
- opracowanie wewnętrznych procedur dla zamówień,
- opracowanie kodów księgowych.

Część B – szkolenie MAO i kierownika JRP dotyczące zarządzania inwestycja oraz stosowania procedur.

Etap II – Szkolenia pracowników JRP –

Część A – szkolenie z zakresu procedur finansowych, administracyjnych i technicznych,

Część B – szkolenie z zakresu rozliczania i sprawozdawczości inwestycji współfinansowanej w ramach POIiŚ,

Część C – szkolenie z zakresu ustawy Prawo zamówień publicznych,

Część D – szkolenie z zakresu umów realizowanych w oparciu o warunki ogólne FIDIC.

Etap III – Pomoc techniczna finansowa – sprawdzanie i nadzór nad przygotowaniem rozliczeń inwestycji realizowanej w ramach POIiŚ przez 36 miesięcy od podpisania umowy o dofinansowanie (2 wizyty w JRP w miesiącu – osoby do nadzoru oraz sprawdzania dokumentacji rozliczeniowej z WFOŚiGW oraz 4 godziny dziennie w dniach roboczych – osoba do nadzoru i sprawdzania dokumentacji księgowej).

(...). Należy stwierdzić, iż do kategorii usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych nie można zakwalifikować m.in.:

- zarządzania i rozliczania projektów unijnych z uwagi na ich profesjonalny charakter oraz wymóg posiadania fachowej wiedzy,
- usług szkoleniowych, albowiem wymagają od podmiotów oferujących ich wykonanie szczególnych cech bądź kwalifikacji odpowiadających ich przedmiotowi.

Przedmiot zamówienia w postaci pomocy technicznej dla Jednostki Realizującej Projekt, która obejmuje takie usługi, jak opracowanie struktury i procedur organizacyjnych JRP, opracowanie wewnętrznych procedur dla zamówień, opracowanie kodów księgowych, przeprowadzenie wielu specjalistycznych szkoleń oraz sprawdzanie i nadzór nad przygotowaniem rozliczeń inwestycji realizowanej w ramach POIiŚ należy do kategorii usług, do których wykonania niezbędne jest posiadanie przez wykonawców odpowiednich kwalifikacji, w tym w szczególności dysponowanie doświadczonym i wykwalifikowanym personelem zdolnym do wykonania zamówienia.

Świadczą o tym również warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w SIWZ, w których zamawiający wymagał od wykonawców m.in. posiadania doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na prowadzeniu księgowości dla podmiotów prawa handlowego – przez okres co najmniej 1 roku dla co najmniej 1 podmiotu lub co najmniej 1 usługi polegającej na przeprowadzeniu procedury organizacyjnej dla Jednostki Realizującej Projekt albo jednostki organizacyjnej gminy, albo zakładu budżetowego, lub co najmniej 1 usługi polegającej na przeprowadzeniu szkolenia z zakresu pomocy dla Jednostki Realizującej Projekt. Zamawiający również wymagał w SIWZ dysponowania wykwalifikowanym personelem z odpowiednimi uprawnieniami do realizacji zamówienia, tj. głównym księgowym z doświadczeniem 3-letnim lub posiadającym uprawnienia do usługowego prowadzenia ksiąg podatkowych oraz specjalistą ds. środków unijnych, który uczestniczył w co najmniej 1 zespole realizującym inwestycję przy współudziale Jednostki Realizującej Projekt, po stronie Jednostki Realizującej Projekt, Inżyniera Kontraktu, Pomocy Technicznej dla JRP lub Zespole szkoleniowym realizującym szkolenie w zakresie pomocy technicznej dla JRP.

Reasumując, należy wskazać, iż katalog usług objęty przedmiotem zamówienia nie mieści się w kategorii usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych, o których mowa w art. 70 ustawy Pzp, zatem udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie zapytania o cenę nastąpiło niezgodnie z przesłankami jego zastosowania określonymi w ww. przepisie, co stanowi naruszenie ww. przepisu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego do ww. naruszenia stwierdzonego w wyniku kontroli (sygn. akt KIO/KD 74/11).

## **Przykład nr 5 – UZP/DKUE/KN/70/10**

11 maja 2009 r. zamawiający – jednostka budżetowa Ministerstwa Zdrowia – wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług wsparcia w ilości 1500 roboczogodzin” w trybie zapytania o cenę.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotem zamówienia było „wsparcie zamawiającego w zakresie standardowych, powszechnie dostępnych usług wynikających z zasad dobrych praktyk. Usługi nie będą miały charakteru usług wymagających stosowania niestandardowych metod i narzędzi niezbędnych dla prowadzenia prac badawczych, rozwojowych, modelowych, zaawansowanych prac konsultacyjnych”.

W szczególności wsparcie powinno dotyczyć:

- Strukturyzacji, parametryzowania i harmonogramowania przedsięwzięć uwzględniających stan i zakres udziału zamawiającego w istniejącej infrastrukturze informacyjnej ochrony zdrowia,
- Organizacji prac przygotowawczych zamawiającego w okresie procesu uruchamiania projektów SIOZ,
- Procedur i zasad inicjowania i monitorowania współpracy zamawiającego z jednostkami organizacyjnymi ochrony uwzględniających obecne i przewidywane jego usytuowanie organizacyjne i kompetencyjne w służbie ochrony zdrowia,
- Procedur i zasad inicjowania i monitorowania współpracy z otoczeniem informacyjnym ochrony zdrowia, w tym przede wszystkim z systemami ponadsektorowymi i bazowymi administracji rządowej,
- Procedur i zasad inicjowania i monitorowania współpracy z otoczeniem informacyjnym na poziomie administracji samorządowej,
- Wpływu zmian legislacyjnych dotyczących ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne oraz ustawy o podpisie elektronicznym na inicjowane przez zamawiającego procesy informatyzacji ochrony zdrowia,
- Identyfikacji i opisu procedur przygotowawczych do monitorowania i ograniczenia ryzyk projektowych wynikających z wrażliwości danych medycznych.

(...). W piśmie wyjaśniającym z 17 września 2010 r. skierowanym do Prezesa Urzędu w celu wskazania faktycznych i prawnych przesłanek przemawiających za zastosowaniem trybu zapytania o cenę do przedmiotowego postępowania zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 70 ustawy Pzp przedmiotem ww. zamówienia były usługi, których wartość zamówienia nie przekraczała kwoty, o której mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a przedmiot zamówienia był powszechnie dostępny, mający pewne ustalone standardy jakościowe. Według zamawiającego pojęcie „dostaw lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych” nie zostało sprecyzowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. Powszechna dostępność istnieje, gdy wiele firm w danej branży jest w stanie wykonać zamówienie bez specjalnych przygotowań, natomiast ustalone standardy jakościowe mogą wynikać z przepisów prawa, ale także z pewnych zwyczajowo przyjętych standardów działania wykonawców. Posługując się literaturą przedmiotu, zamawiający podkreślił, iż „usługi powszechnie dostępne” zdefiniowane są jako usługi, które mogą być świadczone przez większość podmiotów tej branży, ale wcale nie musi to oznaczać, iż są to usługi o charakterze prostym, niewymagającym istotnego wkładu intelektualnego. Według zamawiającego w obecnym stopniu rozwoju rynku podmiotów doradczych można uznać, iż usługi doradcze są usługami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach jakościowych, jeżeli nie dotyczą one obszarów wymagających szczególnej, unikatowej wiedzy lub kwalifikacji. Usługi wykonane przy realizacji umowy nr 35/2009, podpisanej w wyniku ww. postępowania, nie miały charakteru wysokospecjalistycznych, gdyż były to prace wykonane bez potrzeby stosowania prac badawczych, rozwojowych, modelowych czy zaawansowanych prac konsultacyjnych. Potwierdza to również według zamawiającego fakt, iż na zaproszenie do złożenia ofert, skierowane do 5 potencjalnych wykonawców, oferty złożyły wszystkie podmioty, do których zaproszenie skierowano.

(...). Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu było *świadczenie usług wsparcia w ilości 1500 roboczogodzin*. Do zadań wykonawcy należało m.in. wsparcie w zakresie procedur i zasad inicjowania i monitorowania współpracy zamawiającego z otoczeniem informacyjnym ochrony zdrowia, w tym przede wszystkim z systemami ponadsektorowymi i bazowymi administracji rządowej oraz administracji samorządowej. Do zadań wykonawcy w zakresie przedmiotu zamówienia należało również udzielanie wsparcia w zakresie wpływu zmian legislacyjnych dotyczących ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. nr 64 poz. 565 ze zm.) oraz ustawy z 15 listopada 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. nr 130 poz. 1450 ze zm.) na inicjowane przez zamawiającego procesy informatyzacji ochrony zdrowia, a także udzielenie wsparcia w zakresie identyfikacji i opisu procedur przygotowawczych do monitorowania i ograniczania ryzyk projektowych wynikających z wrażliwości danych medycznych.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż tak określona usługa jest usługą powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Usługa wsparcia w wyżej opisanym zakresie wymaga posiadania kompleksowej wiedzy, doświadczenia i umiejętności z wielu dziedzin. Polega na przeprowadzaniu spotkań konsultacyjnych, opracowaniu materiałów informacyjnych, jak również na wypracowaniu rozwiązań instytucjonalnych w zakresie informatyzacji ochrony zdrowia. Co więcej, wymaga znajomości projektów informatycznych, systemów teleinformatycznych (np. elektronicznej platformy usług administracji publicznej ePUAP), środków komunikacji elektronicznej oraz problematyki dotyczącej elektronicznego podpisu dokumentów, o których mowa w ww. ustawie z 15 listopada 2001 r. o podpisie elektronicznym.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż usługa wsparcia w wyżej opisanym zakresie będąca przedmiotem niniejszego postępowania nie może być uznana za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Nie charakteryzuje jej bowiem powszechna dostępność oraz nie istnieją przeciętne (typowe, standardowe) wzorce jej wykonywania.

W świetle przytoczonych wyżej argumentów i przepisów prawa należy stwierdzić, iż na gruncie ustawy Pzp „usługa wsparcia w ilości 1500 roboczogodzin” nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zastosowania trybu zapytania o cenę, gdyż w omawianym przypadku usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia nie

można uznać za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Usługa ta nie może być spełniona przez dowolnego wykonawcę, lecz wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje.

Reasumując, udzielając zamówienia w trybie zapytania o cenę, zamawiający naruszył art. 70 ustawy, z uwagi na niespełnienie przesłanek powszechnej dostępności usługi oraz ustalonych standardów usługi. Zgodnie z ustawą zamawiający powinien był zastosować konkurencyjny tryb przetargu nieograniczonego lub ograniczonego zgodnie z właściwymi przepisami, obligującymi go m.in. do zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Nieprawidłowe udzielenie zamówienia w trybie zapytania o cenę, z uwagi na niespełnienie przesłanek powszechnej dostępności usługi oraz ustalonych standardów usługi, stanowi naruszenie art. 70 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego do ww. naruszenia stwierdzonego w wyniku kontroli (sygn. akt KIO/KD 104/11).

### **Przykład nr 6 – UZP/DKD/KN/49/08**

16 stycznia 2007 r. zamawiający – Jednostka Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami w Z. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę, montaż i konfigurację elementów sieci komputerowej* w trybie zapytania o cenę.

W uzasadnieniu wyboru trybu zamawiający wskazał, iż dostawa, montaż i konfiguracja elementów sieci komputerowej jest w jego opinii ogólnie dostępna na rynku i o określonych standardach, a zamawiający zapewnił konkurencję w prowadzonym postępowaniu, gdyż zapytanie skierował do 5 wykonawców.

(...). Przedmiotu niniejszego zamówienia nie można uznać za dostawę powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych. W szczególności należy mieć na uwadze, iż do kategorii dostaw powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych nie można zakwalifikować zamówienia o wysoce zindywidualizowanym charakterze, jakim jest dostawa, montaż i konfiguracja elementów sieci komputerowej. Przedmiot niniejszego zamówienia jest dostosowany do specyficznych potrzeb konkretnego zamawiającego, nie jest zatem produktem typowym, charakteryzującym się małym stopniem złożoności, łatwo dającym się porównać np. pod względem jakości, funkcjonalności czy też posiadanych parametrów z innymi produktami.

Z uwagi na pozaprzetargowy charakter trybu zapytania o cenę przesłanki jego zastosowania powinny być interpretowane w sposób ścisły, a wszelkie wątpliwości co do zasadności udzielania zamówienia w tym trybie powinny przemawiać za zastosowaniem procedury otwartej, tj. przetargiem nieograniczonych bądź ograniczonym.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż zamawiający dokonał wyboru trybu zapytania o cenę z naruszeniem przesłanek określonych w art. 70 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego do ww. naruszenia stwierdzonego w wyniku kontroli (sygn. akt KIO/KD 97/10).

### **Przykład nr 7 – SK/363/11/DKUE**

9 października 2006 r. oraz 28 listopada 2006 r. zamawiający – gmina S. wszczął postępowania o udzielenie zamówień publicznych w trybie zapytania o cenę odpowiednio na „*Opracowanie pełnobranżowego projektu budowlano-wykonawczego na wykonanie kanalizacji sanitarnej w miejscowościach M. i M. na terenie gminy S.*” oraz

„Opracowanie pełnobrańowego projektu budowlano-wykonawczego na wykonanie kanalizacji sanitarnej w południowo-zachodniej części miasta S.”.

Przedmiotem ww. zamówień było opracowanie pełnobrańowych projektów budowlano-wykonawczych na wykonanie kanalizacji sanitarnej. (...) Aby móc obiektywnie ocenić, czy zastosowanie przez zamawiającego trybu zapytania o cenę było działaniem właściwym, należy sięgnąć do § 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. nr 202, poz. 2072 ze zm.). Zgodnie z przytoczonym przepisem dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych,
- 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5 ww. Rozporządzenia,
- 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6 ww. Rozporządzenia,
- 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

Analiza powyższych wymogów określonych w rozporządzeniu wskazuje, iż sporządzenie dokumentacji niezbędnej do wykonania robót budowlanych wymaga posiadania specjalnych kwalifikacji dostosowanych do rodzaju i stopnia skomplikowania opracowywanych projektów czy przedmiarów robót. Należy również podkreślić, iż przepisy cytowanego wyżej rozporządzenia określają zakres i formę, jakiej ma odpowiadać dokumentacja projektowa. W świetle powyższego należy również stwierdzić, iż usługa sporządzenia dokumentacji projektowej nie może być uznana za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Nie charakteryzuje jej bowiem powszechna dostępność oraz nie istnieją przeciętne (typowe, standardowe) wzorce jej wykonywania. Co więcej w omawianym przypadku sporządzenie dokumentacji projektowej wchodzi w zakres definicji tworzenia, czyli „projektowania”, co determinuje określone przepisami prawa skutki faktyczne i prawne. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowych zamówień *Prawo budowlane* (Dz. U. z 2006 r. nr 156 poz. 1118 ze zm.) za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością **fachowej** oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego (...). Jednocześnie art. 12 ust. 2 ww. ustawy ogranicza możliwość wykonywania tego typu funkcji, wskazując, iż samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1 pkt 1, a więc „działalność obejmującą projektowanie” mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego.

Z kolei art. 12 ust. 3 ustawy *Prawo budowlane* stanowi, że warunkiem uzyskania uprawnień budowlanych jest zdanie egzaminu ze znajomości procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej. Natomiast art. 12 ust. 7 ww. ustawy wyraźnie stwierdza, że podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis w drodze decyzji do centralnego rejestru, o którym mowa w ustawie oraz – zgodnie z odrębnymi przepisami – wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności.

Odnosząc się do zakresu i interpretacji definicji „dostaw lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych”, należy pamiętać, że do podstawowych obowiązków projektanta należy m.in. opracowanie projektu budowlanego, zapewnienie, w razie potrzeby, udziału w opracowaniu projektu osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności, uzyskanie wymaganych opinii,

uzgodnień i sprawdzeń rozwiązań projektowych czy też sporządzanie lub uzgadnianie indywidualnej dokumentacji technicznej.

W myśl art. 13 ustawy Prawo budowlane uprawnienia budowlane mogą być udzielane do projektowania, które zgodnie z art. 13 ust. 4 stanowią również podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych. Uprawnienia budowlane są udzielane w specjalnościach: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, drogowej, mostowej, kolejowej, wyburzeniowej, telekomunikacyjnej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektromagnetycznych. Uzyskanie uprawnień budowlanych w ww. specjalnościach wymaga do projektowania bez ograniczeń: ukończenia studiów magisterskich, w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym, na kierunku odpowiednim dla danej specjalności, odbycia dwuletniej praktyki przy sporządzaniu projektów oraz odbycia rocznej praktyki na budowie. Natomiast do projektowania w ograniczonym zakresie wymaga: ukończenia wyższych studiów zawodowych, w rozumieniu przepisów o wyższych szkołach zawodowych, na kierunku odpowiednim dla danej specjalności lub ukończenia studiów magisterskich, w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym, na kierunku pokrewnym dla danej specjalności, odbycia dwuletniej praktyki przy sporządzaniu projektów oraz odbycia rocznej praktyki na budowie.

(...). W świetle przytoczonych przepisów prawa należy stwierdzić, iż na gruncie ustawy Pzp usługa polegająca na sporządzeniu dokumentacji projektowej na wykonanie robót budowlanych w zakresie danej specjalności nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zastosowania trybu zapytania o cenę, gdyż w omawianym przypadku usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia nie można uznać za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Usługa ta nie może być spełniona przez dowolnego wykonawcę, lecz wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane do projektowania w danej specjalności. Świadczy o tym także opis sposobu oceny spełnienia warunku w zakresie osób zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego. Dodatkowo przy wykonywaniu przedmiotowej usługi istotne znaczenie odgrywają uzyskane kwalifikacje danego wykonawcy, ukończone studia na kierunku odpowiednim dla danej specjalności, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług w ramach obowiązkowo odbytych praktyk zawodowych, a także przynależność do danej grupy zawodowej i wpis na listę podmiotów legitymujących się odpowiednimi uprawnieniami w danej specjalności branżowej. Stąd też nie można twierdzić, że omawiana usługa opracowania pełnobrańzowych projektów budowlano-wykonawczych na wykonanie kanalizacji może mieć charakter typowy, standardowy i z tego powodu posiada ustalone standardy jakościowe. W związku z powyższym nie zostały wypełnione przesłanki określonej w art. 70 ustawy Pzp umożliwiającej udzielenie ww. zamówień w trybie zapytania o cenę (...).



## Zamówienia dodatkowe na usługi i roboty budowlane w świetle ostatnich wyników kontroli Prezesa Urzędu

Organy administracji publicznej, realizując inwestycje związane z powierzonymi im zadaniami, dysponują środkami finansowymi, które nie stanowią ich własności. Z uwagi na powierzenie tych środków do dyspozycji poszczególnych podmiotów konieczne jest zapewnienie przez ustawodawcę odpowiednich narzędzi prawnych i instytucjonalnych, które służyłyby możliwie jak najefektywniejszemu wykorzystaniu tych środków oraz osiągnięciu pożądanego z punktu widzenia państwa celów gospodarczych. Jedno z takich narzędzi stanowi system zamówień publicznych z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych jako organem czuwającym nad prawidłowym funkcjonowaniem tegoż systemu.

System zamówień publicznych ma na celu zapewnienie wydatkowania środków finansowych w sposób zgodny z zasadami ustanowionymi w Rozdziale II ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>40</sup> (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<sup>41</sup>.

Zgodnie z brzmieniem art. 154 pkt 11) Pzp nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień czuwa Prezes Urzędu, w szczególności poprzez przeprowadzanie kontroli procesu udzielania zamówień. Kontrola dokonywana przez Prezesa Urzędu skupia się m.in. na badaniu, czy przy udzielaniu zamówienia nie doszło do naruszenia ww. zasad poprzez niezgodne z ustawą zastosowanie trybów innych niż podstawowe, w szczególności zaś trybów w znacznym stopniu ograniczających konkurencyjność (negocjacje bez ogłoszenia) bądź wykluczających ją całkowicie (zamówienie z wolnej ręki).

Przepis art. 67 ust. 2 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w terminie 3 dni od wszczęcia tego postępowania, wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia, w sytuacji gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8<sup>42</sup>, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi.

Wedle Informacji o rynku zamówień publicznych w roku 2011 r.<sup>43</sup> tryb zamówienia z wolnej ręki zastosowano w 13,03 % postępowań. Prezes Urzędu przeprowadził 38 kontroli zawiadomień o wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, z czego 13 kontroli dotyczyło postępowań o udzielenie zamówień dodatkowych, wszczętych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Wykazane w wynikach kontroli naruszenia powyższego przepisu wynikały w przeważającej mierze z niewłaściwej interpretacji zawartych w nim przesłanek, subiektyw-

<sup>40</sup> Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.

<sup>41</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 lipca 2001 r. sygn. akt III RN 16/01; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01.

<sup>42</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 16 grudnia 2011 r. w sprawie wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2011 r. Nr 282, poz. 111649).

<sup>43</sup> www.uzp.gov.pl.

nej oceny, iż w okolicznościach danej sprawy tylko jeden wykonawca jest zdolny do realizacji roboty budowlanej lub usługi oraz błędów popełnionych na etapie przygotowania procesu inwestycyjnego lub samego postępowania. Poniżej przedstawione zostały przesłanki udzielenia zamówienia dodatkowego oraz przykłady naruszeń stwierdzonych w toku ostatnich kontroli Prezesa Urzędu.

Zgodnie z art. 2 pkt 8 Pzp przez **robotę budowlaną** należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane<sup>44</sup>, a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu powyższej ustawy, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższą definicję, decydujące znaczenie dla określenia, że dane zamówienie stanowi robotę budowlaną będą miały przepisy ustawy Prawo budowlane. Punkt 10 wskazanego artykułu definiuje **usługi** jako wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a, czyli w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym<sup>45</sup>.

W art. 67 ust. 1 Pzp enumeratywnie wymienione zostały okoliczności, w których możliwe jest zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jedną z tych możliwości, pozwalającą na zawarcie umowy na roboty budowlane lub usługi po przeprowadzeniu negocjacji tylko z jednym wykonawcą, uszczegółowiona została w pkt 5.

Przesłanki wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp można podzielić na następujące dwie grupy:

- 1) Warunki, które muszą być bezwzględnie spełnione dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Dane zamówienie będzie traktowane jako zamówienie dodatkowe, gdy:
  - zostanie udzielone dotychczasowemu wykonawcy;
  - nie jest objęte zamówieniem podstawowym;
  - nie przekracza łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego;
  - jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego;
  - jego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.
- 2) Warunki występujące alternatywnie. Spełnienie jednego z nich uzasadnia zastosowanie omawianego trybu, ale tylko w sytuacji, gdy łącznie zaistniały warunki wymienione w pkt 1):
  - z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
  - wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Zamówienie dodatkowe udzielane jest **temu samemu wykonawcy i nie może być objęte zamówieniem podstawowym**. W wyroku z 10 grudnia 2009 r.<sup>46</sup> Krajowa Izba Odwoławcza (dalej „KIO”) uznała, że wprowadzone do wzoru umowy zapisy dotyczące wykonania robót dodatkowych nie uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej oferty na wykonanie zamówienia podstawowego, objętego postępowaniem przetargowym, a tym samym nie stanowią przeszkody w ubieganiu się o uzyskanie tego zamówienia. Roboty dodatkowe nie są objęte dokumentacją projektową określającą zakres robót stanowiących przedmiot zamówienia, a tym samym nie stanowią przedmiotu umowy. Stanowią one jedynie świadczenie przyszłe i niepewne, wykonywane w ramach oddzielnego zamówienia – umowy zawieranej w trybie zamówienia z wolnej ręki. Warto dodać, iż umowa taka może zostać zawarta tylko po zaistnieniu przesłanek wskazanych w przepisie ustawy. Sam zapis w umowie podstawowej nie może przesądzać o potrzebie wykonania wszelkich prac nieprzewidzianych tylko przez wykonawcę zamówienia podstawowego.

<sup>44</sup> DZ. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623.

<sup>45</sup> Dz. U. z 2010 r. Nr 12, poz. 68.

<sup>46</sup> KIO/UZP 1614/09.

Zamówienie dodatkowe **nie może przekraczać łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego**. Ustawa nie wyklucza udzielenia kilku zamówień dodatkowych dotyczących tej samej umowy podstawowej. Do szacowania wartości każdego z zamówień powinny być stosowane odpowiednio przepisy dotyczące szacowania wartości zamówienia określone w art. 32–35 Pzp, przy uwzględnieniu wartości już udzielonych zamówień, tak aby nie przekroczyć w sumie połowy wartości zamówienia podstawowego. Szacowanie wartości zamówienia przeprowadzane jest dla każdego z zamówień dodatkowych odrębnie, chyba że dane zadania ze względu na ich przedmiot spełniają przesłanki do uznania ich za jedno zamówienie dodatkowe. Należy zwrócić uwagę, iż w przypadku gdy szacowana wartość danego zamówienia ustalona na podstawie powyższych przepisów nie przekroczy wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 tys. euro, to biorąc pod uwagę art. 4 ust. 8 Pzp, zamawiający nie stosuje przy jego udzieleniu ustawy. Nieuprawnionym będzie jednak specjalne dzielenie zamówienia na części, mające na celu zlecenie wykonania robót budowlanych lub usług z ominięciem przepisów ustawy.

Zamówienie dodatkowe to robota budowlana lub usługa **niezbędna dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego**, a więc taka, bez której zamówienie podstawowe nie może zostać prawidłowo wykonane. Powyższa przesłanka nie zachodzi, gdy zamawiający zmienia koncepcję na wykonanie zamówienia podstawowego w trakcie realizacji inwestycji czy wykonywania usługi. Według chwały KIO z 13 października 2011 r.<sup>47</sup> zamówieniem dodatkowym nie mogą być roboty budowlane zamiennie, które w żaden sposób nie wpływają na prawidłowość wykonania zakresu robót podstawowych.

Immamentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji **niemożliwej wcześniej do przewidzenia**, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć potrzeby wykonania pewnych usług czy robót budowlanych. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem o usługi nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o usługi niemożliwe do przewidzenia – pomimo zachowania należytej staranności<sup>48</sup>.

Naruszenie powyższej przesłanki wynika często z błędów i zaniedbań popełnianych w związku z przygotowaniem zamówienia podstawowego, tymczasem w świetle wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 22 marca 2000 r.<sup>49</sup> nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego.

Jak to zostało podkreślone w uchwale KIO z 18 listopada 2010 r.<sup>50</sup>, celem ustawodawcy określającego przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp nie było ułatwienie pod względem organizacyjnym realizacji procesu inwestycyjnego.

W oparciu o obowiązujące przepisy zamawiający może zabezpieczyć prawidłowe wykonanie zamówienia, już na etapie jego przygotowywania, szczególnie gdy istnieje ewentualność, iż w toku wykonywania prac może wyniknąć potrzeba dokonania zmian, na przykład poprzez zwiększenie zakresu robót lub usług.

W przypadku, gdy zamawiający planuje udzielić zamówienia podstawowego w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, przewidując możliwość wystąpienia konieczności wykonania robót lub usług wykraczających poza zakres zamówienia podstawowego, a przyszłe zamówienia mają polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówienia, zastosowanie może znaleźć przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Udzielenie zamówienia uzupełniającego, o którym mowa powyżej ograniczone jest terminem – 3 lata od udzielenia zamówienia podstawowego (od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego) oraz kwotą stanowiącą

<sup>47</sup> KIO/KD 79/11.

<sup>48</sup> Tak w uchwale KIO z 12 kwietnia 2011 r. (KIO/KD 29/11).

<sup>49</sup> sygn. akt II SA 2169/99.

<sup>50</sup> KIO/KD 90/10.

maksymalnie 50% wartości zamówienia podstawowego (w odniesieniu do kwot netto przewidywanej wartości zamówienia uzupełniającego). Warunkiem udzielenia zamówienia uzupełniającego jest zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, wskazujących na wielkość lub zakres przewidywanych prac. Z art. 32 ust. 3 Pzp wynika obowiązek uwzględnienia w wartości szacunkowej zamówienia wartości zamówień uzupełniających.

W myśl przepisów ustawy zamawiający uprawniony jest również do zmiany zawartej umowy, której przedmiotem jest zamówienie publiczne. Zgodnie z art. 144 Pzp modyfikacje umowy mogą mieć charakter istotny lub nieistotny. Bez spełnienia dodatkowych warunków dopuszczalna jest zmiana nieistotna umowy, czyli taka, która nie miałaby wpływu na krąg wykonawców zainteresowanych zamówieniem na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca zezwala na istotną modyfikację, jeżeli zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił jej warunki.

Dodatkowo, jak zostało wspomniane powyżej, udzielając zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zamawiający powinien wykazać, iż w prowadzonym przez niego postępowaniu zaistniała jedna lub obie przesłanki wskazane jako litera a) i b) omawianego przepisu ustawy. Uzasadnienie powyższe nie powinno ograniczać się do literalnego przytoczenia przepisu, ale wskazane byłoby, aby z okoliczności faktycznych sprawy wynikało, iż **z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów** lub **wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego**.

Udzielenie zamówienia publicznego poprzez zawarcie umowy z wykonawcą po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki bez spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp skutkuje naruszeniem zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 10 Pzp, w konsekwencji czego Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części albo nałożyć na zamawiającego karę pieniężną, o której mowa w art. 200-203 Pzp. Co więcej, powyższe stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wedle art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>51</sup> i może wiązać się z sankcjami w postaci upomnienia, nagany, kary pieniężnej lub zakazu pełnienia funkcji związanej z dysponowaniem środkami publicznymi.

Główna Komisja Orzekająca, będąca organem II instancji rozstrzygającym w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w orzeczeniu z 15 maja 2006 r.<sup>52</sup> zwróciła uwagę na fakt, iż zamówienia z wolnej ręki są tym trybem udzielania zamówień publicznych, który – jako niekonkurencyjny – powinien być stosowany ze szczególną rozważą i wyłącznie w sytuacjach ewidentnie spełniających przesłanki ustawowe. W ocenie Komisji, „przekonanie zamawiającego” i jego „błędne rozumienie” tych przesłanek nie może być potraktowane jako podstawa do usprawiedliwienia bezpodstawnego zastosowania tego trybu i/lub uznania naruszenia dyscypliny finansów publicznych jako popełnionego w sposób nieumyślny. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla jedynie nieświadomość usprawiedliwioną tym, że podjęte przez sprawcę działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

<sup>51</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.

<sup>52</sup> DF/GKO-4900-32/43/RN-18/06/615.

# Przykłady naruszeń stwierdzonych w postępowaniach kontrolnych wynikających z zawiadomień kierowanych do Prezesa Urzędu na podstawie art. 67 ust. 2 Pzp

## Przykład 1

**Podstawa prawna udzielenia zamówienia:** art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) Pzp

**Rodzaj zamówienia:** robota budowlana

### **Stan faktyczny sprawy:**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podstawowego dotyczyło budowy hali widowiskowo-sportowej. W zawiadomieniu Zamawiający poinformował Prezesa Urzędu, iż zamierza udzielić dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówienia dodatkowego, którego przedmiotem będzie budowa sportowego wellness.

Zamawiający, argumentując udzielenie zamówienia z wolnej ręki, wskazał, iż 27 czerwca 2007 r. podpisał umowę z Sekretarzem Generalnym UEFA na organizację i pobyt jednej z drużyn podczas EURO 2012. Zauważył, że wymogi, jakie stawia UEFA dla centrów pobytowych to przede wszystkim posiadanie kompleksu SPA i wellness. W związku z powyższym postanowił zastąpić zaprojektowany wcześniej bowling, na przychodnię odnowy biologicznej w sportowym wellness, które miało zwiększyć szanse na uzyskanie miana centrum pobytowego podczas Euro 2012 i jednocześnie spełnić wymogi wynikające z powyższej umowy.

W związku ze zwiększeniem prac wykonawcy oraz brakiem możliwości takiej zmiany umowy, w wyniku której zwiększone zostałyby jego wynagrodzenie, Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki.

Nieprzewidywalność konieczności realizacji zamówienia w powyższym trybie przejawiała się, zdaniem Zamawiającego, w okoliczności zawarcia umowy z UEFA i związanej z tym potrzeby wybudowania sportowego wellness.

Zamawiający przy tym wskazał, że nie mógł przewidzieć realizacji zamówienia dodatkowego na etapie dokonywania opisu zamówienia podstawowego z tego powodu, że dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna zostały przygotowane na podstawie umowy o wykonanie prac projektowych z 1 lutego 2006 r., a zakończone i przekazane Zamawiającemu 25 września 2007 r. Ogłoszenie o przetargu zostało umieszczone 11 grudnia 2007 r. Zamawiający zawarł umowę na wykonanie zamówienia podstawowego 5 marca 2008 r. Zamawiający podniósł, że informację co do konkretnych wymogów stawianych przez UEFA otrzymał w pierwszym kwartale 2008 r.

Zamawiający wskazał jednocześnie na okoliczność, że umowa z UEFA została zawarta 27 czerwca 2007 r. na skutek zainteresowania Zamawiającego możliwością uzyskania statusu Centrum Pobytowego podczas turnieju Euro 2012.

Uważał, że zawarcie przedmiotowej umowy stanowiło dopiero pierwszy krok w procesie ubiegania się o przyznanie statusu Centrum Pobytowego.

Powołał się na okoliczność przeprowadzenia przez zespół ds. weryfikacji centrów pobytowych, w skład którego weszli przedstawiciele Ministerstwa Sportu i Turystyki, Spółki PL.2012 Sp. z o.o. oraz PZPN, I weryfikacji Centrów Pobytowych w Polsce, po której Zamawiający dowiedział się że został zakwalifikowany do „dalszego etapu” weryfikacyjnego. Informację tę zamawiający uzyskał 27 marca 2008 roku, tj. po dniu zawarcia umowy na wykonanie zamówienia podstawowego.

Zauważył, że I weryfikacja w dalszym ciągu nie dawała pewności, że ośrodek zostanie ostatecznie zakwalifikowany jako Centrum Pobytowe. Następną – II weryfikacja odbyła się 8 maja – 23 czerwca 2008 roku, tj. w okresie kiedy stopień zaawansowania robót budowlanych był duży. Natomiast sama umowa na roboty dodatkowe, w rezultacie przeprowadzonego zamówienia w trybie z wolnej ręki została zawarta dopiero 12 marca 2009 roku.

Zamawiający wyjaśnił, iż wykonawca w celu zakończenia robót budowlanych objętych zamówieniem podstawowym musi wykonać pomieszczenia znajdujące się we wznoszonej przez wykonawcę hali widowiskowo-sportowej. Pomieszczenia przeznaczone na sportowe wellness, będące przedmiotem robót dodatkowych, stanowią integralną całość funkcjonalną z halą objętą zamówieniem podstawowym. Według Zamawiającego nie można ukończyć zamówienia podstawowego bez uprzedniego zrealizowania zamówienia dodatkowego, bowiem pomieszczenia przeznaczone na przychodnię odnowy biologicznej musiały zostać wykonane w odpowiedni dla ich przeznaczenia sposób już na etapie wznoszenia inwestycji głównej. Zamawiający wskazał, iż oddzielenie zamówienia podstawowego i powierzenie wykonania robót dodatkowych innemu wykonawcy wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, skutkowałoby również wydłużeniem okresu oddania całej inwestycji do użytkowania. Nowy wykonawca musiałby przygotować własne narzędzia, przygotować dla siebie plac budowy oraz dokonać niezbędnych ustaleń z dotychczasowym wykonawcą, tak aby w trakcie realizacji obu zamówień wykonawcy mogli realizować własne zadania bez kolizji. Jak nadmienił Zamawiający, wykonanie zamówienia dodatkowego przez dotychczasowego wykonawcę pozwoliłoby na realizację zamówienia w „ramach czasowych” zamówienia podstawowego oraz byłoby korzystne w wymiarze finansowym.

#### **Wynik kontroli:**

Przed wszystkim zamówienie będące przedmiotem kontroli Prezesa UZP **nie było zamówieniem niezbędnym** do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, to jest budowy hali widowiskowo-sportowej.

**Zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego**, jak wymaga tego przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp. Należy stwierdzić, iż udzielenie zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, wyrażającym się w tym, że wykonanie zamówień dodatkowych jest warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Jeżeli zamawiający może zrealizować zamówienie podstawowe bez dodatkowych robót, to przy ich udzieleniu nie może skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z taką sytuacją, bowiem wykonanie zamówienia dodatkowego, tj. budowa sportowego wellness nie ma wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego w ustalonym w umowie z wykonawcą zakresie. Pierwotnie zakładany zakres zamówienia podstawowego był w pełni funkcjonalny, a jego zmiana spowodowana jest jedynie zmianą koncepcji powstałą w wyniku zawarcia przez Zamawiającego umowy z UEFA, na podstawie której jedna z drużyn ma korzystać z usług hotelowych Zamawiającego w czasie turnieju EURO 2012. Tym samym, skoro zamówienie podstawowe może zostać ukończone bez ww. robót, przesłanka wskazująca, że wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego – jest niemożliwa do zastosowania w przedmiotowej sytuacji.

**W przedstawionym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z zamówieniem dodatkowym, którego konieczności realizacji nie można było wcześniej przewidzieć**, czyli nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez Zamawiającego. O takiej ocenie przesądza moment sporządzenia projektu umowy z UEFA datowany na dzień 18.10.2006 r. i podpisany przez Zamawiającego. Istotne jest również ustalenie zawarte w protokole konieczności z 16.01.2009 r., iż po analizie umowy z 27.06.2007 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a Generalnym Sekretarzem UEFA stwierdza się konieczność wykonania wyszczególnionych robót, nieujętych w dotychczasowej dokumentacji – projektowo-kosztorysowej, a mianowicie zmiany pierwotnej funkcji pomieszczeń w hali widowiskowo-sportowej „bowlingu” na pomieszczenia z funkcją wellness. Z treści tego postanowienia należy wnioskować,

że decyzja o zmianie zakresu zamówienia podstawowego została dokonana na podstawie zawartości powołanej wyżej umowy z UEFA, a zatem wiedza Zamawiającego o swoich potrzebach uzyskania określonej funkcjonalności w pomieszczeniach hali widowiskowo-sportowej istniała przed momentem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie nie może ująć uwadze informacja Zespołu PZPN ds. Euro 2012 z grudnia 2007 r., na którą powoływał się Zamawiający, znajdująca się na stronie internetowej [www.msport.gov.pl](http://www.msport.gov.pl) odnośnie do wymogów UEFA dotyczących Centrów Pobytowych przewidująca między innymi w ramach infrastruktury treningowej elementy odpowiadające zamówieniu dodatkowemu.

Podnoszone przez Zamawiającego kwestie braku pewności co do zakwalifikowania się w procesie ubiegania się o przyznanie statusu centrum pobytowego nie mają istotnego znaczenia, bowiem mieszczą się one w sferze decyzyjnej Zamawiającego, a pozostają poza ramami prawnymi realizowanego zamówienia publicznego.

Zamawiający również nie wykazał, że z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. W swoich wyjaśnieniach Zamawiający w ogóle nie wskazał żadnych strat szczegółowych ani nawet rzędu wielkości możliwych do poniesienia kosztów wynikających z oddzielenia tych dwóch zamówień.

Należy wskazać, że zamówienie będące przedmiotem kontroli stanowiło w istocie wykonanie robót budowlanych zamiennych w żaden sposób niewpływających na prawidłowość wykonania zakresu robót podstawowych, podczas gdy wykonanie tego nowego zamówienia dla uznania spełnienia przesłanki ustawowej przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) Pzp musi stanowić warunek sine qua non prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego<sup>53</sup>.

## Przykład 2

**Podstawa prawna udzielenia zamówienia:** art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) Pzp

**Rodzaj zamówienia:** usługa

**Stan faktyczny sprawy:**

Na podstawie dokumentacji kontroli ustalono, iż Zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za realizację projektu „Oczyszczanie ścieków” współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności. Projekt składał się z sześciu podprojektów (kontraktów na roboty budowlane). Pięć kontraktów realizowanych było według żółtej książki FIDIC, a jeden według czerwonej książki FIDIC.

Nadzór nad projektem pełnił Inżynier Kontraktu – firma X.

Postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego zostało przeprowadzone w ramach procedury ograniczonego przetargu międzynarodowego na usługi według Practical Guide to Contract Procedures for External Action (PRAG). Zgodnie z zawartą umową terminem rozpoczęcia realizacji świadczenia usług Inżyniera Kontraktu był 16.09.2003 r., zaś okresem realizacji projektu było 51 miesięcy liczone od daty rozpoczęcia.

Według Zamawiającego zakres zadań Inżyniera Kontraktu w ramach umowy podstawowej obejmował usługi świadczone na etapie postępowania przetargowego na wykonanie robót budowlanych, usługi świadczone w trakcie robót budowlano-montażowych i ich zakończenia oraz rozliczenia kontraktów na roboty budowlane dla Projektu „Oczyszczanie ścieków”.

---

<sup>53</sup> KIO/KD 79/11

Jak poinformował Zamawiający, w przewidzianym umową terminie zrealizowano w całości trzy kontrakty na roboty. Realizacja pozostałej części projektu uległa opóźnieniu ze względu na odstąpienie stron i rozwiązanie zawartych umów.

W wyniku powyższej sytuacji pozostały do zrealizowania zakres prac Zamawiający podzielił na części, w efekcie czego zawarł 19 nowych kontraktów na roboty budowlane. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający był w posiadaniu większości projektów budowlanych zdecydował o zleceniu dalszej realizacji prac w oparciu o czerwoną książkę FIDIC. Zamawiający poinformował, że zmiana warunków Kontraktowych z FIDIC żółty na FIDIC czerwony wymagała od Inżyniera Kontraktu świadczenia dodatkowych usług nieobjętych wcześniej umową podstawową. Zdaniem Zamawiającego w powyższej sytuacji niezbędnym stało się podpisanie umowy w zakresie dodatkowych usług Inżyniera Kontraktu, obejmującego pełnienie obowiązków Inżyniera w wydłużonym okresie trwania robót budowlanych. Jak poinformował Zamawiający, dla zapewnienia nadzoru nad realizowanymi robotami budowlanymi udzielił 27.02.2008 r. firmie X zamówienia dodatkowego na usługi Inżyniera Kontraktu. Nieprzewidziane warunki na budowach poszczególnych odcinków kanalizacji spowodowały przesunięcia w realizacji nowych kontraktów na roboty budowlane (5 z 19 nowych kontraktów zakończył się według Zamawiającego dopiero w 2010 r.). Powyższa sytuacja jest, zdaniem Zamawiającego, konsekwencją sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, w której zaszła konieczność udzielenia kolejnego zamówienia dodatkowego do 31.12.2010 r.

### **Wynik kontroli:**

W celu dokonania poprawnej oceny powyższego stanu faktycznego koniecznym jest odwołanie się do wytycznych FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*), tj. Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów, która osiągnęła międzynarodową pozycję głównie dzięki opracowaniu publikacji posiadających podstawowe znaczenie dla realizacji inwestycji inżynieryjno-budowlanych. Wzory FIDIC dotyczące procedur przetargowych oraz zawierania umów i kontraktów budowlanych są zgodne z wymaganiami Banku Światowego, EBOR i PHARE (europejskie fundusze pomocowe – granty). Wzory te znajdują powszechne zastosowanie w kontraktach międzynarodowych, ale bywają często stosowane do zadań lokalnych w takich krajach jak Polska, gdzie brak jest własnych, uznanych wzorców podobnych do niemieckiego VOB, brytyjskiego JCT lub GMP czy amerykańskiego AIA.

Stronami kontraktu FIDIC są Zamawiający i Wykonawca.

Inżynier Kontraktu wg FIDIC jest to przedstawiciel Zamawiającego upoważniony przez niego do podejmowania działań i decyzji ekonomiczno-organizacyjnych oraz technicznych związanych z realizacją kontraktu. Ze względu na zakres zadań Inżynier Kontraktu jest zwykle organizacją wieloosobową.

Do obowiązków Inżyniera Kontraktu wg FIDIC należy między innymi:

- administrowanie kontraktem – zarządzanie przedsięwzięciem,
- nadzór techniczny i prawny na budowie (Inspektor Nadzoru Inwestorskiego),
- kontrola i weryfikacja dokumentacji wykonawcy.

Do jego szczególnych zadań należy poświadczanie płatności należnych wykonawcy w trakcie realizacji robót oraz sporządzanie raportów dla Zamawiającego. Inżynier Kontraktu jest znacząco odpowiedzialny za terminowy przebieg budowy w zgodzie z budżetem i umową zawartą pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą.

W związku z powyższym stwierdzić należy, iż stanowisko Zamawiającego, że wykonywanie usługi nadzoru Inżyniera Kontraktu nad dziesiętnastoma kontraktami realizowanymi według *FIDIC red*, trudno utożsamiać z zamówieniem dotyczącym nadzoru nad trzema kontraktami realizowanymi według warunków *FIDIC yellow*, jest błędne o tyle, iż jak to wcześniej już wykazano, zakres usług wykonywanych przez Inżyniera Kontraktu jest jednoznaczny. Bez znaczenia jest również odmienny charakter prawny obu typu umów kwalifikowany – co do warunków FIDIC red jako umowa o roboty budowlane, natomiast co do FIDIC yellow jako umowa o dzieło, gdyż istotą przedmiotu oceny jest zakres czynności wykonywanych przez Inżyniera Kontraktu.



W przedmiotowym postępowaniu nie występuje sytuacja, w której wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. **Potrzeba udzielenia zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego**, tj. prawidłowa realizacja zamówienia podstawowego musi być uwarunkowana wykonaniem zamówienia dodatkowego. W badanym postępowaniu taka okoliczność nie występuje, gdyż wykonanie zamówienia dodatkowego polegającego na wydłużeniu pracy Inżyniera Kontraktu nie ma wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego, którego przedmiotem była usługa Inżyniera Kontaktu w ustalonym w umowie z wykonawcą zakresie.

Powoływanie się przez Zamawiającego na funkcjonalny związek obu zamówień, wynikający z faktu, iż wykonanie usługi Inżyniera Kontraktu w zamówieniu podstawowym – dla całości projektu „Oczyszczanie Ścieków” było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego umożliwiającego dokończenie robót jest bezzasadne. Okoliczność, iż obsługa okresu zgłaszania wad, dokonania rozliczenia finansowego całości robót czy sfera raportowania (objęte zamówieniem podstawowym), nie byłyby możliwe zanim zakres rzeczowy robót nie zostanie w całości wykonany oraz posiadanie wiedzy dotychczasowego Inżyniera na temat całego projektu nie znajduje swojego odzwierciedlenia w przesłance zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Są to jedynie okoliczności wskazujące na ułatwienia w realizacji usługi, które dotychczasowemu wykonawcy usługi pozwalały na sprawniejsze wykonanie zamówienia. Z pewnością wykonanie prac dodatkowych wiązało się z posiadaniem odpowiedniego stopnia wiedzy w zakresie dotychczas realizowanej części projektu – zamówienia podstawowego. Jednakże wiedza ta pozyskana i posiadana przez Zamawiającego mogłaby być udostępniona wykonawcy wybranemu w trybie konkurencyjnego przetargu.

W przedmiotowym postępowaniu nie zachodziła również przesłanka wskazująca na możliwość zastosowania zamówienia z wolnej ręki w zakresie konieczności wykonania usługi na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Jak wynika z wyjaśnień przedłożonych przez Zamawiającego, argumentem przemawiającym za rozszerzeniem pierwotnego zakresu umowy jest fakt wydłużenia się terminu realizacji zamówienia na roboty budowlane. Konieczność wydłużenia terminu realizacji usług Inżyniera Kontraktu z tego powodu nie może być jednak traktowana jako zdarzenie niemożliwe wcześniej do przewidzenia, albowiem nie stanowi niczego wyjątkowego sytuacja, w której następuje konieczność wydłużenia terminu wykonania robót budowlanych. Doświadczenie życiowe wskazuje, iż jest to typowe dla robót budowlanych. Stąd też **Zamawiający działający z należytą starannością powinien już na etapie przetargu podstawowego przewidzieć odpowiednie klauzule w kontrakcie, które pozwoliłyby na rozliczenie tego typu usług**. Tym samym wystąpienie sytuacji wydłużenia robót budowlanych oraz brak odpowiednich klauzul w przetargu i umowie podstawowej nie może stanowić obiektywnych przyczyn uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Oczywiście jest, iż konkretne przyczyny wydłużenia terminu mogą być nieprzewidywalne, ale sama konieczność wydłużenia tego terminu (niezależnie od powodów) jest czymś naturalnym.

Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 **Pzp zamówieniem dodatkowym może być wyłącznie zamówienie nieprzewidziane w zakresie zamówienia podstawowego**. Nie znaczy to jednak, iż każde rozszerzenie zakresu zamówienia podstawowego będzie skutkowało tym, iż wystąpi zamówienie dodatkowe. Konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki w przedmiotowej sprawie wynika wyłącznie z potrzeby wydłużenia czasu realizacji kontraktu i odpowiedniego zwiększenia wynagrodzenia, a nie powstałej potrzeby świadczenia usługi nieprzewidzianej na etapie udzielenia zamówienia. Nie można bowiem uznać, iż wraz z wydłużeniem czasu realizacji zamówienia występuje konieczność wykonania innych, nieprzewidzianych usług. Zakres czynności świadczonych przez Inżyniera Kontraktu pozostaje bez zmian, natomiast wyłącznym celem udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest umożliwienie rozliczenia finansowego kontraktu w późniejszym terminie za dodatkowym wynagrodzeniem.

Niezasadne jest również stanowisko Zamawiającego, iż **z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów**. Zamawiający podnosił, iż na koszty składają się koszty wdrożenia nowego Inżyniera we wszystkie sfery dotychczasowej wieloletniej realizacji projektu. Nowy Inżynier w celu rzetelnego wykonywania usług musiałby dokonać czasochłonnej, a zatem kosztownej analizy elementów składowych projektu, opracować standardy realizacyjne, wdrożyć system organizacji pracy, procedury, wypracować metody współpracy z jednostką realizującą projekt i wykonawcami, drugim Inżynierem. Zamawiający wskazał na trudną wręcz do oszacowania ilość czasu i kosztów potrzebnych do opracowania sposobu i następnie przekazania obszernej dokumentacji posiadanej przez Zamawiającego, jak i dotychczasowego Inżyniera innemu wykonawcy przedmiotowej usługi.

Argumentacja Zamawiającego ma charakter jedynie teoretycznych przypuszczeń nieznajdujących faktycznego uzasadnienia. Zamawiający nie przedstawił żadnej kalkulacji, badania rynku, protokołu negocjacji czy wyceny usług wchodzących w zakres zamówienia dodatkowego potwierdzających, co należy podkreślić – przypuszczenie Zamawiającego – poniesienie niewspółmiernie wysokich kosztów jako przesłanki umożliwiającej zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> KIO/KD 51/11.

## Nieprawidłowości związane z wadium stwierdzone w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP

Instytucja wadium została uregulowana w ustawie Prawo zamówień publicznych w art. 45 i 46. Ustawa Pzp określa zasady ustalania wysokości wadium, dozwolone formy i sposoby jego wnoszenia, termin wniesienia wadium oraz zasady zatrzymania wadium, a także jego zwrotu oraz konsekwencje niewniesienia wadium przez wykonawcę.

Zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 1 i 2 ustawy Pzp celem zabezpieczenia ofert składanych przez wykonawców zamawiający ma obowiązek żądać wniesienia wadium w postępowaniach, których wartość przekracza tzw. progi unijne (określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), natomiast w postępowaniach o niższej wartości żądanie wadium uzależnione jest od woli zamawiającego. Mając na uwadze, że w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest legalnej definicji pojęcia „wadium”, należy wskazać, iż zgodnie ze stanowiskiem wypracowanym przez doktrynę i orzecznictwo przez wadium należy rozumieć sumę pieniężną, która przypadnie zamawiającemu od wykonawcy w przypadku ziszczenia się zdarzeń wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Głównym celem, jakiemu służy wnoszenie wadium jest umocnienie obowiązku zawarcia umowy, ciężącego na wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wniesienie wadium ma bowiem na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego, na wypadek gdyby wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdyby zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przypisano wadium kolejną funkcję, jaką jest zapobieganie ewentualnemu porozumieniu wykonawców, zawartemu w celu wpływania na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli tzw. zmwom przetargowym.

Zagadnienie terminu wniesienia wadium zostało uregulowane w art. 45 ust. 3 ustawy Pzp. Wyżej wymieniony przepis stanowi, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Celem wadium jest zabezpieczenie oferty wykonawcy, a więc powinno ono być złożone przed upływem tego terminu. Nieprawidłowym działaniem zamawiającego w tym zakresie byłoby żądanie wniesienia wadium wcześniej, tj. na kilka dni przed upływem terminu składania ofert, w przypadku natomiast postępowań złożonych z kilku etapów – na etapach poprzedzających złożenie oferty (wykonawca może nie przystąpić do kolejnego etapu, a wówczas żądanie wniesienia wadium byłoby niecelowe). Warto również zaznaczyć, iż wadium musi zostać wniesione na cały okres związania ofertą, w przeciwnym wypadku będzie to skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ustawa Pzp ze szczególnym rygoryzmem traktuje kwestie wnoszenia wadium. Powoduje to niemożność jego uzupełnienia po terminie składania ofert, pomimo że przepisy ustawy umożliwiają uzupełnianie innych dokumentów (tzw. podmiotowych i przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Problematyczna w praktyce okazuje się natomiast kwestia wniesienia wadium w pieniądzu, albowiem najpóźniej w terminie składania ofert powinno nastąpić uznanie kwoty, na jaką została ustalona wysokość wadium na rachunku bankowym zamawiającego. Dopiero z tą chwilą zamawiający otrzymuje bowiem dostęp i możliwość dysponowania środkami pieniężnymi stanowiącymi wadium. Tak więc w przypadku, gdy do wyznaczonego terminu na składanie ofert nastąpi tylko obciążenie kwotą wadium rachunku wykonawcy, a bank nie zdąży z dokonaniem przelewu na rachunek bankowy zamawiającego, uznać należy, iż wadium nie zostało wniesione w terminie. Powyższe potwierdza uchwała Sądu Najwyższego z 4 stycznia 1995 r. (sygn: III CZP 164/94), a także liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok z 31 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 942/09).

Omawiając zagadnienie terminu wniesienia wadium, nie można pominąć kwestii powiązania wadium z terminem związania ofertą. Należy bowiem wskazać, że w przypadku terminów związania ofertą w postępo-

waniu o udzielenie zamówienia publicznego Prawo zamówień publicznych konstytuuje samoistną podstawę określenia początku terminu związania ofertą, wskazując iż bieg tego terminu zaczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, co oznacza, że rozpoczyna się on w tej samej chwili, a dzień składania ofert wlicza się do okresu związania ofertą. Nie znajduje więc w tym przypadku zastosowania art. 111 § 2 k.c., zgodnie z którym – *termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było – w ostatnim dniu tego miesiąca*. Stosuje się natomiast zasadniczo pozostałe reguły dotyczące obliczania terminów określone w kodeksie cywilnym. Mając na uwadze powyższe, okres obowiązywania wadium należy liczyć analogicznie, jak w przypadku terminu związania ofertą. Wadium musi zabezpieczać ofertę w okresie, gdy wykonawca jest nią związany, a więc od dnia upływu terminu składania ofert. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 13 października 2005 r. (sygn. akt IV Ca 468/05) stwierdził, iż: „Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem uczestnika postępowania jest złożenie wadium ważnego przez cały okres związania ofertą”.

Kolejną kwestią wyłaniającą się na tle omawianej instytucji jest ustalenie wysokości wadium. Zgodnie z brzmieniem art. 45 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający określa wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej części, jednakże kwota ta nie może być wyższa niż 3% wartości zamówienia. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego.

Odnosząc się natomiast do formy, w jakiej wadium może zostać wniesione, to zagadnienie to reguluje art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158, z późn. zm).

Z literalnego brzmienia ww. przepisu wynika, iż wykonawca w jednym postępowaniu może złożyć wadium w kilku formach, np. w formie gwarancji ubezpieczeniowej i gwarancji bankowej. Istotne jest, aby ich łączna wartość opiewała na kwotę wskazaną przez zamawiającego. Ponadto Ustawodawca dał pełną swobodę wykonawcy wyboru spośród wskazanych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp form wnoszenia wadium. Jednakże w praktyce kontrolnej Prezesa Urzędu zauważyć można, iż najbardziej popularną formą wadium jest forma pieniężna oraz gwarancja bankowa i gwarancja ubezpieczeniowa.

W tym miejscu warto poświęcić kilka słów formie pieniężnej wadium, albowiem w myśl art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, wadium wniesione w ww. formie powinno zostać wpłacone przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Należy bowiem wskazać, iż uregulowanie zawarte w ww. przepisie dotyczące sposobu wpłaty wadium wniesionego w formie pieniężnej budziło wątpliwości interpretacyjne. Mianowicie powstało na tym tle pytanie, czy pieniądze, które zostaną zaewidencjonowane na koncie zamawiającego powinny zostać przekazane w drodze wpłaty gotówki w kasie banku zamawiającego, czy też przy wykorzystaniu polecenia przelewu. W wyroku z 9 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 407/09) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż powyższa okoliczność nie ma żadnego znaczenia. „Istotne jest bowiem to, iż wadium zostało wniesione w formie, która została dopuszczona na mocy przepisu art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Sposób przekazywania pieniędzy na poczet wadium nie może dyskredytować oferty. Z całą stanowczością należy bowiem podkreślić, iż nie ma on wpływu na skuteczność zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Cel ustanowienia wadium w żaden sposób nie zostanie naruszony”.

Z kolei wykonawcy wybierający formę gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej powinni zważyć, iż gwarancja taka powinna wskazywać na wszelkie przypadki zatrzymania wadium wskazane w ustawie Pzp. Bezdyskusyjny jest fakt, iż nie ma wymogu ścisłego cytowania przepisów ustawy. Określenie warunków, na jakich realizowana będzie gwarancja może nastąpić poprzez opisanie sytuacji, w których bank bądź ubezpieczyciel będzie zobowiązany do zapłaty. Warunki te mogą być również określone poprzez odesłanie do przepisów prawa czy też poprzez wskazanie, że bank zapłaci na zasadach określonych w ustawie Pzp (również por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 lutego 2009 r. znak: KIO/UZP 160/09). Jednakże wskazanie warunków realizacji gwarancji musi być na tyle dokładne i precyzyjne, aby nie budziło wątpliwości beneficjenta gwarancji co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji. Powyższe potwierdza również treść wyroku Sądu Najwyższego z 4 października 1995 roku (sygn. sprawy: II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 roku, poz. 29) – treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej. Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (również: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 62/09). W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunki te zostały określone przepisami ustawy Pzp tj. art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy Pzp. A zatem, gdy z treści gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, taką sytuację uznaje się za równoważną niezłożeniu wadium i przyjmuje za podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przypadki zatrzymania wadium, jak już zostało wyżej wskazane, zostały wymienione w art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 pkt 1–3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- 4) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W sytuacji wystąpienia jednej z wyżej wymienionych okoliczności zamawiający jest zobowiązany do zatrzymania wadium w każdym przypadku, niezależnie od formy, w jakiej zostało ono złożone. Należy jednocześnie wskazać, iż obowiązek zatrzymania wadium wraz z należnymi odsetkami, o którym mowa w ww. przepisie dotyczy wadium złożonego w formie pieniężnej na rachunku zamawiającego. W takim przypadku zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami wynikającymi z uzgodnionej z bankiem dla danej umowy rachunku bankowego. Zatrzymanie wadium ma charakter bezterminowy.

Ponadto, z dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Zgodnie natomiast z brzmieniem przepisu art. 46 ust. 1a ustawy Pzp wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano. Mając na uwadze, że na gruncie ustawy Pzp, brak jest legalnej definicji pojęcia „niezwłocznie”, należy w tym zakresie posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 ustawy Pzp). Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 13.12.2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06), „użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc” (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z 22.03.2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z 28.04.2004 r. sygn. akt V CK 461/03).

Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (arg. z art. 354 § 1 Kc) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc). Tym samym termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, należy interpretować w ten sposób, że po spełnieniu ustawowych przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie, zamawiający zwraca wadium bez zbędnej zwłoki, po ustaniu powodów do jego przetrzymywania.

Brzmienie powyższych przepisów oznacza, iż wykonawca, który złożył ofertę uznaną w wyniku badania i oceny ofert za najkorzystniejszą, zwrot wadium uzyska niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile było ono przez zamawiającego wymagane. Pozostali wykonawcy mają prawo dochodzić zwrotu wadium od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem wykonawców, którzy wycofali oferty z postępowania przed upływem terminu ich składania.

## **W wynikach kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do instytucji wadium:**

### **Przykład 1 (KU/55/11)**

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że wykonawca Konsorcjum: „B” Sp. z o.o. (lider), R. Przedsiębiorstwo załączył do oferty gwarancję wadialną, której okres obowiązywania rozpoczyna się 15.02.2011 r. Zgodnie natomiast z ogłoszeniem z 19.01.2011 r., nr ..., poz. ... o zmianie ogłoszenia zamawiający zmodyfikował termin składania i otwarcia ofert z 02.02.2011 r. na 09.02.2011 r.

Z uwagi na cel i istotę wadium, powinno ono zabezpieczać ofertę przez cały okres związania ofertą wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz. Jednocześnie, zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że wadium złożone przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu powinno mieć termin obowiązywania rozpoczynający się co najmniej 09.02.2011 r.

Stosownie do treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Z uwagi na fakt, że wadium załączone do oferty wykonawcy Konsorcjum: „B” Sp. z o.o. (lider), R. Przedsiębiorstwo obowiązywało od 15.02.2011 r., zaś termin związania ofertą biegł w niniejszym postępowaniu od 9.02.2011 r. stwierdzić należy, że oferta ww. wykonawcy nie została prawidłowo zabezpieczona wadium i w tej sytuacji zamawiający powinien był wykluczyć tego wykonawcę z niniejszego postępowania. Nie dopełniając tego obowiązku, zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zalecił wykluczenie Konsorcjum: „B” Sp. z o.o. (lider), R. Przedsiębiorstwo z niniejszego postępowania na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

### **Przykład 2 (KU/190/11)**

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania, pismem z 20 września 2011 r. zamawiający wezwał wykonawców, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, do „przekazania dokumentów potwierdzających zabezpieczenie wadium na okres zawieszenia związania ofertą, który upływa

7 listopada 2011 r. Zawieszenie związania ofertą wynika z wniesionego odwołania oraz kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych". W odpowiedzi na powyższe pięciu wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w postępowaniu przedłużyło ważność wadium do wymaganego przez zamawiającego okresu, natomiast szósty wykonawca – Konsorcjum T. Sp. z o.o. (lider), K. Sp. z o.o., P. S.A. w piśmie z 27 września 2011 r. poinformowało o wyrażeniu zgody „... na przedłużenie do 7 listopada 2011 r. terminu związania ofertą w postępowaniu...” i w załączeniu przekazało kopię aneksu nr 2/2011 do gwarancji ubezpieczeniowej ważnej do 13 października 2011 r. (oryginał został dostarczony do zamawiającego 8 września 2011 r.). Jednocześnie konsorcjum zobowiązało się, iż „aneks nr 3 do gwarancji przetargowej przedłużający okres zabezpieczenia wadium do 7 listopada 2011 r. dostarczymy do siedziby zamawiającego do 13 października 2011 r.”

Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, wykonawca nie przedłożył ww. aneksu nr 3 do gwarancji.

Pismem z 31 października 2011 r. zamawiający ponownie wezwał wszystkich wykonawców, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, w tym również ww. konsorcjum, „na podstawie art. 182 ust. 6 oraz art. 184 w związku z art. 170 ust. 4 ustawy Pzp (...) o przekazanie dokumentów potwierdzających zabezpieczenie wadium na okres zawieszenia związania ofertą, który upływa 30 listopada 2011 r. Zawieszenie związania ofertą wynika z wniesionego odwołania oraz kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych”. Pięciu wykonawców wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużyło okres ważności wadium do 30 listopada 2011 r. Z przesłanej przez zamawiającego dokumentacji wynika, że ww. konsorcjum nie odpowiedziało na niniejsze wezwanie zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 99 ustawy Pzp, zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Natomiast stosownie do treści art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową, zapraszając do składania ofert; przepisy art. 45 i 46, art. 60 ust. 2, art. 64 ust. 1 i 3 oraz art. 92 stosuje się odpowiednio.

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy m.in. **nie wnieśli wadium** do upływu terminu składania ofert **na przedłużony okres związania ofertą** lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Mając na uwadze istotę wadium i cel jego wnoszenia, należy stwierdzić, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji określonej w art. 45 ust. 1 ustawy Pzp oferta musi być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Udział w postępowaniu wykonawców, których oferty nie są zabezpieczone wadium przez okres związania ofertą jest niezgodny z ustawą Pzp<sup>55</sup>. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nakładają obowiązek, aby oferta w trakcie postępowania była zabezpieczona wadium w okresie jej związania. W wyroku z 26 sierpnia 2008 r.<sup>56</sup> Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że „nie do przyjęcia jest w świetle przepisów prawa sytuacja, w której wadium zostało udzielone na okres krótszy niż okres związania ofertą. Celem bowiem wadium jest zabezpieczenie oferty na wypadek zaistnienia okoliczności przewidzianych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, zatem wadium musi obowiązywać w całym okresie związania ofertą”. W wyroku z 25 lipca 2008 r.<sup>57</sup> Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie przyjęła zaś, że „brak wadium na pełny okres związania ofertą zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp”. Również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 19 maja 2008 r.<sup>58</sup> wskazuje, że „udział w postępowaniu wykonawców, których oferty nie są zabezpieczone wadium przez okres związania ofertą, jest niezgodny z ustawą Pzp”.

<sup>55</sup> Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 168/08, LEX nr 395865.

<sup>56</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 832/08, LEX nr 448647.

<sup>57</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 714/08.

<sup>58</sup> Wyrok SO w Warszawie z 19 maja 2008 r., sygn. akt V Ca 788/08.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający powinien był wykluczyć Konsorcjum T. Sp. z o.o. (lider), K. Sp. z o.o., P. S.A., gdyż oferta tego wykonawcy po upływie terminu ważności wadium 13 października 2011 r. nie była należycie zabezpieczona, a tym samym spełniona została przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zaniechanie powyższego obowiązku, tj. niewykluczenie przez zamawiającego z przedmiotowego postępowania ww. wykonawcy, stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum T. Sp. z o.o. (lider), K. Sp. z o.o., P. S.A. jako jedna z najkorzystniejszych w przedmiotowym postępowaniu nie została należycie zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, co wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu zalecił wykluczenie ww. wykonawcy z przedmiotowego postępowania.

### Przykład 3 (KU/5/12)

Jak wynika z dokumentacji postępowania, termin związania ofertą w kontrolowanym postępowaniu wynosił 90 dni, co oznacza, iż upływał 10.12.2011 r. Pismami z 24.11.2011 r. zamawiający zwrócił się do wykonawców na podstawie art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą oraz o jednoczesne przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium, wyznaczając okres ważności ofert i wadium do 08.02.2012 r. Pisemną zgodę na przedłużenie okresu ważności oferty oraz przedłużenie ważności wniesionego wadium lub wniesienie nowego wadium należało dostarczyć do siedziby zamawiającego do 09.12.2011 r.

Zamawiający pismem z 16 grudnia 2011 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu m.in. Konsorcjum K. Sp. z o.o. (lider), P. S.A.; H. Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu „**niewyrażenia zgody** na przedłużenie okresu ważności oferty w **terminie ważności oferty i określonym przez zamawiającego**”.

Wyżej wymienione Konsorcjum 5.12.2011 wniosło do zamawiającego Aneks nr A1 do Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium Nr 02GG53/0048/11/0125 z 07.09.2011 r. oraz Uzupełnienie nr 2 do Gwarancji Przetargowej Nr 85/2011, w których przedłużyło okres ważności gwarancji do 08.02.2012 r. Ponadto, w piśmie z 14.12.2011 r. wyjaśniło, że „wniesione 5.12.2011 r. dokumenty: Aneks nr A1 do Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium Nr 02GG53/0048/11/0125 z 7.09.2011 r. oraz Uzupełnienie Nr 2 do Gwarancji Przetargowej Nr 85/2011 oznacza przedłużenie terminu związania ofertą do 08.02.2012 r. zgodnie z wymogiem zamawiającego, co jest równoznaczne ze zgodą na przedłużenie okresu ważności oferty dokonany w wymaganym terminie”.

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, iż zgodnie z treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Należy podkreślić, że przepis ten nie przewiduje, w jakiej formie ma być złożone oświadczenie woli wykonawcy dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą. Wobec powyższego na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp zastosowanie znajduje w tym przypadku art. 60 ustawy z 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny. Zgodnie z ww. przepisem, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 maja 2008 r. (sygn. KIO/UZP 401/08), w którym Izba uznała za właściwe stanowisko Odwołującego, iż „poprzez złożenie gwarancji wadialnych złożył dorozumiane oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, gdyż gwarancja wadialna dotyczy oferty, a nie innych dokumentów”. Tożsame stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 28 maja 2007 r. sygn. akt XIX Ga 194/07, zgodnie z którym „złożenie wadium – w postaci gwa-



rancji bankowej ważnej do określonego dnia jest jednocześnie wyrazem woli *per facta concludentia* związania się ofertą do dnia uwidocznionego w gwarancji bankowej”. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na funkcję, jaką pełni wadium. Jak wskazała KIO w wyroku z 14 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1000/10) jest nią zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez wykonawcę na rzecz zamawiającego) przez cały okres związania ofertą. Zdaniem Izby „w związku z rolą, jaką odgrywa – wadium musi być ważne przez cały okres związania ofertą. Istnieje związek funkcjonalny pomiędzy terminem związania ofertą a wadium. Wadium nie może funkcjonować samo w sobie, gdyż stanowi zabezpieczenie dla zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą. Jest to jedyny przewidziany ustawą cel istnienia wadium. Trudno znaleźć jakiegokolwiek funkcjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wadium po okresie związania ofertą. Gdy wykonawca przestaje być związany swoją ofertą, to w okresie tym nie mogą powstać roszczenia zamawiającego, dające podstawę do zatrzymania wadium”. Wobec powyższego należy uznać, że przedłużenie ważności gwarancji wadialnej jest równoznaczne z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w innym przypadku czynność tę należałoby uznać za bezcelową.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający, wykluczając z przedmiotowego postępowania Konsorcjum K. Sp. z o.o. (lider), P. S.A.; H. Sp. z o.o. pomimo przedłużenia przez nie okresu ważności wadium do terminu wymaganego przez zamawiającego oraz złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu ważności oferty naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

#### **Przykład 4 (KU/47/10)**

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, termin składania ofert zamawiający wyznaczył na 17 listopada 2008 r. do godz. 10.00, a otwarcie ofert na ten sam dzień na godz. 10.30. Zgodnie z rozdziałem XI.11.5 siwz, dokument potwierdzający wniesienie wadium należało złożyć do 14 listopada 2008 r., do godziny 14.00.

Stosownie do brzmienia art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca wnosi wadium przed upływem terminu składania ofert. Oznacza to, że jako forma zabezpieczenia oferty wadium powinno być złożone przed upływem terminu składania ofert, ale najpóźniej do dnia składania ofert. Skrócenie terminu składania wadium w stosunku do wyznaczonego terminu składania ofert stanowi naruszenie art. 45 ust. 3 ustawy Pzp.

#### **Przykład 5 (KU/12/11)**

Zgodnie z pkt D specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 1 000 000 zł. Jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP-1), szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 32 672 032,66 zł, co oznacza, że kwota wadium została określona w wysokości 3,06 % wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie z treścią art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Zamawiający, określając kwotę wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia, dokonał naruszenia art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

#### **Przykład 6 (KU/248/10)**

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, wykonawca C. S.A. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, do której załączył gwarancję wadialną nr 9340.03.1084403-71 wystawioną przez Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona ' la Caixa' z siedzibą Paseo de la Castellana, Madryt (ww. gwarancja została złożona w języku angielskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym).

Z ww. gwarancji wynika, że przewiduje ona następujące okoliczności uprawniające zamawiającego do żądania otrzymania płatności:

1. Zleceniodawca, w odpowiedzi na wezwanie określone w art. 26 ust. 3 polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń wymienionych w art. 25 ust. 1 pkt 2 lub pełnomocnictw, chyba że wykaże, iż wynikało to z przyczyn od niego niezależnych,
2. Wystąpiła jedna lub kilka następujących okoliczności zgodnie z art. 46 ust. 5 polskiego Prawa zamówień publicznych:
  - zleceniodawca odmawia podpisania umowy o zamówienie publiczne,
  - zleceniodawca nie przedstawił wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
  - nie można było podpisać umowy o zamówienie publiczne **z winy** leżącej po stronie zleceniodawcy.

Należy jednak zauważyć, że zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie.

Ponadto, zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Należy zatem wskazać, że w treści tejże gwarancji gwarant nie wskazał wszystkich okoliczności zatrzymania wadium, które zostały wymienione w ustawie oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza, że oferta nie została prawidłowo zabezpieczona. Należy podkreślić, że ocena postanowień dokumentu wadialnego może opierać się wyłącznie na jego literalnym brzemieniu i to z treści dokumentu gwarancyjnego powinien wynikać niebudzący wątpliwości interpretacyjnych katalog przesłanek zatrzymania wadium.

Należy niewątpliwie wskazać, że kwestia zamiany sformułowania „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” na sformułowanie „z winy leżącej po stronie zleceniodawcy” ma znaczenie kluczowe i przesądza o konieczności uznania, że w treści gwarancji doszło do ograniczenia zakresu zabezpieczenia zamawiającego. Albowiem zwrot, jaki zawiera art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp – z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, należy rozumieć szerzej niż wyłącznie z winy wykonawcy, gdyż przesłankę utraty wadium stanowi taki przypadek, uniemożliwiający zawarcie umowy, za który wykonawca ponosi odpowiedzialność niezależnie od zawinienia, chodzi tu bowiem o sytuacje, gdy wykonawca np. utraci uprawnienia do wykonywania prac, wchodzących w zakres zamówienia czy też np. nie otrzyma stosownych pozwoleń. W dyspozycji tej normy mieścić się może ponadto sytuacja przewidziana w art. 474 kc, gdy wybrany wykonawca nie podpisze umowy o zamówienie publiczne, z przyczyny wycofania się podwykonawcy z uczestnictwa w realizacji kontraktu, gdyż relacje między podwykonawcą a wykonawcą są obojętne dla zamawiającego, wobec którego odpowiada wykonawca (w tym na ogół za działania podwykonawcy jak za swoje własne). A zatem przyczyny te nie muszą wynikać z jego winy, a mogą być również wynikiem działań osób trzecich. Tym samym należy uznać, że sformułowanie w gwarancji wadialnej konieczności wystąpienia „winy” w sytuacji niemożliwości zawarcia umowy spowoduje trudniejsze, a może się okazać nawet niemożliwe do zrealizowania przez beneficjenta roszczenia z tytułu gwarancji. Za takim szerokim rozumieniem powołanej normy opowiada się orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyroki KIO/UZP 537/08, KIO/UZP 167/08), jak i Zespołu Arbitrów (np. wyroki UZP/ZO/0–3032/06; UZP/ZO/0–88/06; UZP/ZO/0–700/02).

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w ww. gwarancji wadialnej gwarant odwołuje się do przepisu art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Jednakże, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 listopada 2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 2396/10), odwołanie się w gwarancji do art. 46 ust. 5 ustawy Pzp z jednoczesnym wskazaniem, jaką treść przypisuje gwarant temu przepisowi nie pozwala przyjąć, że gwarant podjął zobowiązanie na

wypadek innej przesłanki niż wprost przez niego opisana, poprzez sformułowanie „nie można było podpisać umowy o zamówienie publiczne z winy leżącej po stronie zleceniodawcy”. Izba wskazała, iż z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika obowiązek przenoszenia do treści gwarancji treści przepisów art. 46 ust. 4a i 5, a w konsekwencji, że wystarczającym jest odwołanie się do wskazanych przepisów ustawy. Jednak w przypadku gwarancji złożonej przez odwołującego nie mamy do czynienia z sytuacją, w której gwarant odwołuje się do odpowiedniego przepisu ustawy i poprzestaje na takim odwołaniu, co pozwoliłoby takiemu odwołaniu przypisać znaczenie wynikające z brzmienia przepisu, ale przypisuje mu własne, ograniczające odpowiedzialność gwaranta znaczenie.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż wskazany dokument gwarancji bankowej nie zabezpieczał możliwości zatrzymania wadium we wszystkich przewidzianych Prawem zamówień publicznych sytuacjach, brak bowiem możliwości jego zatrzymania w sytuacji, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Złożenie przez wykonawcę dokumentu stanowiącego gwarancję wadialną, który nie spełnia dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp należy traktować jako niezłożenie wadium.

Mając powyższe na uwadze, ofertę złożoną przez wykonawcę C. S.A. należało uznać za niezabezpieczoną stosownym wadium, co obligowało zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Jednocześnie ofertę wykonawcy wykluczonego, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, uważa się za odrzuconą. Zaniechanie zamawiającego wykluczenia ww. wykonawcy stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

## **Przykład 7 (KU/113/10)**

Pismem z 24.05.2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum F. S.A. (lider), P. S.A., T. Sp. z o.o., Z. Sp. z o.o., P. Sp. z o.o. z ceną ... zł brutto.

Zamawiający poinformował również o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp [obecnie: art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – dop. wł.] wykonawcy Konsorcjum Z. S.A. (lider), K.S.A., P. S.A., S. m.b.H. z ceną ... zł brutto (najtańszy). Uzasadnieniem faktycznym wykluczenia był brak w treści ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej zapisu mówiącego o „niepodleganiu przeniesieniu na rzecz osób trzecich”. Zgodnie bowiem z pkt 11.6 siwz, w przypadku wnoszenia przez wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja miała być co najmniej gwarancją „bezwarunkową, nieodwoalną, niepodlegającą przeniesieniu na rzecz osób trzecich i płatną na pierwsze pisemne żądania zamawiającego”. Zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi w toku kontroli, ponieważ dokument ten nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył wykonawcę (wadliwie wniesione wadium należy traktować jako niewniesione).

Pismem z 31.05.2010 r. wykonawca – Konsorcjum Z. S.A. (lider), K.S.A., P. S.A., S. m.b.H. złożył protest na wykluczenie z postępowania i bezpodstawne uznanie wadium złożonego przez wykonawcę za wadliwe. Zdaniem protestującego załączona do oferty gwarancja wadialna wypełnia wszystkie wymogi ustawowe, tj. umożliwiała zamawiającemu pełne zaspokojenie w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp oraz siwz, w tym również w zakresie wymogu nieprzenoszalności gwarancji. Protestujący powołał się na wyrok KIO z 4 września 2009 (KIO/ UZP 1082/09, 1095/09, 1112/09), który potwierdza jego stanowisko.

Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowy protest 10 czerwca 2010 r. poprzez jego oddalenie w całości. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 584/08, KIO/UZP 224/09, KIO/UZP 252/09) oraz zapisy siwz, zamawiający wskazał, iż gwarancja wadialna m.in. nie może podlegać przeniesieniu na rzecz osób trzecich. W treści gwarancji wadialnej wniesionej przez Konsorcjum Z. S.A. (lider), K.S.A., P. S.A., S. m.b.H. nie znalazł się zapis mówiący, iż „gwarancja nie podlega przeniesieniu na rzecz osób trzecich”.

Analizując powyższy stan faktyczny, przede wszystkim zauważyć należy, iż „niepodleganie przez wadium przeniesieniu na osoby trzecie” dotyczy instytucji cesji albo przejęcia długu w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Ponadto przy interpretacji zapisów wadium należy opierać się nie tylko na literalnym brzmieniu gwarancji ubezpieczeniowej (wadium), ale należy również wziąć pod uwagę okoliczności oraz cel ustanowienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (ochronę interesu zamawiającego). Treść gwarancji ubezpieczeniowej nie jest uregulowana przepisami, a ukształtowana głównie przez praktykę i znajduje oparcie przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych, przy czym istotne cechy ma zbieżne z cechami gwarancji bankowej (tzn. jest abstrakcyjna, nieakcesoryjna i losowa). Przede wszystkim zaś w obu typach gwarancji przeniesienie praw z nich wynikających może dotyczyć wyłącznie uprawnionego (beneficjenta), czyli zamawiającego. Oznacza to, że tylko zamawiający może dokonać cesji, co w żaden sposób nie może być interpretowane jako ograniczenie jego uprawnień z gwarancji, czy stworzenie ryzyka niepełnego zabezpieczenia roszczeń z gwarancji.

„Niepodleganie przeniesieniu na osoby trzecie” – w kontekście zabezpieczenia interesów prawnych zamawiającego wynikających z wniesionego wadium należy zatem odnosić tylko do sytuacji zmiany dłużnika (banku, ubezpieczyciela); zmiana dłużnika możliwa jest jednak wyłącznie albo z woli wierzyciela (umowa wierzyciela z osobą trzecią), albo za jego zgodą (zгода wierzyciela na zawarcie umowy dłużnika z osobą trzecią).

W obydwu przedstawionych powyżej sytuacjach wyłącznie od woli zamawiającego zależy, czy dojdzie do przeniesienia wadium w postaci cesji albo przejęcia długu. Tym samym niezależnie od tego, czy w treści gwarancji znajdzie się stosowna klauzula odnosząca się do „nieprzenoszalności wadium”, bez akceptacji zamawiającego nikt inny nie może się stać beneficjentem gwarancji (cesja wierzytelności) ani zobowiązanym z tytułu gwarancji (przejęcie długu).

W konsekwencji uznać należy, iż zamawiający bezzasadnie wykluczył wykonawcę – Konsorcjum Z. S.A. (lider), K.S.A., P. S.A., S. m.b.H., który przedłożył gwarancję ubezpieczeniową, w której treści nie została zamieszczona klauzula dotycząca „nieprzenoszalności na rzecz osób trzecich”. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia niniejszego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp z 5 listopada 2009 r., która weszła w życie 22 grudnia 2009 r. Pzp (obecnie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do ww. wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

W niniejszej sprawie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 3 września 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 63/10), wskazując, iż zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

## **Przykład 8 (KU/214/11)**

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zamieścił w treści pkt 12.2.2 ppkt g) SIWZ wymóg, aby gwarancja była sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i zawierała następujące elementy: m.in. „bezwzajemne i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego

- zawierające oświadczenie, iż wykonawca, który złożył ofertę w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, lub
- zawierające oświadczenie, iż wykonawca, którego ofertę wybrano:
  - odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub
  - nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
  - zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

W niniejszym postępowaniu dwaj wykonawcy, tj. P. Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: E. S.A., P. S.A., Przedsiębiorstwo Z. złożyli gwarancje wadialne wystawione przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. Treść zobowiązania w obu gwarancjach jest identyczna. Gwarant zobowiązuje się do wypłaty tytułem wadium kwoty 740 000,00 zł. Z treści gwarancji wynika, że gwarant podejmuje się „bezw warunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna **w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych**”. Z powyższego wynika, iż w treści gwarancji wadialnej nie ma zacytowanego warunku wypłacenia wadium wymaganego w pkt. 12.2.2 ppkt g) SIWZ.

Pismem z 14 października 2011 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty oraz poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert wykonawców P. Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: E. S.A., P. S.A., Przedsiębiorstwo Z. Jako podstawę prawną odrzucenia obu ofert zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z wykluczeniem ww. wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, ze względu na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert. Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający podnosi fakt niezawarcia w gwarancjach obu wykonawców zapisu wymaganego na podstawie pkt. 12.2.2 ppkt g) SIWZ, co powoduje, że w treści gwarancji nie zostały określone warunki zatrzymania wadium. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia ww. wykonawców podaje, że złożony przez nich dokument gwarancji nie zabezpiecza możliwości zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Następnie zamawiający podnosi, że gwarancja wadialna powinna precyzyjnie określać przypadki, w których beneficjent gwarancji jest uprawniony do skutecznego żądania zapłaty, a zapisy przedmiotowych gwarancji w połączeniu z powołaniem się na ustawę w brzmieniu z 29 stycznia 2004 r. powodują, że przedmiotowa gwarancja nie gwarantuje wypłaty wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, a tym samym gwarancja ta nie stanowi skutecznego zabezpieczenia wadium. W związku z powyższym zamawiający wykluczył ww. wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz odrzucił ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa, jaką treść powinna zawierać gwarancja wadialna. Treść gwarancji ubezpieczeniowej nie jest uregulowana przepisami, a ukształtowana głównie przez praktykę i znajduje oparcie przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych, przy czym istotne cechy ma zbieżne z cechami gwarancji bankowej (tzn. jest abstrakcyjna, nieakcesoryjna i losowa). Wadium powinno spełniać swoją funkcję, tj. zabezpieczać możliwość jego zatrzymania we wszystkich sytuacjach, o których mowa w art. 46 ustawy (zarówno w ustępie 4a, jak i 5 tego przepisu). Celem regulacji ustawowej instytucji wadium jest zapewnienie i zabezpieczenie uprawnień zamawiającego, poprzez groźbę przepadku wadium, w przypadku zaistnienia określonych w ww. przepisie działań lub zaniechań wykonawców. Zamawiający nie ma obowiązku powielania w SIWZ zapisów ustawy dotyczących form wnoszonego wadium czy też okoliczności jego zwrotu bądź zatrzymania. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie może także tworzyć własnych regulacji lub stawiać wymagań niezgodnych z postanowieniami ustawy w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza zaznacza, że również do obowiązków wykonawcy, powinna należeć dbałość o to, aby wnoszone przez nich wadium były zgodne z ustawą Pzp. Przejawem dbałości o zgodność wnoszonego wadium z ustawą jest m.in. dopilnowanie, aby z treści gwarancji wadialnej wynikało zobowiązanie gwaranta do zaspokojenia zamawiającego we wszystkich przypadkach przewidzianych ustawą. Zgodnie z wyrokiem KIO z 16 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 28/10 „Należy przyznać rację Odwołującemu, że dokument gwarancji **nie musi zawierać dosłownego odwzorowania zapisów ustawy**. Dopuszczalne jest na przykład **ogólne odesłanie w treści gwarancji do przepisów prawa zamówień publicznych**”.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W niniejszym postępowaniu ww. wykonawcy wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowych w wysokości i terminie wymaganym przez zamawiającego. Gwarancja odsyłała także do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. (a nie – **w brzmieniu** z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych), które określają przesłanki utraty wadium.

Zatem w niniejszym postępowaniu zapis umieszczony w przedmiotowych gwarancjach zabezpiecza interes zamawiającego i tym samym nie uzasadnia wykluczenia z postępowania P. Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: E. S.A., P. S.A., Przedsiębiorstwo Z., a w konsekwencji odrzucenia ich ofert. Przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania określa bowiem art. 24 ustawy Pzp (nie zaś postanowienia SIWZ) i przesłanki te nie zaistniały w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie ww. wykonawców z postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do ww. wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

W niniejszej sprawie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 3 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO/KU 105/11), wskazując, iż zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Izba stwierdziła, że niewątpliwym jest, iż gwarancja ubezpieczeniowa nie została stypizowana w przepisach prawa i stanowi specyficzną, ukształtowaną przez praktykę czynność ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych. Jest to zobowiązanie ubezpieczyciela (gwaranta), które polega na tym, że jeśli podmiot uprawniony (beneficjent gwarancji) spełni określone warunki zapłaty, ubezpieczyciel wykona świadczenie pieniężne na jego rzecz. Zobowiązanie ubezpieczyciela ma charakter jednostronnie zobowiązujący, zatem istotne jest, aby przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu w sposób niebudzący wątpliwości.

W niniejszym stanie faktycznym kwestionowane przez zamawiającego gwarancje zawierają zapis, że gwarant zobowiązuje się „bezw warunkowo i nieodwołalnie do wypłacenia zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”. Ustawa Pzp również nie określa, jaką treść powinna zawierać gwarancja wadialna. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji w pełnym zakresie wynikającym z ustawy nie była kwestionowana. W przeciwnym razie nie można bowiem uznać, że nastąpiło wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Pzp, przy czym dla uznania wadium za wniesione prawidłowo nie jest konieczne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 ustawy Pzp. Określenie warunków zapłaty z tytułu gwarancji jest bowiem możliwe poprzez opisanie sytuacji, w których

gwarant będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa te warunki określających, czy też poprzez lakoniczne wskazanie, że gwarant zapłaci na zasadach określonych we wskazanej ustawie. Kwestionowane gwarancje odsyłają w swej treści do zaistnienia sytuacji określonych „(...) w ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”. Zawierają więc generalną klauzulę wskazującą na możliwość zatrzymania wadium zgodnie z przepisami ustawy Pzp i jest to na tyle precyzyjne wskazanie tych sytuacji, poprzez odesłanie do przepisów konkretnie wskazanej ustawy, które pozwala na zaspokojenie się z przedłożonych gwarancji. A ponieważ przepisy ustawy Pzp nie zawierają obowiązku ścisłego cytowania tych właśnie przepisów dla uznania prawidłowości wniesienia wadium, nie jest koniecznym cytowanie wprost art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Dlatego też, biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym brak było jakichkolwiek podstaw do ich uwzględnienia.

### Przykład 9 (KU/60/11)

W wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że 21 marca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Pismem z 15 kwietnia 2011 r. Departament Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej Urzędu Zamówień Publicznych wezwał zamawiającego do złożenia wyjaśnień, czy zamawiający zwrócił wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza? W przypadku odpowiedzi twierdzącej, zamawiający miał nadesłać dokumenty potwierdzające zwrot wadium powyższym wykonawcom.

Następnie 18 kwietnia 2011 r. zamawiający dokonał zwrotu wadium wszystkim wykonawcom, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. 28 dni po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z treścią przepisu art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom **niezwłocznie** po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Zamawiający, dokonując zwrotu wadium powyższym wykonawcom w terminie 28 dni od daty poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty uchybił treści art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

# Udzielanie zamówień na usługi o charakterze niepriorytetowym w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1 a – przykłady naruszeń stwierdzonych w kontrolach przeprowadzonych przez Prezesa UZP

Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) w art. 2 pkt 10 zawiera legalną definicję usług. Zgodnie z treścią tego przepisu ilekroć w ustawie jest mowa o usługach – należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2 a ustawy (tj. usługami o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym). Nowelizacja ustawy z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy *Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, zwana „dużą nowelizacją”, wprowadziła nieznaczną modyfikację w legalnej definicji usług dotyczącą podziału usług na priorytetowe i niepriorytetowe, a polegającą na zastąpieniu dotychczasowego odesłania do załącznika II dyrektywy klasycznej<sup>59</sup> i załącznika XVII A i B dyrektywy sektorowej<sup>60</sup> delegacją ustawową dla Prezesa Rady Ministrów do wydania rozporządzenia w sprawie wykazu usług. Stosowne rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym weszło w życie 29 stycznia 2010 r.

W rozporządzeniu zamieszczono dwa załączniki zawierające wykaz usług. Załącznik nr 1 do niniejszego rozporządzenia zawiera wykaz usług o charakterze priorytetowym i powiela treść załącznika nr VI do dyrektywy klasycznej i dyrektywy sektorowej. Załącznik nr 2 zawiera wykaz usług o charakterze niepriorytetowym i powiela treść załącznika nr VII do ww. dyrektyw<sup>61</sup>. Są to usługi:

- 1) hotelarskie i restauracyjne,
- 2) transportu kolejowego,
- 3) transportu wodnego,
- 4) dodatkowe i pomocnicze usługi transportowe,
- 5) prawnicze,
- 6) rekrutacji i pozyskiwania personelu,
- 7) detektywistyczne i bezpieczeństwa, z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych,
- 8) edukacyjne i szkoleniowe,
- 9) społeczne i zdrowotne,
10. rekreacyjne, kulturalne i sportowe,
- 11) inne.

Podkreślenia wymaga, iż procedury udzielania zamówień publicznych znajdują pełne zastosowanie jedynie w odniesieniu do zamówień na usługi o charakterze priorytetowym. W odniesieniu do usług niepriorytetowych stosuje się natomiast złagodzony reżim prawny, a ich ww. katalog jest katalogiem otwartym, co oznacza, że złagodzony reżim prawny może być stosowany również do innych usług nienazwanych i nieoznaczonych określonymi kodami CPV.

<sup>59</sup> Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r.).

<sup>60</sup> Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r.).

<sup>61</sup> Na mocy art. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 3 pkt 2 i 3 *Rozporządzenia Komisji (WE) nr 213/2008 z 28 listopada 2007 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV*, w odniesieniu do dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE tabele przedstawione w załącznikach XVIIA, XVIIIB, IIA i IIB zastąpiono odpowiednio tekstem załącznika VI i VII do niniejszego rozporządzenia.



W odniesieniu do usług o charakterze niepriorytetowym na uwagę zasługuje fakt, iż wcześniej obowiązujące regulacje przewidywały łagodniejszy reżim udzielania zamówień na tego typu usługi. Obecnie złagodzony reżim prawny w stosunku do usług niepriorytetowych, zgodnie ze znowelizowanym art. 5 ust. 1 ustawy, przejawia się niestosowaniem do postępowań o udzielenie zamówienia, których przedmiotem są tego rodzaju usługi, wyłącznie przepisów dotyczących:

- terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert;
- obowiązku żądania wadium;
- obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy;
- przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.

Zmiany w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp ograniczyły możliwość udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki do obiektywnie uzasadnionych przypadków. Uzasadnieniem zmian w procedurze udzielania zamówień na wskazane wyżej usługi jest treść Komunikatu Komisji Europejskiej z 1 sierpnia 2006 r. dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02), w którym Komisja Europejska stwierdziła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są w szczególności usługi niepriorytetowe, powinny być zagwarantowane m.in. następujące zasady wynikające z traktatu UE: swobody przepływu towarów, prawa do przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, niedyskryminacyjnego i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania. Jak wynika z powyższego Komunikatu normy zaczerpnięte z traktatu WE mają zastosowanie wyłącznie do zamówień powiązanych z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego, czyli takich, których realizacją zainteresowane mogłyby być podmioty mające siedzibę w innych państwach członkowskich. W konsekwencji, zamówienia na świadczenie usług niepriorytetowych mających znaczenie dla rynku wewnętrznego, co do zasady powinny być przeprowadzane z zachowaniem zasad przejrzystości oraz uczciwej konkurencji. Możliwość zastosowania do tych usług zamówienia z wolnej ręki uzależniona została od wykazania okoliczności uzasadniających jego stosowanie.

Udzielenie zamówienia na usługi niepriorytetowe, co do zasady, powinno następować w trybach konkurencyjnych, w których ma miejsce publikacja ogłoszenia o zamówieniu. A zatem zamawiający ma swobodę w udzielaniu zamówień na tego typu usługi w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Podkreślenia wymaga, iż zastosowanie licytacji elektronicznej możliwe jest również powyżej progów unijnych<sup>62</sup>, a zatem niezależnie od wartości zamówienia.

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje również uprawnienie do zastosowania trybu m.in. **zamówienia z wolnej ręki**. Udzielenie zamówienia w tym trybie obwarowane jest zaistnieniem przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Interpretacja w zakresie stosowania powyższych przesłanek zawarta jest w *Wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę*, przyjętych 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów, dostępnych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Na mocy art. 5 ust. 1 a ustawy, w przypadku usług o charakterze niepriorytetowym, zamawiający może dodatkowo wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w **trybie zamówienia z wolnej**

<sup>62</sup> Zgodnie z rozporządzeniem Komisji nr 1150/2009 z 30.11.2009 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień dla usług, podobnie jak dostaw, od 01.01.2010 r. progi te, w zależności od rodzaju zamawiającego, wynoszą 125 000 euro i 193 000 euro.

**ręki** także w innych uzasadnionych przypadkach niż te enumeratywnie wymienione w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Sformułowanie „uzasadniony przypadek”, o którym jest mowa w omawianym przepisie, ma miejsce wtedy, gdy zastosowanie negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki będzie oparte na obiektywnych racjach oraz poparte argumentami i dowodami uzasadniającymi takie postępowanie zamawiającego. Wynika z tego, że **zamawiający nie może powoływać się na subiektywne przekonania**, twierdzenia niepoparte dowodami, jak również na okoliczności, które zostały spowodowane jego własnym działaniem.

Należy zaznaczyć, że uzasadnienie wyboru trybu niekonkurencyjnego należy uznać za wystarczające nie wtedy, gdy zamawiający udowodni istnienie korzyści wynikających z zastosowania trybu bez ogłoszenia, lecz gdy uprawdopodobni, że zastosowanie innego trybu tworzy możliwość powstania skutków niekorzystnych, jest niecelowe, trudne czy wręcz niemożliwe do przeprowadzenia. Sformułowanie ustawy „mogłoby” pozwala na rezygnację z innych trybów, gdy zamawiający wykaże podstawy do przypuszczeń, że konsekwencją zastosowania takich trybów byłyby okoliczności wskazywane w art. 5 ust. 1a pkt 1–4 ustawy Pzp. Uprawdopodobniona możliwość ich powstania jest wystarczającym powodem do stosowania trybów negocjacyjnych. Ponadto niezbędne jest wykazanie nie tylko celowości odstąpienia od trybów podstawowych (trybu przetargu nieograniczonego oraz ograniczonego), ale również od negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i licytacji elektronicznej, a także niemożności zastosowania trybu zapytania o cenę.

Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, określone w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp nie stanowią zamkniętego katalogu, o czym świadczy sformułowanie „w szczególności” użyte we wskazanym przepisie. Takie też stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 kwietnia 2010 r., wskazując, że „użycie przez ustawodawcę w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp zwrotu „w szczególności” pozwala w ramach wykładni literalnej uznać, iż katalog okoliczności skutkujących możliwością odstąpienia od stosowania trybów konkurencyjnych nie jest katalogiem zamkniętym (...)”<sup>63</sup> Nie oznacza to jednak, że zamawiającemu pozostawiona jest całkowita dowolność w tym względzie.

Pomimo otwartego charakteru ww. przesłanek pamiętać należy, iż niedopuszczalne jest stosowanie w tym zakresie wykładni rozszerzającej, a zatem powinny być one interpretowane w sposób ścisły. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza, „wykładnia przywołanego przepisu art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, łącznie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w sposób obiektywny będzie w stanie uzasadnić w szczególności, że nie ma możliwości udzielenia danego zamówienia w innym trybie niż tryby przetargowe oraz tryb negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej, a także – jak się wydaje – zapytania o cenę, a ewentualne udzielenie zamówienia w tych trybach będzie wywoływało określone, negatywne de facto skutki dla zamawiającego. Te negatywne skutki wskazane przez ustawodawcę w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp odnoszą się do sytuacji związanych ze swego rodzaju okolicznościami wiążącymi się z zasadami gospodarności, finansów publicznych i interesem gospodarczym czy też publicznym. Nakładają one nacisk na celowość, oszczędność i efektywność wydatków, ich terminowość czy też terminowość realizacji zadań i ewentualnych strat co do mienia publicznego. W tym zatem tylko kontekście – w ocenie Izby – można traktować otwartość katalogu przesłanek uzasadniających stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki”<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 kwietnia 2010 r., sygn. akt. KIO 516/10.

<sup>64</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 13 maja 2011 r., sygn. KIO /KD 37/11.

Katalog okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, określony w art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp, posługuje się sformułowaniem: „co najmniej jedną z następujących okoliczności”, co oznacza, iż zamawiający, udzielając zamówienia w oparciu o ww. przepis, powinien wykazać, iż przynajmniej jeden ze skutków zastosowania innego trybu niż zamówienie z wolnej ręki wystąpi i będzie stanowił zagrożenie dla realizacji zamówienia, dokonywanych wydatków, strat w mieniu publicznym czy też terminowości wykonania zadań.

Możliwość skorzystania przez zamawiającego z uprawnień, jakie przyznaje art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp, została uzależniona od zaistnienia szczególnych okoliczności powodujących, iż skorzystanie z trybów zapewniających konkurencyjność byłoby z pewnych względów mniej korzystne od udzielenia zamówienia w trybie szczególnym bądź w niektórych przypadkach nadmiernie utrudnione. Zamawiający przed wszczęciem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki zobowiązany jest wykazać okoliczności uzasadniające dokonany wybór oraz udokumentować motywy takiego działania. Podstawą do udzielenia zamówienia na usługi niepriorytetowe w tym trybie mogą być okoliczności bezpośrednio wskazane w tym przepisie, jak również inne uzasadnione przesłanki.

## **NARUSZENIE NR 1 – UZP/KN/6/11**

Zamawiający wszczął 21 kwietnia 2010 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Obsługa prawna jednostki*”. Przedmiot zamówienia obejmuje dwie usługi – świadczenie ogólnej obsługi prawnej W oraz kontrolę zamówień publicznych w ramach POIiŚ u beneficjentów Programu. Na obydwie usługi została zawarta jedna umowa z Kancelarią Radców Prawnych X.

Uzasadniając tryb wyboru zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie ogólnej obsługi prawnej W, zamawiający podniósł argument dotyczący konieczności szybkiego i efektywnego przeprowadzenia zmian organizacyjno-prawnych w związku ze zmianą statusu prawnego jednostki. Cel ten można było osiągnąć – według zamawiającego – jedynie poprzez powierzenie obsługi prawnej kancelarii dotychczas współpracującej z W, mającej doświadczenie w obsłudze jednostek sektora finansów publicznych i wiedzę na temat organizacji samego W, jedynej takiej jednostki sektora finansów publicznych w województwie.

Natomiast odnosząc się do obsługi prawnej z zakresu kontroli zamówień publicznych, głównym argumentem zamawiającego przemawiającym za udzieleniem zamówienia wybranej kancelarii był fakt niewywiązania się prawidłowo z takiej obsługi przez inną kancelarię dotychczas współpracującą z W, a jednocześnie zaistniałe trudności z obsadzeniem stanowiska pracy związanego z kontrolą zamówień publicznych.

Zamawiający w swoich wyjaśnieniach podał, że zastosowanie trybu otwartego na konkurencję „uniemożliwiłoby realizację zamierzonych przez zamawiającego celów”. Z całokształtu wyjaśnień można wywnioskować, że zamawiający posiada tak duże doświadczenie w zakresie współpracy z kancelariami prawniczymi oraz rozpoznanie w jakości i cenach oferowanych przez nie usług, iż może z całym przekonaniem stwierdzić, że zastosowanie trybu konkurencyjnego nie dałoby lepszych rezultatów niż jego własny wybór odpowiedniego wykonawcy.

Powyższy pogląd nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp, zasadach zamówień publicznych czy dyrektywach wspólnotowych.

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *obsługę prawną jednostki*, prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie wykazał, że w niniejszej sprawie zostały spełnione przesłanki uzasadniające zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że zamawiający konsekwentnie w swoich wyjaśnieniach skupia się na uzasadnieniu wyboru zamówienia z wolnej ręki poprzez udowodnienie spełnienia przesłanek zawartych w art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Nie odnosi się natomiast wprost do niecelowości trybów poprzedzonych publicznym ogłoszeniem. Zamawiający podtrzymał w przesłanych do Prezesa Urzędu wyjaśnieniach swoje stanowisko, że „główną przesłanką dla zastosowania trybu z wolnej ręki były względy celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, czego jak się wydaje Zamawiający nie mógłby w pełni osiągnąć, stosując tryb konkurencyjny”. Nie zostało jednak udowodnione skutecznie, że zastosowanie trybu konkurencyjnego, nawet w uproszczonej procedurze wynikającej z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, spowodowałoby wystąpienie okoliczności wskazanych w art. 5 ust. 1a pkt 1–4 ustawy Pzp.

Ustosunkowując się do wykazania przez zamawiającego spełnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, zarówno w zakresie ogólnej obsługi prawnej, jak i kontroli zamówień publicznych, należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu nie jest możliwa jednoznaczna i definitywna ocena, jakoby nie dało się znaleźć żadnej kancelarii prawniczej poza wybraną przez zamawiającego, która byłaby kompetentna jednocześnie w dziedzinie kontroli zamówień publicznych i obsługi prawnej jednostki sektora finansów publicznych. Tylko takie stwierdzenie uzasadniałoby w pełni tryb zastosowany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Nie jest możliwe takie stwierdzenie bez uprzedniego zastosowania trybu konkurencyjnego, który pozwala na zapoznanie się z ofertami wielu podmiotów i tym samym wybór najkorzystniejszej z punktu widzenia zamawiającego oferty.

Ponadto usługi prawnicze z dziedziny zamówień publicznych czy obsługa prawna jednostek sektora finansów publicznych nie stanowią wyjątkowo specyficznej materii, dlatego nie można subiektywnie i z góry założyć, że żaden inny podmiot, poza świadczącym usługi dotychczas, nie podoła zawilej – według zamawiającego – dziedzinie. Szczególnie, że w przypadku publicznego ogłoszenia mogłyby zgłosić się podmioty ze znacznie większego obszaru niż miejscowość właściwa dla zamawiającego, jak to miało miejsce przy nieformalnych zapytaniach o cenę.

Zamawiający podniósł również argument konieczności terminowej realizacji zadań. Jednym z podstawowych warunków zastosowania art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy jest wykazanie, że krótkie terminy realizacji zadań zostały narzucone zamawiającemu bez jego winy. Należy jednak w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy przy zastosowaniu trybów konkurencyjnych zamawiający może zastosować wszystkie dopuszczone przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe uproszczenia proceduralne, dotyczące m.in.:

- skrócenia terminów składania wniosków albo ofert;
- braku obowiązku żądania dokumentów;
- uchylecia zakazu posługiwania się kryteriami oceny ofert dotyczącymi właściwości wykonawcy.

Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi niepriorytetowe prowadzone w trybie konkurencyjnym może zostać znacząco skrócone i tym samym umożliwić terminową realizację zadań.

Ponadto zamawiający musiał mieć wiedzę o przewidywanej nowelizacji ustawy o finansach publicznych, która spowoduje konieczność zmian organizacyjno-prawnych jednostki, jak również wiedział o kończącym się terminie trwania umowy na obsługę prawną. Trudno więc uznać za zasadny argument o potrzebie terminowej realizacji zadań, który powstał bez winy zamawiającego.

Za nieprawidłową należy także uznać argumentację zamawiającego, że zasadne było dokonanie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, ponieważ współpraca z innym podmiotem nie spełniła oczekiwań zamawiającego. Nie można *a priori* założyć, że wykonawca inny niż preferowany przez zamawiającego nie spełni oczekiwań tylko dlatego, że poprzednio wybrana (również w trybie niekonkurencyjnym i tylko na podstawie kryterium ceny) kancelaria nie wywiązała się z zadania powierzonego przez zamawiającego.

Należy odrzucić argument zamawiającego, zgodnie z którym nie zastosował on otwartego trybu na udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ obawiał się wykorzystania przez wykonawców potencjału podmiotów trzecich, a w konsekwencji braku możliwości zweryfikowania faktycznego doświadczenia i wiedzy podmiotu, który realizowałby zamówienie. W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na potencjał, doświadczenie i sytuację finansową innego podmiotu (z wyłączeniem sytuacji ekonomicznej) 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. 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. 2b 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.

Ustawodawca, wprowadzając art. 26 ust. 2b do ustawy Pzp miał na celu zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego poprzez stworzenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawcom, którzy sami nie posiadają wystarczającego potencjału do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a mają możliwość wykorzystania przy realizacji zamówienia potencjału swoich partnerów gospodarczych.

Jak wynika z powyższego, obawy zamawiającego przed ewentualnym wyborem wykonawcy, który nie posiadałby właściwych kompetencji, a posłużył się potencjałem innego podmiotu w celu wygrania przetargu, były nieuzasadnione. Wybrany wykonawca musiałby wykazać, że faktycznie będzie dysponował doświadczeniem i wiedzą podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia. Ponadto niedopuszczalne jest, aby zamawiający w celu ominięcia niektórych przepisów ustawy Pzp stosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

Reasumując, tryb zamówienia z wolnej ręki, jako tryb niekonkurencyjny, powinien być stosowany ze szczególną rozważą, wyłącznie w sytuacjach spełniających przesłanki ustawowe, gdy jednocześnie niecelowe czy znacząco utrudnione byłoby przeprowadzenie postępowania poprzedzonego ogłoszeniem. W przedmiotowej sprawie zamawiający polegał na subiektywnym przekonaniu, że tylko jeden podmiot jest w stanie efektywnie zrealizować cel postępowania. Nie wykazał zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 5 ust. 1a pkt 1 i pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki stanowi naruszenie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp.

## **NARUSZENIE NR 2 – UZP/KN/14/11**

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Organizacja imprezy kulturalnej w S.”* zostało wszczęte w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 66 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki zostało wszczęte w oparciu o przesłankę z art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, tj. że zastosowanie innego niż wolna ręka lub negocjacje bez ogłoszenia trybu postępowania mogłyby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków. Zamawiający w piśmie z 15 marca 2011 r. wskazał, że jego zdaniem zasady te mogłyby zostać naruszone w następujący sposób:

- w przypadku zastosowania konkurencyjnego trybu postępowania, wyłoniony wykonawca mógłby nie spełnić założonych celów projektu poprzez nieznaną historię, kultury i dziedzictwa regionu, przez co działania przez niego podjęte mogłyby nie wypełnić należycie przedmiotu umowy;
- nieznaną specyfikę regionu mogłyby skutkować niewypełnieniem założeń o wyeksponowaniu i promowaniu cech regionu;
- nieznaną specyfikę lokalnej branży gastronomicznej (trudna współpraca) mogłyby spowodować wadliwe przeprowadzenie konkursu kulinarnego, który jest niezbędnym elementem każdego takiego święta;
- specyfika przedsięwzięcia wymaga dla osiągnięcia zamierzonego efektu precyzyjnych ustaleń przedmiotu umowy, które są możliwe podczas przeprowadzonych negocjacji z wykonawcą.

Dodatkowo, zdaniem zamawiającego, w przypadku przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym mogłyby dojść do naruszenia ww. zasad w kwestii oszczędności, ponieważ wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca być może zaproponowałby niższą cenę, jednakże kosztem zachowania zasady celowości i efektywności. Ponadto zamawiający wskazał, że dodatkową przesłanką zastosowania trybu z wolnej ręki była obawa przed nieterminowością wykonania zamówienia z uwagi na podpisaną umowę w ramach projektu z Instytucją Zarządzającą oraz harmonogramu realizacji projektu, gdyż 7 sierpnia 2010 r. był dniem wpisanym w kalendarium wydarzeń nie tylko miejskich, ale i o zasięgu wojewódzkim. Obawa ta dotyczyła zachowania terminów przewidzianych ustawą dla innych trybów udzielania zamówień, zapytań, odwołań itp. A także obawa przed niewywiązaniem się „nieznanego” wykonawcy z umowy w terminie.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, co następuje. Z analizy dokumentacji niniejszego postępowania wynika, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełniona byłaby przesłanka wymieniona w art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, tj. w szczególności należy zauważyć, iż zamawiający nie wykazał, iż w razie udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym doszłoby do naruszenia zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków. Przede wszystkim nie przekonuje argument zamawiającego, jakoby właściwie przedmiotowe zamówienie była w stanie wykonać tylko firma działająca na rynku lokalnym. Przedmiot niniejszego zamówienia nie ma charakteru specyficznego, nie obejmuje również dziedziny, w której wymagana byłaby specjalistyczna wiedza. W ocenie Prezesa Urzędu wątpliwe jest, jakoby wykonawca inny niż lokalny nie posiadał znajomości historii, kultury i dziedzictwa regionu w stopniu pozwalającym mu na właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, że w sytuacji zamieszczenia odpowiedniego opisu przedmiotu zamówienia, wraz ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego, każdy wykonawca profesjonalnie zajmujący się organizacją tego rodzaju imprez byłby w stanie wykonać właściwie przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc się do argumentu o specyfice branży gastronomicznej, wskazać należy, że z załącznika nr 1 do wniosku o wszczęcie postępowania o niniejsze zamówienie publiczne wynika, że Zamawiający wystosował zapytanie ofertowe do trzech różnych wykonawców: X.pl, Agencji K., Agencji Produkcyjno-Reklamowej A. Każdy z trzech potencjalnych wykonawców, wśród których zamawiający zrobił rozeznanie, był w stanie przeprowadzić konkurs kulinarny wśród zakładów gastronomicznych województwa warmińsko-mazurskiego. Zamawiający nie wykazał w tym zakresie istnienia żadnych specyficznych cech, którymi rządziłaby się branża gastronomiczna na terenie województwa warmińsko-mazurskiego, a które uniemożliwiłyby wykonawcom spoza regionu właściwe przeprowadzenie konkursu kulinarnego.

Co do obaw zamawiającego dotyczących ewentualnego niedochowania przez potencjalnego wykonawcę terminu wskazanego w harmonogramie realizacji projektu w przypadku zdecydowania się na przeprowadzenie niniejszego postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych, wskazać należy, że przedmiotowa usługa – jak sam zamawiający zauważył – mieści się w katalogu usług o charakterze niepriorytetowym. Oznacza to, że zamawiający na podstawie art. 5 ust. 1 był uprawniony do niestosowania przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania

kryteriów oceny ofert na postawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Powyższe stanowi duże ułatwienie dla terminowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem pożądanego terminu. Ponadto zamawiający wszczął niniejsze postępowanie 18 czerwca 2010 r. (data przekazania zaproszenia do negocjacji), natomiast aneks do umowy o dofinansowanie został zawarty 28 czerwca 2010 r. (10 dni po wszczęciu przedmiotowego postępowania). Nie było więc przeszkód do wszczęcia niniejszego postępowania przed podpisaniem umowy o dofinansowanie. Obawa zamawiającego związana z możliwością niedochowania terminów przez innych wykonawców nie ma zatem charakteru obiektywnego. Należy zwrócić uwagę, że w wyroku NSA z 11 września 2000 r. (sygn. akt II A SA 2074/00) oraz wyroku SN z 6 lipca 2001 r. (sygn. akt III RN 16/01) wskazano, iż nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że szacując wartość przedmiotu niniejszego zamówienia, zamawiający zwrócił się do trzech wykonawców na terenie województwa z zapytaniem w sprawie zorganizowania przedmiotowej imprezy kulturalnej. Oznacza to, że na rynku istnieje wiele podmiotów, które potencjalnie są zdolne do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Wskazać należy, że w sytuacji, gdy dany podmiot profesjonalnie zajmuje się tego rodzaju działalnością, potrafi zorganizować każdą imprezę kulturalną, a znajomość specyfiki danego regionu nie powinna stanowić dla niego przeszkody.

Reasumując, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki.

# Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podst. art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – przykłady naruszeń stwierdzonych w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP

Ustawa Prawo zamówień publicznych, oprócz trybów podstawowych (przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony), przewiduje także możliwość przeprowadzenia postępowania w innych trybach, w tym trybie z wolnej ręki.

Mając na uwadze, 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<sup>65</sup>.

Warunkiem udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest wystąpienie co najmniej jednej z okoliczności wymienionych w art. 67 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych<sup>66</sup> (dalej ustawa Pzp).

Interpretacja w zakresie stosowania powyższych przesłanek zawarta została w *Wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, opracowanych zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej przyjętymi przez Komitet Rady Ministrów 18 listopada 2010 r.*, które dostępne są na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych <http://www.uzp.gov.pl/>.

Jedną z takich przesłanek zezwalających na zastosowanie trybu z wolnej ręki jest okoliczność wymieniona w **art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp**. Zgodnie z tym przepisem zamawiający udziela w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Zamawiający może zatem udzielić zamówień uzupełniających w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp:

- w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego – przy czym za moment udzielenia zamówienia podstawowego należy uznać **podpisanie umowy** z danym wykonawcą, a nie zakończenie realizacji zamówienia podstawowego<sup>67</sup>. Okres trzech lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego to okres liczony od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (zamówienia podstawowego), do dnia udzielenia ostatniego zamówienia uzupełniającego, a nie do dnia, w którym zostało wykonane ostatnie zamówienie uzupełniające. Zamówienia uzupełniające mogą być wykonywane przez okres dłuższy niż 3 lata, licząc od dnia udzielenia zamówienia, jeżeli zostały udzielone przed upływem tego terminu,
- dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych,

<sup>65</sup> Orzeczenie ETS z 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13 oraz Orzeczenie ETS z 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-28/01 Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III EN 16/01, wyrok NSA z 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01.

<sup>66</sup> Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.

<sup>67</sup> Orzeczenie ETS z 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. I – 08121).



- stanowiących maksymalnie 50% wartości zamówienia podstawowego, czyli **szacunkowej wartości zamówienia podstawowego – netto**<sup>68</sup> (inaczej niż w przypadku zamówień dodatkowych gdzie mowa jest o wartości realizowanego zamówienia – czyli wynagrodzenia określonego w umowie). Zamówienia uzupełniające muszą być przewidziane już na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia do zamówienia podstawowego. W przypadku postępowania z ofertami częściowymi (art. 83 ust. 2 ustawy Pzp) zamówieniem podstawowym, od którego należy obliczać wartość zamówienia uzupełniającego, jest każda z części zamówienia, na którą można złożyć ofertę częściową,
- polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju robót budowlanych lub usług co zamówienie podstawowe, zamówienia uzupełniające muszą zaliczać się do tego samego rodzaju co podstawowe,
- jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego<sup>69</sup>.

**Reasumując, z zamówieniem uzupełniającym określonym w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp mamy do czynienia wówczas, gdy zamawiający, planując udzielić zamówienia podstawowego w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, przewiduje możliwość wystąpienia konieczności wykonania robót lub usług wykraczających poza zakres zamówienia podstawowego, a przyszłe zamówienia mają polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówienia.**

Poniżej wymienione zostały przykładowe naruszenia wykazane w toku kontroli postępowań o udzielenie zamówień wszczętych w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

## Przykład nr 1

Przedmiotem kontroli było postępowanie na wykonanie robót budowlanych uzupełniających inwestycji pn. „Budowa wielofunkcyjnej hali sportowo-widowiskowej”.

Zamawiający udzielił zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie II i III etapu robót budowlanych inwestycji pn. „Budowa wielofunkcyjnej hali sportowo-widowiskowej” (zamówienie podstawowe). Specyfikacja istotnych warunków zamówienia podstawowego przewidywała możliwość udzielenia dalszych zamówień (wyłączonych z zamówienia podstawowego), których przedmiotem były roboty budowlane w zakresie instalacji sanitarnych i elektrycznych niskoprądowych w budynku hali wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi. Wyżej wymienione zakresy robót zamawiający zamierzał zlecić do wykonania w ramach oddzielnie prowadzonych postępowań wielopreżmiotowych, tj.:

- 1) roboty w zakresie instalacji niskoprądowych objęte były postępowaniem prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego,
- 2) roboty związane z instalacjami gospodarki ciepła i chłodu oraz wentylacji i klimatyzacji były przedmiotem negocjacji z ogłoszeniem, na udzielenie koncesji na roboty budowlane.

Obydwa ww. postępowania zostały unieważnione z powodu wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

<sup>68</sup> Zgodnie z art. 32 ustawy Pzp – podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

<sup>69</sup> Wzór ogłoszenia o zamówieniu stanowi załącznik nr 1 do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69). Zgodnie z rozporządzeniem, informacje o tym, czy przewiduje się udzielenie zamówień uzupełniających i określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówień uzupełniających zamieszcza się w sekcji II ogłoszenia „Przedmiot zamówienia”, w pkt II.1.4.

Następnie zamawiający podjął decyzję o wszczęciu postępowania na powyższe przedmioty zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tym samym traktując je jak zamówienia uzupełniające, pomimo określenia w specyfikacji, że ww. grupy robót przeznaczone były do wykonania przez innych wykonawców, a nie przez wykonawcę zamówienia podstawowego. Co więcej, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia był zapis wskazujący na następujące okoliczności udzielenia zamówień uzupełniających:

- wystąpienia kolizji z dotychczasowym uzbrojeniem,
- wystąpienia nieprzewidzianych warunków gruntowo-wodnych,
- wystąpienia konieczności wprowadzenia zmian projektowych,
- wprowadzenie korekt rozwiązań zamiennych (materiałów użytkowych lub wyposażenia),
- uwzględnienie wniosków przyszłego użytkownika obiektu,
- wystąpienia innych usług i robót niewymienionych w przedmiocie zamówienia.

Okoliczności wymienione w powyższym zapisie są sprzeczne z przesłankami udzielenia robót uzupełniających określonymi w art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp ( okoliczności nie wskazują na przewidzianą przez zamawiającego wolę powtórzenia tego samego rodzaju zamówień, co w zamówieniu podstawowym, co więcej podkreślają nieprzewidywalność „zamówień uzupełniających”). Nieprzewidywalne i niezawinione przez zamawiającego mogą być zamówienia dodatkowe, zamówienia uzupełniające z samej swojej istoty muszą zostać określone już na etapie przygotowania zamówienia podstawowego.

#### **Podsumowując:**

- **roboty wyłączone z zamówienia podstawowego i planowane do udzielenia innym wykonawcom, niż wykonawca zamówienia podstawowego nie mogą zostać uznane jako roboty uzupełniające,**
- **za roboty uzupełniające nie mogą również zostać uznane roboty nieprzewidziane w siwz zamówienia podstawowego,**
- **zamawiający nie dość, że nie wyraził w siwz woli powtórzenia tego samego rodzaju zamówień, co w zamówieniu podstawowym, to dodatkowo podkreślił „nieprzewidywalność” zamówień uzupełniających, myląc tym samym zamówienie uzupełniające z dodatkowym.**

## **Przykład nr 2**

Przedmiotem kontroli było postępowanie na wykonanie robót budowlanych uzupełniających inwestycji pn. „Budowa chodnika i ogrodzenia przy Zespole Szkół w gminie Y”.

Zamawiający udzielił zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych inwestycji pn. „Modernizacja drogi gminnej przy ul. X w gminie Y oraz budowę ciągu pieszego przy Zespole Szkół w gminie Y” (zamówienie podstawowe). Przedmiotem zamówienia wszczętego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 była budowa chodnika z kostki brukowej oraz ogrodzenia przy Zespole Szkół, który zgodnie z przedmiarem robót, obejmował:

- 1) przygotowanie terenu pod ogrodzenie (demontaż istniejącego ogrodzenia, usunięcie ziemi urodzajnej o gr. 15 cm, wywóz ziemi samochodami samowyładowawczymi na odległość do 1 km),
- 2) wykonanie nowego ogrodzenia (ogrodzenie z paneli ogrodzeniowych wys. 1,63 m na słupkach ogrodzeniowych 60 x 40 wys. 2,20 m, montaż bramy uchylnej 6400 x 1600, montaż bramy uchylnej 5000 x 1600, montaż furtki),
- 3) wykonanie chodników z kostki brukowej (podbudowa wykonana ręcznie z gruntu stabilizowanego cementem, podbudowa z kruszywa łamanego, obrzeża betonowe o wymiarach 20 x 6 na podsypce piaskowej, nawierzchnia z kostki brukowej betonowej grubości 6 cm na podsypce piaskowej, bariery ochronne stalowe o masie 24,000 kg/m).

Zamówienie podstawowe na „Modernizację drogi gminnej w Y przy ul. X oraz budowę ciągu pieszego przy Zespole Szkół obejmowało swym zakresem wykonanie:

- 1) ciągu pieszego przy Zespole Szkół (roboty ziemne, nawierzchnie z asfaltobetonu, chodnik z kostki brukowej),
- 2) modernizacja drogi gminnej w gminie Y przy ul. X (roboty ziemne, roboty rozbiórkowe, modernizacja istniejącej ulicy o nawierzchni z asfaltobetonu + parking, chodnik, przepust).

Biorąc pod uwagę zakres świadczeń przewidziany w obu ww. postępowaniach, należy uznać, że ich charakter jest zasadniczo odmienny. Głównym elementem zamówienia uzupełniającego było wykonanie ogrodzenia, nieprzewidzianego w zakresie prac zadania podstawowego. Jedynie część zamówienia uzupełniającego, tj. budowa chodnika o wartości 11% całego zamówienia stanowiła pracę tożsamą z zamówieniem podstawowym. W związku z powyższym należy uznać, że przedmiotowe zamówienie rodzajowo nie polega na powtórzeniu tego samego zamówienia i w związku z tym nie może być traktowane jako zamówienie uzupełniające. Podobne stanowisko zostało wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która uznała, że zgodnie z art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp w zakres zamówień uzupełniających mogą wchodzić jedynie zamówienia tego samego rodzaju, co zamówienie podstawowe, a warunkiem możliwości ich udzielenia jest m.in. zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego<sup>70</sup>.

#### **Podsumowując:**

- **przedmiotowe zamówienie było rodzajowo odmienne od robót przewidzianych w siwz zamówienia podstawowego,**
- **za roboty uzupełniające nie mogą również zostać uznane roboty nieprzewidziane w siwz zamówienia podstawowego.**

### **Przykład nr 3**

Przedmiotem kontroli było postępowanie na wykonanie usługi pn. „Wykonanie systemu biletowego oraz systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych”.

Zamawiający udzielił zamówienia podstawowego w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie robót budowlanych inwestycji pn. „Drugi etap robót budowlanych dotyczących budowy stadionu piłkarskiego w X” (zamówienie podstawowe). Zamawiający przewidział w pkt XV.3 siwz zamówienia podstawowego możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, w zakresie wykonania systemów teletechnicznych, elektronicznych, telekomunikacyjnych i teleinformatycznych dotyczących przedmiotu zamówienia.

Zamówienie podstawowe obejmowało swym zakresem wykonanie budowli nadziemnych, konstrukcji dachowej, oświetlenia terenu, budowy urządzeń melioracyjnych, instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, tryskaczowych, grzewczych, technologii kuchni, instalowaniu wind, przeciwpożarowej, instalacjach teletechnicznych w zakresie systemów automatyki BMS i dźwiękowego systemu ostrzegawczego (DSO) oraz kanalizacji teletechnicznej. Zamawiający nie przewidział jednak w siwz zamówienia podstawowego realizacji systemów biletowych z obsługą wsparcia płatności bezgotówkowej.

Zamawiający, uzasadniając wybór trybu zamówienia z wolnej ręki, wskazał na prace wykonywane przez Wykonawcę w ramach zamówienia podstawowego, obejmujące wykonanie systemów teletechnicznych, elektronicznych, telekomunikacyjnych i teleinformatycznych. Jako szczegółowe pozycje wskazano następujące pozycje kosztorysu:

- 04.11 **Instalacje stałoprądowe przeciwpożarowe;** system sygnalizacji pożaru SSP wraz z systemami oddymiania i napowietrzania grawitacyjnego,

<sup>70</sup> Wyrok KIO z 8 czerwca 2009 r. sygn. akt 674/09.

- 04.15 **Instalacja Automatyki BMS**; system automatyki BMS (system cyfrowy zbudowany na bazie centralnego systemu komputerowego, bazujący na otwartych protokołach oraz standardach IP, wykonany w oparciu o technologię LonWorks; obejmuje m.in. automatykę sterowania oraz monitoring central wentylacyjnych, wentylatorów wyciągowych, wentylatorów pożarowych, maszynowni chłodu, węzła cieplnego, ogrzewania podłogowego, klimakonwektorów, oświetlenia, instalacji elektrycznych),
- 05.01 **Dźwiękowy system ostrzegawczy** zintegrowany z systemem nagłośnienia ogólnego oraz
- 06.02.02a **Kanalizacja teletechniczna.**

Zamówienie wszczęte w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 dotyczyło wyłącznie instalacji wskazanych systemów teleinformatycznych na budowanym Stadionie Piłkarskim w X i polegało na wykonaniu:

- 1) systemu biletowego, będącego jednym z systemów teletechnicznych niezbędnych do sprawnego funkcjonowania stadionu piłkarskiego,
- 2) teleinformatycznego systemu wsparcia sprzedaży bezgotówkowej.

Zamawiający uznał, że skoro przy wykonywaniu zamówienia uzupełniającego będzie realizował systemy w tych samych branżach, co przewidziane w zamówieniu podstawowym, to zlecane roboty w ramach zamówienia uzupełniającego są rodzajowo zbieżne z zakresem zamówienia podstawowego.

Analizując poszczególne elementy ww. pozycji w przekazanym przez zamawiającego rozliczeniu, przedstawiającym wykonany zakres prac i finansowe zaawansowanie robót, wskazać należy, że obejmowały one następujący zakres:

- Instalacje stałoprądowe przeciwpożarowe (SSP): dostawa rur winidurowych, przewodów kabelkowych oraz kabla, dostawa modułowej centrali alarmowej, prace montażowe: czujek oraz gniazd pożarowych, ręcznych ostrzegaczy pożaru, modułu we/wy oraz innych urządzeń, przygotowanie i testowanie oprogramowania SSP;
- Instalacja Automatyki BMS: montaż i okablowanie aparatury obiektowej, podłączenie pomp obiegowych, dostawa szaf i tablic pomiarowych regulacyjnych i sterowniczych, pomiary instalacji elektrycznych oraz wykonanie rysunków warsztatowych;
- Dźwiękowy system ostrzegawczy: dostawa kabla oraz przewodów kabelkowych, montaż uchwyty kablowych, instalacja urządzeń wzmacniających i zasilających DSO, głośników DSO, mikrofonu strażaka oraz uruchomienie instalacji DSO;
- Kanalizacja teletechniczna: budowa studni kablowych, wyprowadzenie instalacji ze studni kablowych oraz ułożenie kanalizacji kablowej.

Zgodnie z umową zawartą w wyniku przeprowadzonego postępowania w trybie z wolnej ręki oraz załącznika nr 2 do tegoż aktu umowy, zatytułowanego „Wykaz materiałów i urządzeń płatnych po dostarczeniu na Plac Budowy”, całość wynagrodzenia należnego wykonawcy obejmowała dostarczenie wymienionych w ww. załączniku materiałów i urządzeń:

- 1) w ramach systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych:
  - sprzęt komputerowy firmy Hewlett-Packard wraz z oprogramowaniem oraz licencjami niezbędnymi do ich uruchomienia w ramach systemu;
  - interfejs dla aplikacji bezgotówkowej sprzedaży wraz z 3-letnią gwarancją,
  - 145 sztuk terminali dla punktów sprzedaży WS 4 LX firmy Micros Systems Inc.
- 2) w ramach systemu biletowego:
  - montaż czytników TRI-READER (TR-120) firmy Fortress GB Ltd. oraz sprzętu wspomagającego na bramkach;
  - system SMART STADIUM firmy Fortress GB Ltd. wraz z oprogramowaniem towarzyszącym;
  - serwer bramek wraz z oprogramowaniem towarzyszącym;

- licencja na system sprzedaży biletów SRO firmy TOPTIX Ltd. wraz z oprogramowaniem oraz sprzętem towarzyszącym.

Porównanie zakresu przedmiotowego zamówienia podstawowego oraz zamówienia, którego dotyczyło zawiadomienie powoduje, iż nie sposób potraktować zakresu przedmiotowego zamówienia uzupełniającego za rodzajowo tożsame z robotami przewidzianymi w ramach zamówienia podstawowego. Biorąc pod uwagę zakres świadczeń przewidziany w obu ww. postępowaniach, wynikający także z ich rozliczeń, należy uznać, iż ich charakter jest zasadniczo odmienny. Zamawiający nie wykazał, że wszystkie prace objęte zamówieniem uzupełniającym polegały na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, co zamówienie podstawowe.

O tożsamości rodzajowej przedmiotowego zamówienia z zamówieniem podstawowym nie świadczy fakt, iż jego zakres obejmuje prace wykonywane w ramach tej samej branży, tj. instalacje teletechniczne, elektroniczne, telekomunikacyjne i teleinformatyczne. Opracowanie systemu komputerowego wraz z dostarczeniem niezbędnego do jego działania sprzętu i oprogramowania, a w zasadzie dostawa gotowych rozwiązań opracowanych przez inne podmioty oraz ich wdrożenie i uruchomienie, jest zasadniczo różne od prac instalacyjno-technicznych, które wchodzi w zakres przywoływanych przez Zamawiającego branżowych robót w ramach budowy obiektu sportowego. Fakt, iż systemy te będą korzystały z instalacji teletechnicznych czy teleinformatycznych i będą do nich włączone nie oznacza, iż można je traktować jako rodzajowo tożsame. Akceptacja takiego stanowiska stanowiłaby nadmierne poszerzenie wyjątku przewidzianego ustawą, który winien być interpretowany ściśle. Nie jest bowiem wystarczające dla udzielenia zamówienia uzupełniającego, aby przewidziany w nim zakres był związany z zamówieniem podstawowym, lecz wymagane jest powtórzenie tego samego rodzaju zamówień.

Należy uznać, że przedmiotowe zamówienie jest zatem rodzajowo odmienne od robót przewidzianych w siwz zamówienia podstawowego i nie może być traktowane jako zamówienie uzupełniające. Podobne stanowisko wyrażane było w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która uznała, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy w zakres zamówień uzupełniających mogą wchodzić jedynie zamówienia tego samego rodzaju, co zamówienie podstawowe, a warunkiem możliwości ich udzielenia jest m.in. zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego.

#### **Podsumowując:**

- **przedmiotowe zamówienie było rodzajowo odmienne od robót przewidzianych w siwz zamówienia podstawowego,**
- **za roboty uzupełniające nie mogą również zostać uznane roboty nieprzewidziane w siwz zamówienia podstawowego.**

## Niedozwolony podział zamówienia na części w świetle wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Temat prawidłowego oszacowania wartości zamówienia był już przedmiotem artykułów w Informatorach Urzędu Zamówień Publicznych (np. nr 4/2011 i nr 5/2011). Jednakże, ponieważ w praktyce problematyka szacowania wartości zamówień – a zwłaszcza dylemat „razem czy osobno?” – przysparza zamawiającym wiele problemów, warto przedstawić wyniki najnowszych kontroli Prezesa, w których stwierdzono naruszenie przepisu art. 32 ust. 4 ustawy Pzp.

Dla porządku należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. W myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Zamawiający nie może więc dokonywać podziału zamówienia przez zaniżenie jego wartości w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu czy też do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Co do zasady nie jest zakazany podział zamówienia na części, lecz zakazany jest podział, którego skutkiem jest uniknięcie stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (np. organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Decydując, czy w okolicznościach danej sprawy doszło do niedozwolonego podziału zamówienia na części, należy odpowiedzieć na pytanie, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi zamówieniami. Decyzja każdorazowo będzie indywidualna i zdeterminowana okolicznościami danej sprawy.

Pomocniczo należałoby wskazać, że w celu ustalenia powyższego zamawiający mogą się posługiwać m.in. następującymi kryteriami:

- tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu),
- tożsamość czasowa zamówienia (możliwość udzielenia zamówienia w tym samym czasie lub w przewidywalnej perspektywie czasowej),
- możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Wobec powyższego należy uznać, iż z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwe jego nabycie lub wykonanie przez tego samego wykonawcę. Należy też pamiętać, iż decyzja o wszczęciu procedury przetargowej jest wynikiem realizacji wcześniejszych planów zamawiającego, zatem każde kolejne obiektywnie nieprzewidywalne zamówienie należy traktować jako zamówienie odrębne, a nie część zamówienia udzielonego poprzednio.

**Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenia dyspozycji art. 32 ust. 4 ustawy Pzp stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.**

### **Przykład nr 1 (KND/2/12)**

Zamawiający w latach 2008–2009 zawarł z wykonawcą P. Andrzejem N. dwie umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na prowadzenie i bieżącą aktualizację działu aktualności serwisu internetowego miasta L. na łączną kwotę 102 400,00 zł (umowa z 7 stycznia 2008 r. na kwotę 48 400 zł, umowa z 2 stycznia 2009 r. na kwotę 54 000 zł). Zgodnie z obowiązującym od 1 stycznia 2008 r. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 19 grudnia 2007 r. w sprawie *średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych* (Dz. U. Nr 241, poz. 1763), obowiązującym w dacie udzielenia przedmiotowych zamówień, kwota ta stanowiła równowartość 26 411,49 euro. Powyższy wydatek został dokonany bez stosowania procedur określonych w ustawie Pzp.

W uzasadnieniu zaniechania stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu przedmiotowych zamówień zamawiający wskazał, że wartość każdej z ww. umów nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro, skutkiem czego przedmiotowe zamówienia podlegały wyłączeniu od stosowania ustawy Pzp, na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zaniechanie sumowania ww. zamówień przez zamawiającego, należy uznać za nieprawidłowe w świetle art. 32 ust. 2 w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. (...). W przypadku, gdy zamawiający decyduje się udzielać zamówienia w częściach i organizuje odrębne postępowania, wówczas dla każdego odrębnego postępowania przyjmuje się łączną wartość zamówienia. Jeżeli więc przedmiot zamówienia składa się z kilku części, wartość zamówienia stanowi sumę wartości wszystkich tych części. (...). Zamawiający zobowiązany jest nabywać określonego rodzaju dostawy, usługi lub roboty budowlane w jednym postępowaniu w sytuacji, gdy zamówienie ma obejmować przedmiot tego samego lub podobnego rodzaju i o takim samym lub podobnym przeznaczeniu oraz gdy zamówienie to może być zrealizowane przez jednego wykonawcę. Należy zatem przyjąć, iż z zamówieniami odrębnymi będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie i/lub nie jest możliwym jego zakup u tego samego wykonawcy. Warunkiem koniecznym dopuszczalności nabycia określonych dóbr w jednym postępowaniu jest również możliwość przewidzenia przez zamawiającego pełnego zakresu udzielenia przedmiotowych zamówień w określonej perspektywie czasowej. W konsekwencji wartość zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych posiadających powyższe cechy powinna zostać ustalona łącznie, stosownie do dyspozycji art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie przedmiot udzielonego w 2009 r. przez zamawiającego zamówienia był tożsamy z zamówieniem udzielonym w 2008 r. – prowadzenie i bieżąca aktualizacja działu aktualności serwisu internetowego miasta Lubina. Zamówienia były udzielane w następujących po sobie przedziałach czasowych, jak również były powiązane funkcjonalnie. Zamawiający był w stanie przewidzieć pełen zakres przedmiotowych zamówień udzielanych w znanej mu perspektywie czasowej. Obie umowy w sprawie udzielenia przedmiotowych zamówień publicznych zostały zawarte z tym samym wykonawcą – tj. firmą Pr. Andrzej N. Nie ulega więc wątpliwości, że przedmiotowe zamówienia mogły być zrealizowane przez jednego wykonawcę. Ponieważ powyższe zamówienia udzielane jednemu wykonawcy w krótkim czasie stanowią elementy tego samego przedsięwzięcia (są ze sobą związane), zamawiający powinien był zsumować ich wartość i zastosować przepisy ustawy Pzp właściwe dla łącznej ich wartości. Z powyższych względów nie można zamówień stanowiących przedmiot kontroli potraktować jako zamówień odrębnych i z uwagi na wartość – nieprzekraczającą progu ustawy Pzp – udzielić ich bez stosowania jej przepisów. Powyższe wskazuje na zasadność traktowania przedmiotowych zamówień jako jednego zamówienia podzielonego na części. Należy zatem stwierdzić, iż zamawiający był zobowiązany

zsumować wartość tych zamówień i zastosować przepisy ustawy Pzp. Zamawiający nie zsumował wartości części podzielonego zamówienia, w wyniku czego do udzielania podzielonych zamówień nie stosował przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż zamawiający naruszył art. 4 pkt 8 oraz 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, bowiem skutek dokonanej podziału zamówienia, zaniechał stosowania przepisów ustawy Pzp. W związku z powyższym przy udzielaniu niniejszego zamówienia został również naruszony art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

## Przykład nr 2 (KN/29-30/11)

Z dokumentów przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż zamawiający przeprowadził postępowania na:

- „Wytworzenie Systemu Rejestrów Regionalnych” wraz z 9-miesięczną usługą utrzymania (dalej postępowanie na wytworzenie systemu);
- Wdrożenie pilotażowe rejestrów regionalnych w dwóch wojewódzkich Centrach oraz integracja z Systemem Rejestrów Regionalnych wraz z 9-miesięczną usługą utrzymania (dalej postępowanie na wdrożenie).

Szacunkowa wartość zamówień została ustalona przez zamawiającego odrębnie dla każdego postępowania na podstawie analizy rynku i wyniosła odpowiednio:

- dla postępowania na „Wytworzenie Systemu Rejestrów Regionalnych” wraz z 9-miesięczną usługą utrzymania: 590.163,93 PLN netto (tj. 134.525,63 EUR netto),
- dla postępowania na Wdrożenie pilotażowe rejestrów regionalnych w dwóch wojewódzkich Centrach oraz integracja z Systemem Rejestrów Regionalnych wraz z 9-miesięczną usługą utrzymania: 369.000,00 PLN netto (tj. 95.174,23 EUR netto),

co łącznie daje kwotę: 959.163,93 PLN (229.699,86 EUR).

Postępowanie na wytworzenie systemu zostało wszczęte 29 listopada 2007 r., natomiast na jego wdrożenie – 3 kwietnia 2008 r. Ogłoszenia o obu zamówieniach zostały opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

(...) zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Delegacja z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp wskazuje na Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 87, poz. 604), aktualne na dzień wszczęcia przedmiotowych postępowań. Z § 1 pkt 1 rozporządzenia wynika, że Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia dotyczące zamówień przekazuje się, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem państwowych szkół wyższych, jednostek badawczo-rozwojowych, państwowych instytucji kultury oraz podsektora samorządowego, a także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych **równowartość kwoty 137.000 euro dla dostaw lub usług.**

Z powyższego wynika, że zamówienia na dostawy i usługi o wartości niższej niż 137.000 euro wyłącznie były z obowiązku ogłoszenia w oficjalnym publikatorze unijnym. Wystarczające jest zatem, w odniesieniu do tzw. „zamówień podprogowych”, że ogłoszenie o takim zamówieniu zamieszczone zostanie w publikatorze



krajowym, siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej. Właściwe oszacowanie wartości zamówienia jest zatem kwestią niezwykle istotną – nieprawidłowe oszacowanie wartości, które skutkuje zamieszczeniem ogłoszenia w niewłaściwym – krajowym publikatorze ogranicza dostęp do informacji o zamówieniu. Zakres podmiotów poinformowanych o zamówieniu, a co za tym idzie podmiotów, które potencjalnie mogłyby złożyć ofertę wykonania zamówienia, zależy w dużej mierze od tego, gdzie opublikowane zostało ogłoszenie.

Z powyższych względów istotne znaczenie ma stwierdzenie, czy wartość przedmiotowych zamówień na wytworzenie systemu oraz na jego wdrożenie powinna być zsumowana, zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. W takim bowiem przypadku, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, wartość zamówienia przekraczałaby kwotę 137.000 euro (wynosiłaby 229.699,86 euro), a wobec tego zamawiający zobowiązany byłby do zastosowania zaostrożonej procedury określonej w ustawie Pzp, w tym przepisów dotyczących miejsca publikacji ogłoszenia o zamówieniu, do obu udzielonych zamówień.

W piśmie z 12 sierpnia 2011 r. zamawiający, w odpowiedzi na wezwanie ze strony Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przedstawił swoje stanowisko w przedmiocie zaniechania łącznego szacowania wartości dla obu zamówień. Zamawiający przyznał, że „dla tych postępowań występuje tożsamość przedmiotowa, brak jest natomiast tożsamości czasowej zamówień. Nie jest możliwe realizowanie obu zamówień w tym samym czasie”.

W systemie zamówień publicznych obowiązuje zasada, że zamawiający powinien traktować jak jedno zamówienie takie zamówienia, w których zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę i gdy posiadają one podobne przeznaczenie, tj. gdy usługi/dostawy mają zasadniczo te same lub podobne funkcje techniczne lub gospodarcze. Powyższe stanowisko nawiązuje do treści wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 5 października 2000 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). W wyroku tym ETS odniósł się zasadniczo do problematyki dzielenia zamówień na roboty budowlane, jednakże wprowadzona w wyroku przesłanka funkcjonalności technicznej i gospodarczej jako podstawowa przesłanka do oceny, czy dane roboty budowlane mieszczą się w zakresie jednego zamierzenia inwestycyjnego (a tym samym są jednym zamówieniem), zachowuje aktualność także na gruncie dostaw i usług.

Zatem, w przypadku potwierdzenia istnienia przesłanki przedmiotowej (zbieżności technicznej i funkcjonalnej elementów takich zamówień), zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia i szacowania jego wartości w stosunku do pełnego zamówienia na podstawie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie, obok związku funkcjonalnego pomiędzy takimi zamówieniami dodatkowe znaczenie ma również zaistnienie między nimi związku czasowego. Taki związek zachodzi, gdy funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej.

Mając powyższe na uwadze, w celu stwierdzenia, czy wartość zamówienia na usługę wytworzenia systemu należy zsumować z wartością zamówienia na usługę wdrożenia (innymi słowy uznać za jedno zamówienie, choć udzielone w częściach), należy wziąć pod uwagę zaistnienie w konkretnych okolicznościach faktycznych następujących przesłanek:

- usługi mają takie same lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia,
- usługi są dostępne u jednego wykonawcy,
- usługi nabywane są w przewidywalnym czasie.

W przypadku zaistnienia ww. okoliczności zamawiający jest uprawniony, zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, udzielić danego zamówienia w częściach w toku odrębnych postępowań, ale zobowiązany jest w każdym z tych postępowań stosować przepisy właściwe dla łącznej wartości wszystkich części.

W odniesieniu do pierwszej przesłanki nie ulega wątpliwości, że zamówienia na usługi wytworzenia systemu i jego pilotażowe wdrożenie mają takie same lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia, jakim jest budowa kolejnej funkcjonalności w ramach Systemu Rejestrów Regionalnych. Funkcjonalna i przedmiotowa zbieżność obu zamówień została jednoznacznie potwierdzona w piśmie zamawiającego z 12 sierpnia 2011 r., w którym stwierdzono, że „dla tych postępowań występuje tożsamość przedmiotowa”. Niezależnie od powyższego stwierdzenia wypada zauważyć, że jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia na usługę wytworzenia systemu „Celem projektu jest stworzenie komunikacyjnej platformy informatycznej wspomagającej prowadzenie przez wojewódzkie centra zdrowia publicznego rejestrów regionalnych”. Z kolei z opisu przedmiotu zamówienia na usługę wdrożenia wynika, że „Celem projektu [wdrożenia] jest uruchomienie pilotażowe przez dwa wojewódzkie centra zdrowia publicznego rejestrów regionalnych (...) Uruchomienie systemu nastąpi wspólnie z wykonawcą systemu SRR oraz przeprowadzenie testów wspólnie z wykonawcą systemu SRR (...). System SRR, stanowiąc warstwę aplikacyjną, wykorzystującą Internet oraz infrastrukturę klucza publicznego PKI implementującą interfejs użytkownika zgodnie z założeniami ma operować bezpośrednio na bazach danych pilotażowych 2 centrów regionalnych”. Z treści obu opisów przedmiotu zamówienia wynika, że zarówno wytworzenie systemu, jak i jego wdrożenie są ze sobą ściśle powiązane i wzajemnie się dopełniają – usługa wytworzenia systemu nie byłaby możliwa do zrealizowania bez przeprowadzenia konfiguracji systemu i zapewnienia kompatybilności z pozostałymi funkcjonalnościami, wdrożenie systemu zaś bez jego uprzedniego poprawnego przygotowania jest całkowicie bezprzedmiotowe. O jednoznacznej bliskości obu przedmiotów zamówienia świadczy też zapis o konieczności wykonania wspólnych testów przez wykonawców każdego z zamówień.

Także przesłanka odnosząca się do możliwości realizacji obu przedmiotów zamówienia u jednego wykonawcy została spełniona. Jak wynika z treści dokumentacji kontrolowanego postępowania na wytworzenie systemu, wykonawcą, który zrealizował zamówienie było konsorcjum W. S.A., Z. Sp. z o.o. Natomiast w odniesieniu do postępowania na wdrożenie wykonawcą było konsorcjum W. S.A., U. S.A. Zbieżność podmiotów realizujących świadczenie, wyrażająca się w szczególności w występowaniu tego samego lidera w każdym z dwóch konsorcjów świadczy o istnieniu tego samego kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowych zamówień.

Spełniona została także przesłanka odnosząca się do terminu realizacji świadczenia. Oba zamówienia zostały udzielone w zbliżonym terminie, w odstępie kilku miesięcy. Postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę wytworzenia systemu zostało wszczęte 29.11.2007 r., natomiast postępowanie na wdrożenie 03.04.2008 r. Podstawą do oceny, czy przesłanka czasowa jest spełniona czy też nie jest co do zasady, przewidywalny czas realizacji danego świadczenia. Nie oznacza to, że konieczne jest udzielenie wszystkich zamówień częściowych w tym samym czasie. Znaczenie przesłanki tożsamości czasowej jest zatem inne niż zdaje się twierdzić zamawiający w swoich wyjaśnieniach. Ziszczenie się przesłanki występuje bowiem nie tylko w sytuacji, gdy zamówienia można udzielić jednocześnie, w tym samym czasie, ale także wtedy, gdy do udzielenia zamówień dochodzi w przewidywalnej perspektywie czasowej, określonej specyfiką przedmiotu zamówienia. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie kwestionuje stwierdzenia zamawiającego, że „nie jest możliwe realizowanie obu zamówień w tym samym czasie”, stoi natomiast na stanowisku, że w momencie wszczęcia postępowania na wytworzenie systemu oczywista była konieczność przeprowadzenia jednego lub kilku zamówień na wdrożenie całego systemu i zapewnienie pełnej kompatybilności i funkcjonalności całego projektu, tj. budowy systemu rejestrów regionalnych. Oznacza to, że w sytuacji nabywania usługi na wytworzenie systemu oczywista była konieczność nabycia następnie usługi na jego wdrożenie, a zatem powinna być też ona przez zamawiającego przewidziana w określonej perspektywie czasowej. Tym samym dla obu ww. zamówień spełniona została także przesłanka tożsamości czasowej.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie zamówień na usługę wytworzenia systemu i jego wdrożenie było błędne. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. Jako, że są ze sobą tożsame i ich przeznaczenie jest takie samo mogą być wykonywane przez jednego wykonawcę. Wreszcie, w niniejszym stanie faktycznym, usługi były możliwe do przewidzenia w określonej perspektywie czasowej. Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający, wszczynając postępowanie na „Wytworzenie Systemu Rejestrów Regionalnych” wraz z 9 miesięczną usługą utrzymania oraz Wdrożenie pilotażowe rejestrów regionalnych w dwóch wojewódzkich Centrach oraz integracja z Systemem Rejestrów Regionalnych wraz z 9-miesięczną usługą utrzymania dopuścił się podziału zamówienia na części, nie sumując wartości obu ww. części. Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanego zamówienia w zakresie usługi wytworzenia systemu i jego wdrożenie wynosiła 229.699,86 EUR, co obligowało zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego dostawy w Dzienniku Urzędowym UE i wskazania terminu 40- lub 47-dniowego na składanie ofert (zależnie od formy przekazania ogłoszenia o zamówieniu). Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na nieopublikowaniu ogłoszeń o zamówieniu na usługę wytworzenia systemu i usługę wdrożenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stanowiło naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli. Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń. Stanowisko Prezesa podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 21 grudnia 2011 r. (sygn. KIO/KD 96/11).

### **Przykład nr 3 (KN/19-20/11)**

Z dokumentów przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż zamawiający zawarł umowy na realizację następujących zamówień:

- Koncepcja programowo-przestrzenna Gazociągu K-S,
- Koncepcja programowo-przestrzenna Gazociągu S-W

bez stosowania przewidzianej ustawą Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą Pzp) procedury udzielania tych zamówień. Obie umowy na wykonanie koncepcji zawarto w tym samym dniu, tj. 10 sierpnia 2007 r. z wykonawcą B. S.A.

Wartość zamówień udzielonych 10 sierpnia 2007 r. na ww. usługi oszacowano zgodnie z obowiązującymi [u zamawiającego] procedurami wewnętrznymi (...), w wyniku których ustalono, iż:

- wartość szacunkowa dla zamówienia na „Koncepcję programowo-przestrzenną Gazociągu K-S” wynosi 1.500.000,00 złotych netto, co stanowiło równowartość kwoty 341.919,31 euro netto,
- wartość szacunkowa dla zamówienia na „Koncepcję programowo-przestrzenną Gazociągu S-W” wynosi 1.500.000,00 złotych netto, co stanowiło równowartość kwoty 341.919,31 euro netto.

Jak wynika z Krajowego Rejestru Sądowego, przedmiotem działalności [zamawiającego] jest działalność określona w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 133 ust. 1 w związku z § 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 87, poz. 604), aktualnego na dzień zawarcia przedmiotowych umów – zamawiający mógł nie stosować ustawy do zamówień sektorowych, jeżeli wartość zamówienia na usługi była niższa niż 422.000,00 euro. Wartość każdego z dwóch oddzielnie oszacowanych zamówień nie przekraczała tej kwoty, zatem zamawiający nie zastosował procedury przewidzianej w ustawie Pzp dla zamówień sektorowych i nie zamieścił, w szczególności, ogłoszenia o zamówieniu.

Z powyższego wynika, że zamówienia na usługi o wartości niższej niż 422.000,00 euro nie wymagały zastosowania procedury określonej w ustawie Pzp. Wystarczające było zatem, w odniesieniu do takich zamówień zastosowanie wewnętrznych procedur, jeśli tylko potwierdziłaby się zasadność ich odrębnego oszacowania. W związku z powyższym problematyka właściwego oszacowania wartości zamówienia staje się – dla celu, jakim jest transparentne, nienaruszające uczciwej konkurencji prowadzenie postępowania – kwestią kluczową. Nieprawidłowe oszacowanie wartości zamówienia, zaniechanie zsumowania wartości, które skutkują w szczególności niezastosowaniem ustawy Prawo zamówień publicznych lub np. zamieszczeniem ogłoszenia w niewłaściwym publikatorze znacząco ogranicza dostęp do informacji o zamówieniu.

W udzielonych pismem z 10 sierpnia 2010 r. wyjaśnieniach zamawiający stwierdził, że postawiony zarzut sztucznego podziału zamówienia na części jest nieprawdziwy. W ocenie zamawiającego jedynym wspólnym mianownikiem wszystkich ww. zadań była ich przynależność do wstępnego etapu inwestycji (prace przedprojektowe). Zamówienia dotyczyły bowiem albo innego odcinka gazociągu, albo innego gazociągu. Ze względu na zakres, cel i funkcję każde z zamówień wykazuje w ocenie zamawiającego daleko idącą odrębność od pozostałych, zadania nie były planowane jako jedno przedsięwzięcie lub jeden proces inwestycyjny. W odniesieniu do koncepcji programowo-przestrzennych zamawiający przyznał, że są to zamówienia tego samego rodzaju, ale już o innym przeznaczeniu. Każda z koncepcji programowo-przestrzennych dotyczyła bowiem innego gazociągu zlokalizowanego w innym rejonie Polski.

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

- podzielność świadczeń (zamawiający podkreślił, powołując się na doktrynę oraz wyrok Sądu Najwyższego z 14 marca 2002 r., że przedmiot zamówienia jest świadczeniem niepodzielnym. Każda umowa zachowuje odrębność od drugiej. Ponadto każde z przedmiotowych zamówień ma charakter indywidualny i niepołączalny i nie może być traktowane jako element większej całości).
- prawa autorskie (każde studium wykonalności i każda dokumentacja projektowa jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego, co potwierdza argumentację o jej odrębności),
- brak tożsamości przedmiotowej zamówień (zamawiający, przytaczając treść wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 5 października 1998 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98) zwrócił uwagę, że każdy przedmiot zamówienia ma odrębne przeznaczenie, a także odrębną funkcję techniczną i gospodarczą).

W piśmie z 10 listopada 2010 r. zamawiający rozszerzył ww. argumentację wskazując na kolejne okoliczności sprawy. Zamawiający wykazywał zależność pomiędzy zamówieniami na wykonanie dokumentacji przedprojektowych dla odrębnych zamierzeń inwestycyjnych a wykonaniem robót budowlanych w przedmiocie tych zamierzeń. Zwrócił uwagę, że oba gazociągi, tj. K-S oraz S-W są całkowicie odrębnymi zamierzeniami inwestycyjnymi i pełnią w polskim systemie przesyłowym odrębne funkcje techniczno-użytkowe. Zlokalizowanie ich w jednym projekcie (pn. gazociąg Szczecin – Gdańsk) zostało dokonane jedynie na potrzeby uzyskania dofinansowania ze środków Unii Europejskiej. Nieistnienie jednego z gazociągów nie uniemożliwia funkcjonowaniu drugiego. Analogicznie zatem zamawiający zwrócił uwagę, że przygotowanie dwóch dokumentacji przedprojektowych (odrębna koncepcja dla każdego z gazociągów) nie może pociągać za sobą konieczności łącznego sumowania ich wartości.

Nie ulega wątpliwości, że dla ustalenia, czy w sprawie można mieć do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W przedmiotowej sprawie niezbędne staje się dokonanie takiej analizy na tle prawa krajowego i europejskiego.

(...). Zagrożenie dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych, jakie niesie ze sobą nieprawidłowe dzielenie zamówień publicznych zostało też dostrzeżone w prawodawstwie wspólnotowym. W art. 17 ust. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. (zwanej dalej dyrektywą sektorową) wskazano, iż *podmioty zamawiające nie mogą uniknąć stosowania niniejszej dyrektywy, dzieląc na części projekty*

*budowlane lub **planowane zakupy określonych ilości dostaw lub usług** lub wykorzystując specjalne metody obliczania szacunkowej wartości zamówień.* W przedmiocie sztucznego podziału zamówienia na części wypowiedział się także Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 5 października 1998 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). W wyroku ETS odniósł się do problematyki dzielenia zamówień na roboty budowlane, wskazał właściwy sposób rozumienia pojęcia obiektu budowlanego (jako zamierzenia inwestycyjnego) oraz wprowadził przesłankę funkcjonalności technicznej i gospodarczej jako podstawową przesłankę w celu określenia, czy dane roboty budowlane mieszczą się w zakresie jednego zamierzenia inwestycyjnego (a tym samym są jednym zamówieniem).

Zważywszy jednakże na fakt, że przedmiotem niniejszego zamówienia były **usługi przedprojektowe** na wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej, a nie wykonanie robót budowlanych – przedmiotowy wyrok ETS jako odnoszący się do problematyki obiektów budowlanych i robót budowlanych, może służyć jedynie jako wskazówka interpretacyjna.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ustalenie, czy wykonanie dokumentacji przedprojektowej dla poszczególnych gazociągów czy odcinków gazociągu, stanowi w świetle art. 32 ust. 2 ustawy Pzp jedno zamówienie, powinno być dokonywane – co do zasady – w oparciu o kryterium tożsamości przedmiotowej zamówienia. Pomocnicze znaczenie ma kryterium tożsamości czasowej zamówienia i możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Kryterium tożsamości zamówień nie może budzić wątpliwości. Tylko jednoznaczne potwierdzenie, że dane usługi (ale także np. dostawy) są względem siebie tożsame (w rozumieniu: odpowiadające sobie, o dalece występującym podobieństwie) pozwala na stwierdzenie, czy zasadne jest łączne szacowanie wartości takich usług lub dostaw. W przedmiotowym stanie faktycznym niewątpliwie mamy do czynienia z dwoma **odpowiadającymi sobie** opisami przedmiotu zamówienia, co znajduje odzwierciedlenie w załączniku nr 1 pn. „Szczegółowy zakres opracowania” do każdej z zawartych umów. Przedmiot zamówienia został podzielony na IV identyczne etapy, w ramach każdego z etapów zamawiający uzyskuje odpowiadające sobie dokumenty, w każdym przypadku zamawiający zażądał przygotowania tzw. „Studium wykonalności dla przedsięwzięć realizowanych w ramach programu operacyjnego Infrastruktura i Środowisko” o analogicznej zawartości. Co więcej, analogiczna jest wartość szacunkowa zamówienia, zbliżone są wartości każdej z podpisanych umów (wynagrodzenie za wykonanie umowy na wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej Gazociągu K-S wyniosło 2.189.000,00 PLN brutto; wynagrodzenie za wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej Gazociągu S-W wyniosło 2.092.300,00 PLN brutto), analogiczne są także szczegółowe zapisy podpisanych umów z wybranym wykonawcą. Co oczywiste, różnicuje je gazociąg, którego wybudowanie przygotowują. Zawartość każdej z koncepcji, podobnie jak i jej przeznaczenie jest jednak takie samo. Celem zarówno pierwszej, jak i drugiej koncepcji było wprowadzenie trasy właściwego gazociągu do studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego oraz do miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, a także przygotowanie niezbędnej dokumentacji celem uzyskania pozwolenia na budowę. W efekcie zamawiający miał uzyskać odpowiadające sobie opracowania. Żaden z elementów którejkolwiek z koncepcji nie jest na tyle specyficzny, ażeby uzasadniał możliwość odrębnego oszacowania wartości zamówień na ich wykonanie. Usługi na opracowanie koncepcji programowo-przestrzennej są usługami tego samego rodzaju i mają takie samo przeznaczenie.

Konieczność łącznego szacowania wartości obu zamówień dodatkowo potwierdza fakt, że umowy na wykonanie koncepcji zostały podpisane w tym samym dniu, tj. 10 sierpnia 2007 r. z tym samym wykonawcą, tj. B. S.A.

Oczywiście nie jest wykluczone dokonywanie oceny zasadności łącznego szacowania wartości zamówień przy uwzględnieniu tożsamości przedmiotowej zamierzeń inwestycyjnych, dla których wykonywana jest dokumentacja przedprojektowa. W szczególności, tożsamość przedmiotowa usług wykonania dokumentacji przedprojektowej wynika z **identyczności ich ogólnego przeznaczenia** rozumianego jako „bycie niezbędnym do zaprojektowania (wykonania) robót budowlanych lub do opisu przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie

(wykonanie) robót budowlanych”. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy dokumenty przedprojektowe dotyczące tego samego zamierzenia inwestycyjnego lub różnych zamierzeń będą miały tak szczególne i odmienne od siebie przeznaczenie na poziomie jednostkowym, iż przeznaczenie ogólne nie będzie wystarczającą przesłanką dla uznania tożsamości przedmiotowej usług wykonania takich dokumentów. **Co do zasady, w takiej sytuacji będziemy mieli jednocześnie do czynienia z niemożliwością wykonania dokumentacji przez jednego wykonawcę.**

W przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy jednakże do czynienia z taką sytuacją. Zarówno opis przedmiotu zamówienia na koncepcję programowo-przestrzenną Gazociągu K-S oraz koncepcję programowo-przestrzenną Gazociągu S-W wskazuje na fakt, że mamy do czynienia z dokumentami analogicznymi, które nie są na tyle specyficzne, ażeby w ich wykonaniu zaangażowane były różne grupy wykonawców, przy czym każdy z nich posiadałby specyficzne doświadczenie niedostępne dla drugiego. Oba zamówienia zostały udzielone bowiem w tym samym dniu, temu samemu wykonawcy, a ich zakres, forma i przeznaczenie były analogiczne.

Należy się także odnieść do argumentów poruszanych przez zamawiającego w wyjaśnieniach. Nie można mówić o prostej zależności pomiędzy łącznym oszacowaniem wartości zamówień na roboty budowlane dla zamierzeń inwestycyjnych a łącznym oszacowaniem wartości zamówień na usługi przedprojektowe (projektowe) dla tych zamierzeń. Niemniej, jak już to zostało wyżej wskazane, możliwe jest dowodzenie istnienia jednej z przesłanek warunkujących uznanie takich usług za jedno zamówienie w sytuacji, gdy dotyczą one tego samego zamierzenia inwestycyjnego (obiektu budowlanego) spełniającego samodzielną funkcję gospodarczą lub techniczną, a mianowicie tożsamości przedmiotowej. Nie oznacza to, że istnieje zależność odwrotna, tj. w przypadku stwierdzenia, że koncepcje programowo-przestrzenne dotyczą innych zamierzeń inwestycyjnych, nietożsamych pod względem technicznym i gospodarczym niedopuszczalne jest dowodzenie, że takie koncepcje są z definicji również odrębnymi zamówieniami. Taka zależność nie wynika ani z przepisów prawa, ani z orzecznictwa europejskiego i krajowego ani wreszcie z doktryny. **Usługi na dokumentację przedprojektową bada się zawsze w kontekście innych usług na dokumentację przedprojektową, gdyż przedmiotem zamówienia jest usługa wykonania dokumentacji, a nie wykonanie zamierzenia inwestycyjnego.**

Podnoszone przez zamawiającego argumenty, odnoszące się do dokumentacji przedprojektowej jako utworu w rozumieniu prawa autorskiego nie mają bezpośredniego wpływu na sposób szacowania wartości zamówienia. Na jedno (tożsame) zamówienie może się składać kilka utworów, np. w przypadku dokumentacji projektowej jako odrębne utwory w rozumieniu prawa autorskiego mogą być traktowane projekt budowlany i projekt wykonawczy tej samej inwestycji, oba niezbędne jako element opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane i oba udzielane w ramach jednej procedury.

Nieadekwatny jest także argument odwołujący się do niepodzielności świadczenia, jakim jest jedna koncepcja programowo-przestrzenna. Z faktu, że koncepcja programowo-przestrzenna może być świadczeniem niepodzielnym nie wynika, że w przypadku realizacji kilku usług na wykonanie takich koncepcji zasadne jest zaniechanie łącznego szacowania ich wartości. Potwierdzają to także zapisy dyrektywy sektorowej, w której wskazano, że *podmioty zamawiające nie mogą uniknąć stosowania niniejszej dyrektywy, dzieląc na części (...) planowane zakupy określonych ilości dostaw lub usług (...)*. Do nieprawidłowego podziału zamówienia na części dochodzi zatem nie tylko w momencie, gdy zamawiający nieprawidłowo dzieli jedną usługę na części, ale także w sytuacji, gdy dzieli na części planowane dostawy lub usługi. W przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia właśnie z tą drugą sytuacją – zamawiający zaniechał łącznego szacowania wartości dwóch zaplanowanych wcześniej usług na wykonanie tożsamych koncepcji.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie wartości zamówień na wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej Gazociągu K-S oraz wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej Gazociągu S-W było błędne. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości: są ze sobą przedmiotowo tożsame, zostały udzielone w tym samym

czasie, temu samemu wykonawcy. Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający, udzielając zamówień na usługi wykonania koncepcji programowo-przestrzennej Gazociągu K-S oraz wykonania koncepcji programowo-przestrzennej Gazociągu S-W dopuścił się podziału zamówienia na części, nie sumując wartości wszystkich części. Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanych zamówień wynosiła 683.838,62 euro, co obligowało zamawiającego do zastosowania procedury przewidzianej w ustawy Pzp (art. 133 ust. 1 ustawy Pzp), a tym samym zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego ww. usług w Dzienniku Urzędowym UE. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy. W konsekwencji, powyższe działania zamawiającego, polegające na nie zastosowaniu ustawy Pzp i nie opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3, w zw. z art. 133 ust. 1, w zw. z art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli. Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń. Stanowisko Prezesa podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 6 września 2011 r. (sygn. KIO/KD 69/11).

### **Przykład nr 4 (KN/27/10)**

Z dokumentów przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż zamawiający zawarł umowy na realizację następujących zamówień:

- wykonawstwo generalne Gazociągu W-G na terenie gminy G.,
- wykonawstwo generalne Gazociągu W-G na terenie gminy P.

bez stosowania przewidzianej ustawą Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą Pzp) procedury udzielania tych zamówień.

Wartość zamówień udzielonych 12 sierpnia 2008 r. na wykonawstwo generalne oszacowano zgodnie z obowiązującymi [u zamawiającego] procedurami wewnętrznymi (...), w wyniku których ustalono, iż:

- wartość szacunkowa dla zamówienia realizacji na zasadach generalnego wykonawstwa zadania inwestycyjnego pn. „Gazociąg w/c W-G DN 500, MOp 8,4 MPa odcinek na terenie gminy G. długości L = 12,3 km, II etap” wynosi 14.000.000,00 złotych netto, co stanowi równowartość kwoty 3.610.946,33 euro,
- wartość szacunkowa dla zamówienia realizacji na zasadach generalnego wykonawstwa zadania inwestycyjnego pn. „Gazociąg w/c W-G DN 500, MOp 8,4 MPa odcinek na terenie gminy P. długości L = 10,4 km, II etap” wynosi 12.000.000,00 złotych netto, co stanowi równowartość kwoty 3.095.098,85 euro.

W zakresie ww. zamówień wydane zostały następujące pozwolenia na budowę:

- pozwolenia na budowę „Gazociągu w/c W-G DN 500, MOp 8,4 MPa odcinek IV na terenie gminy P., województwo pomorskie” wydane przez Starostę Tczewskiego 10 września 2007 r. i Wojewodę Pomorskiego 11 maja 2007 r.,
- pozwolenia na budowę „Gazociągu w/c W-G DN 500, MOp 8,4 MPa odcinek II na terenie gminy G., województwo pomorskie” wydane przez Starostę Tczewskiego 13 września 2007 r. oraz 14 stycznia 2008 r. i Wojewodę Pomorskiego 7 lutego 2007 r.

Jak wynika z Krajowego Rejestru Sądowego, przedmiotem działalności [zamawiającego] jest działalność określona w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 133 ust. 1 w związku z § 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 grudnia 2007 r. *w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich* (Dz. U. Nr 241, poz. 1762), aktualnego na dzień udzielenia przedmiotowych zamówień – zamawiający mógł nie stosować ustawy do zamówień sektorowych, jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane była niższa niż 5.150.000,00 euro. Wartość każdego z dwóch oddzielnie oszacowanych zamówień nie przekraczała tej kwoty, zatem zamawiający nie zastosował procedury przewidzianej w ustawie Pzp dla zamówień sektorowych i nie zamieścił, w szczególności, ogłoszenia o zamówieniu.

Z powyższego wynika, że zamówienia na roboty budowlane o wartości niższej niż 5.150.000,00 euro nie wymagały zastosowania procedury określonej w ustawie Pzp. Wystarczające było zatem, w odniesieniu do takich zamówień zastosowanie wewnętrznych procedur, jeśli tylko potwierdziłaby się zasadność ich odrębnego oszacowania. W związku z powyższym problematyka właściwego oszacowania wartości zamówienia staje się – dla celu, jakim jest transparentne, nienaruszające uczciwej konkurencji prowadzenie postępowania – kwestią bezwzględnie kluczową. Nieprawidłowe oszacowanie wartości zamówienia, zaniechanie zsumowania wartości, które skutkują w szczególności niezastosowaniem ustawy Prawo zamówień publicznych lub np. zamieszczeniem ogłoszenia w niewłaściwym publikatorze znacząco ogranicza dostęp do informacji o zamówieniu. W przedmiotowej sprawie to zamawiający samodzielnie decydował, którzy wykonawcy będą mieli możliwość przedstawienia oferty.

Z powyższych względów istotne znaczenie ma stwierdzenie, czy wartość przedmiotowych zamówień na wykonawstwo generalne Gazociągu W-G na terenie gminy G. oraz wykonawstwo generalne Gazociągu W-G na terenie gminy P. powinna być zsumowana. W takim bowiem przypadku, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, wartość zamówienia przekraczałaby kwotę 5.150.000,00 euro (wynosiłaby 6.706.045,18 euro), a wobec tego zamawiający zobowiązany byłby do zastosowania procedur przewidzianych w ustawie Pzp dla zamawiających udzielających zamówień sektorowych.

W piśmie z 18 marca 2010 r. zamawiający przedstawił swoje stanowisko w zakresie przyczyn zaniechania łącznego szacowania wartości dla obu zamówień. Zamawiający zwrócił uwagę, że podstawą oszacowania wartości zamówienia musi być każdorazowo prawidłowo dokonany opis przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie opis przedmiotu zamówienia został dokonany zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje, że przedmiot zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Decydujące więc znaczenie, w ocenie zamawiającego, ma „dokumentacja projektowa, tzn. decyzja w sprawie pozwolenia na budowę oraz dokumentacja stanowiąca podstawę jej wydania”. Zakres i forma tej dokumentacji została wskazana w § 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, w którym określono, że dokumentacja projektowa składa się m.in. z projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych. Projekt budowlany zawiera zaś (§ 3 przytoczonego rozporządzenia) m.in. adres obiektu budowlanego i numery ewidencyjne działek, na których obiekt jest usytuowany. Definicję obiektu budowlanego zamawiający odnajduje z kolei w ustawie z 7 lipca 1994 r. *Prawo budowlane*. Zamawiający wskazuje dalej, że ponieważ przedmiot zamówienia musi zostać opisany zgodnie z dokumentacją projektową, będącą podstawą do uzyskania pozwolenia na budowę, istotne znaczenie dla niniejszej sprawy ma treść art. 33 ust. 1 ustawy *Prawo budowlane*: „Pozwolenie na budowę dotyczy całego zamierzenia budowlanego. W przypadku zamierzenia budowlanego obejmującego więcej niż jeden obiekt, pozwolenie na budowę może, na wniosek inwestora, dotyczyć wybranych obiektów lub zespołu obiektów, mogących samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem (...)”. Pozwolenie nie może być jednak udzielone na konstrukcję niebędącą obiektem budowlanym.

Konkludując rozważania zamawiającego na tym etapie, należy stwierdzić, że w opinii zamawiającego przesłanką dopuszczającą zaniechanie łącznego szacowania wartości obu zamówień było istnienie dwóch odrębnych dokumentacji projektowych na dwa przedmiotowe odcinki gazociągu. Skoro na dwie odrębne dokumentacje projektowe wydano odrębne pozwolenia na budowę oznacza to, że każdy z odcinków gazociągów jest samodzielnym obiektem budowlanym. Przyjęcie takiego założenia oznacza z kolei, że taka konstrukcja może funkcjonować samodzielnie zgodnie z przeznaczeniem. Innymi słowy, mamy w przedmiotowej sprawie, w opinii zamawiającego, do czynienia z dwoma całkowicie odrębnymi obiektami budowlanymi, z których każdy stanowi całość techniczno-użytkową (art. 3 pkt 1 ustawy *Prawo budowlane*).



Zgodnie z treścią art. 3 pkt 3 ustawy Prawo budowlane zamawiający zaklasyfikował gazociąg jako budowlę – sieć techniczną. Odrębność gazociągów może wyrażać się m.in. tym, że poszczególne odcinki gazociągów zapewniają zaopatrzenie w paliwo dla gmin, przez które przebiegają. Zamawiający zwrócił szczególną uwagę na fakt, że gazociągi nie powinny być traktowane jako byty odrębne. Ich istotą jest to, że funkcjonują w ramach całej sieci obejmującej nie tylko Polskę, ale także Europę. Zatem jedynym możliwym rozwiązaniem, w opinii zamawiającego, jest ich podział na podstawie tego, czy pojedynczy ich element składający się na większą całość pełni samodzielną funkcję techniczną. Innymi słowy, zamawiający wskazuje pośrednio, że instytucjami uprawnionymi do tego są jednostki administracji państwowej wydającej pozwolenia na budowę.

Na potwierdzenie zaprezentowanego stanowiska (jeden obiekt = jedno zamówienie) zamawiający przywołał orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 22 października 2001 r. odnoszące się do dróg jako obiektów liniowych, w którym zauważono, że „zamówienia publicznego można dokonać odrębnie na każdy obiekt budowlany (...) Zawarcie dwóch różnych umów na remonty dwóch odrębnych dróg powiatowych uznać należy za dwa odrębne zamówienia publiczne, a nie za podzielenie jednego zamówienia na części”. Decyzja GKO przybrała taką postać niezależnie od faktu, że umowy na remonty dwóch dróg zawarte zostały tego samego dnia z tym samym wykonawcą. Zamawiający przywołał także orzecznictwo europejskie. W wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 5 października 2000 r. (C-16/98) oraz z 18 stycznia 2007 r. (C-220/05) stwierdzono, że w celu określenia, czy wykonanie danego obiektu budowlanego nie zostało sztucznie podzielone powinno się dokonywać oceny w świetle ekonomicznych i technicznych funkcji, jaki ma spełniać rezultat robót.

Zamawiający podkreślił ponownie, że organ administracji może wydać pozwolenie na budowę jedynie na obiekt budowlany, który stanowi całość techniczno-użytkową. Skoro podjął taką decyzję i wydał odrębne pozwolenia na budowę na dwa odcinki, oznacza to, że są one odrębne i pełnią samodzielne funkcje, a co za tym idzie są odrębnymi obiektami w świetle ustawy Prawo budowlane i ustawy Prawo zamówień publicznych. Z kolei fakt, że jeden z odcinków gazociągu jest połączony z drugim nie ma w świetle powyższego żadnego znaczenia. Przepisy ustawy Pzp nie wskazują, dowodzi dalej zamawiający, aby przedmiotem zamówienia były połączone ze sobą odcinki gazociągów, czy dróg. Nie ma również żadnego nakazu łączenia wartości zamówień na obiekty budowlane, które łączą się ze sobą.

Podsumowując stanowisko zamawiającego – przedmiotowe umowy na realizację robót są oddzielnymi zamówieniami z uwagi na fakt, iż są oddzielnymi obiektami budowlanymi mającymi w ocenie zamawiającego odrębność techniczną. Potwierdza to, wg zamawiającego, fakt wydania odrębnych pozwoleń na budowę przez właściwy organ administracji państwowej.

Nie ulega wątpliwości, że dla ustalenia czy w sprawie można mieć do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W przedmiotowej sprawie niezbędne staje się dokonanie takiej analizy na tle prawa krajowego i europejskiego.

(...). W przedmiocie sztucznego podziału zamówienia na części wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 5 października 1998 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). Na treść tego wyroku powołał się także sam zamawiający, zwracając jednakże uwagę tylko na jeden z aspektów sprawy wskazanej w treści tego wyroku. Przedmiotowy wyrok zapadł na gruncie dyrektywy Rady 93/38/EWG z 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. L 199, str. 84), lecz znajduje on zastosowanie również na gruncie obowiązującej obecnie – i mającej zastosowanie w kontrolowanym projekcie – dyrektywy 2004/17/WE z 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (dalej zwaną dyrektywą sektorową). Stosownie do art. 14 pkt 13 dyrektywy 93/38/EWG, zamawiający nie mogli obchodzić postanowień przedmiotowej dyrektywy poprzez dzielenie zamówienia na części lub używania specjalnych metod obliczania wartości zamówień. Regulacja odnosząca się do dzielenia zamówienia na części ma

w dyrektywie sektorowej wyraźnie szerszy zakres. Zgodnie z art. 17 pkt 2 tej dyrektywy podmioty zamawiające nie mogą uniknąć stosowania niniejszej dyrektywy, dzieląc na części projekty budowlane lub planowane zakupy określonych ilości dostaw lub usług lub używając specjalnych metod obliczania wartości zamówień. Natomiast w świetle art. 17 pkt 6 lit. a), jeżeli proponowane roboty budowlane lub zakup usług może prowadzić do równoczesnego udzielenia zamówień w formie odrębnych części, wówczas należy uwzględnić łączną wartość wszystkich tych części. Jeżeli zatem łączna wartość części była nie mniejsza niż wartości, od której należało przestrzegać postanowień dyrektywy, przepisy dyrektywy stosowało się do wszystkich części.

Rozważania Trybunał prowadził na tle stanu faktycznego dotyczącego serii robót remontowych i rozbudowy istniejących sieci zasilania elektrycznego i oświetlenia publicznego realizowanych na terenie różnych władztw administracyjnych. Rozpatrując zarzut Komisji dotyczący sztucznego podziału robót elektryfikacyjnych na roboty zamawiane przez kilka jednostek władztwa terytorialnego (związki międzygminne) Trybunał uznał ten zarzut za zasadny. W uzasadnieniu ETS stwierdził, że zbyt daleko idąca jest koncepcja uznania za jeden obiekt budowlany całości sieci elektrycznej danego państwa. **Niemniej jednak o istnieniu odrębnych obiektów budowlanych nie może decydować fakt odrębności podmiotów odpowiedzialnych za sieci zasilania elektrycznego, ponieważ sieci te mogą być wzajemnie łączone i jako całość spełniają jedną funkcję gospodarczą i techniczną, która polega na dostawie i sprzedaży odbiorcom w danym obszarze administracyjnym energii wytwarzanej i dostarczanej przez określone przedsiębiorstwo.** Załączeniem zamówień w niniejszej sprawie według Trybunału przemawiały takie czynniki jak równoczesność ogłoszeń o spornych zamówieniach, podobieństwa ogłoszeń o przetargach, jedność obszaru geograficznego, wewnątrz którego te zamówienia były ogłaszane i koordynacja zapewniona przez organizację zrzeszającą związki międzygminne odpowiedzialne za elektryfikację.

Zatem zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasadnicze znaczenie dla odpowiedzi, czy mamy do czynienia z zamówieniem na jeden obiekt budowlany należy przypisać okoliczności, czy wynik całości robót budowlanych lub inżynierskich może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Wynika z tego, iż ocena czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które będzie spełniał. Stwierdzenie takiej okoliczności powoduje, iż całość robót budowlanych udzielanych w kilku postępowaniach należy brać pod uwagę w kontekście ustalenia obowiązku stosowania przepisów dyrektywy. **Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał w omawianym wyroku, iż istnienie jednego podmiotu zamawiającego i możliwość przeprowadzenia przez przedsiębiorstwo wspólnotowe całości robót opisanych w odnośnych zamówieniach może stanowić dowód potwierdzający istnienie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy.** Zauważył również, iż jest zrozumiałe, że z powodów administracyjnych lub innych program robót budowlanych zmierzających do wykonania obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy może być przedmiotem kilku procedur, których inicjatywa pochodzi od różnych zamawiających. Może tak być na przykład w przypadku budowy drogi przechodzącej przez terytorium kilku władztw lokalnych, z których każdy odpowiada administracyjnie za jej odcinek. W takim bowiem przypadku zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości cel dyrektywy nie zostałby osiągnięty, jeżeli zakres stosowania dyrektywy byłby wyłączony z tego powodu, że szacowana wartość każdego odcinka obiektu budowlanego byłaby niższa od progu zastosowania dyrektywy. W związku z powyższym cel dyrektywy nie zostałby również osiągnięty, jeżeli za odrębne zamówienia uznać budowę gazociągu w ramach de facto jednego władztwa lokalnego przez jednego zamawiającego. Pozwoleń na budowę udzielał w przedmiotowej sprawie starosta, a nie wójtowie poszczególnych gmin.

Komentując treść przedmiotowego wyroku, należy również zwrócić uwagę na odmienną terminologię stosowaną w Dyrektywie 93/38/WE oraz w Dyrektywie 2004/17/WE. Nieobowiązująca w dniu wszczęcia postępowania Dyrektywa 93/38/WE odnosiła się w swojej treści do definicji obiektu (roboty budowlanej) jako rezultatu całości prac budowlanych, który spełnia samodzielnie funkcje ekonomiczne i techniczne. Analizę stanu faktycznego w nawiązaniu do tej definicji przeprowadził także Europejski Trybunał Sprawiedliwości w cytowa-

nym wyroku. Obowiązująca w dniu udzielenia przedmiotowego zamówienia Dyrektywa 2004/17/WE posługuje się w art. 17 innym terminem, tj. „projektem budowlanym”. Zgodnie z art. 17 pkt 2 tej dyrektywy podmioty zamawiające nie mogą uniknąć stosowania niniejszej dyrektywy, dzieląc na części **projekty budowlane** lub planowane zakupy określonych ilości dostaw lub usług lub używania specjalnych metod obliczania wartości zamówień. Pojęcie „projektu budowlanego” nie jest zdefiniowane w dyrektywach obecnie obowiązujących, nie ulega jednakże wątpliwości, że znaczenia tego terminu nie można utożsamiać z terminem krajowym. Krajowy „projekt budowlany” w rozumieniu prawa unijnego jest niczym innym jak elementem „specyfikacji technicznej” w rozumieniu prawa wspólnotowego. Oznacza to przede wszystkim, że zapisy dyrektywy w zakresie niedopuszczalności podziału odnoszą się nie tyle do konkretnych dokumentów stanowiących elementy specyfikacji technicznych, co do całych zamierzeń, przedsięwzięć inwestycyjnych. Niesłuszne jest więc stwierdzenie zamawiającego, że przesłankami dopuszczającymi zaniechanie łącznego szacowania wartości obu zamówień było istnienie dwóch odrębnych dokumentacji projektowych na dwa przedmiotowe odcinki gazociągu. Prawodawca europejski, co zostało powyżej wykazane, w trakcie oceny zasadności łącznego szacowania zamówień nakazuje posługiwać się pojęciami szerszymi niż dokumentacja projektowa (specyfikacja techniczna).

W świetle powyższych rozważań należy wskazać, że niedopuszczalne jest udzielanie zamówień bez łącznego szacowania ich wartości w sytuacji, gdy:

- obiekty **spełniają** kryteria określone w wyroku ETS odnoszące się do tożsamości przedmiotowej zamówienia (roboty tego samego rodzaju) i tożsamości czasowej zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie),
- obiekty samoistnie **nie spełniają** funkcji gospodarczej i technicznej.

Pomocniczym kryterium jest fakt udzielania zamówienia przez jeden podmiot zamawiający. Z treści wyroku można także wywnioskować, że przesłankę dla oceny, czy dane zamówienie nie zostało sztucznie podzielone na części w celu ominięcia stosowania ustawy Pzp jest także bliskość terytorialna przedmiotu zamówień. Ponadto analizując stan faktyczny, należy zwrócić szczególną uwagę na funkcję, jaką ma spełnić całe zamierzenie.

W odniesieniu do pierwszego kryterium (tożsamości przedmiotowej) nie ulega wątpliwości, że zamówienia na wykonawstwo generalne Gazociągu W-G na terenie gminy G. oraz na terenie gminy P. są względem siebie analogiczne. Przedmiotem obu zamówień jest zbudowanie odcinków gazociągu wysokiego ciśnienia DN 500 mm, MOp 8,4 MPa, przy czym każdy z odcinków nie zawiera żadnych dodatkowych elementów konstrukcyjnych, takich jak np. stacje redukcyjne. Przedmiotem zamówienia są więc odcinki rur przystosowane do przesyłu gazu o wysokim ciśnieniu. Należy ponadto zwrócić uwagę na fakt, że oba odcinki gazociągu mogą zostać wykonane przez jednego wykonawcę. Nie jest zasadna argumentacja zamawiającego, że o braku tożsamości zamówień świadczyć może m.in. fakt, że zamówienia zostały ostatecznie udzielone dwóm odrębnym wykonawcom. Zgodnie bowiem z Protokołami nr 1 z posiedzeń Komisji Przetargowej – zamawiający wystosował zaproszenia do złożenia ofert w przedmiotowych postępowaniach do 8 tych samych wykonawców, w tym do wykonawców, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty. Sam fakt, że wykonawcy, którzy ostatecznie zdobyli zamówienie złożyli także oferty w ramach kolejnego zamówienia świadczy o tym, że byli oni w stanie wykonać obie części w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, że spełnione zostało także drugie kryterium – tożsamości czasowej zamówienia. Oba zamówienia zostały udzielone bowiem w tym samym dniu, tj. 12 sierpnia 2008 r.

Podobnie spełnione zostało kryterium pomocnicze mające jednakże w świetle wyroku ETS istotne znaczenie dla oceny, czy zasadne jest sumowanie wartości obu zamówień. Oba odcinki gazociągu zostały bowiem zrealizowane przez ten sam podmiot zamawiający, co w wydatny sposób wzmacnia argumentację o konieczności łącznego zsumowania wartości obu zamówień.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na przedmiot całego zamierzenia inwestycyjnego zamawiającego. Wbrew twierdzeniom przedstawionym w piśmie z 18 marca 2010 r. samodzielnym celem inwestycji nie były gazociągi W-G, odcinek G.i odcinek P. Zgodnie z treścią opisu technicznego (część 1. Wstęp) oraz wniosku o dofinansowanie robót budowlanych zamawiający zamierzał zrealizować, tj. dokończyć budowę Gazociągu W-G o ciśnieniu MOP 8,4 MPa oraz średnicy DN 500 i łącznej długości 63,7 km. Celem realizacji tego przedsięwzięcia była: *konieczność poprawy zaopatrzenia Trójmiasta i pasa nadmorskiego w gaz ziemny wysokometanowy, mając na względzie perspektywiczne kierunki rozwoju krajowego systemu przesyłu, jak również likwidację deficytu gazu w czasie poborów szczytowych w sezonie jesienno-zimowym, potrzebę zasilania w paliwo gazowe budowanej elektrowni w Żarnowcu oraz gazyfikację miejscowości położonych wzdłuż trasy projektowanego gazociągu*. W punkcie B.5 (Cele projektu) Wniosku o dofinansowanie zamawiający wskazuje dalej, że *planowana jest budowa Kawernowego Podziemnego Magazynu Gazu w K., który nie może być zasilany bez uprzedniej rozbudowy infrastruktury przesyłowej*, tj. między innymi gazociągu W-G, na odcinku gminy G.i na odcinku gminy P. Zamawiający zwraca uwagę dalej, że oddziaływanie projektu (Gazociąg W-G) jest ponadregionalne i docelowo umożliwi dostawy gazu z północy na południe kraju z kierunku północno-zachodniego Polski w związku z planowanymi nowymi źródłami gazu oraz planowanym nowym gazociągiem Szczecin – Gdańsk. Zamawiający sam zwraca uwagę we Wniosku o dofinansowanie, że gazociągi na terenie gminy P i G. są jedynie odcinkami (etapami) większej całości. Ich budowa nie jest celem samym w sobie, ale niezbędnym elementem szerszej inwestycji na Pomorzu. Terminologia stosowana przez inwestora we Wniosku o dofinansowanie wskazuje na analizę przedsięwzięcia w kategoriach systemowych (strategicznych) – mowa jest o gazociągach W-G i S-G. Nie można zatem zgodzić się ze stwierdzeniem zamawiającego, że fakt iż, oba odcinki są ze sobą połączone i znajdują się w sąsiednich gminach nie ma żadnego znaczenia dla konieczności ich łącznego oszacowania. Jest bowiem dokładnie odwrotnie – fakt, iż oba odcinki stanowią element większej całości, jaką jest strategiczny Gazociąg W-G determinuje zarazem ich funkcję i staje się kolejną przesłanką wskazującą na konieczność zsumowania wartości obu zamówień.

Bardziej złożony problem przedstawia się w odniesieniu do zagadnienia samodzielności techniczno-gospodarczej obu zamówień. Zamawiający nie wykazał wystarczająco w wyjaśnieniach, że rzeczywiście taka samodzielność w przedmiotowych zamówieniach wystąpiła.

Należy zwrócić uwagę, że żaden z odcinków gazociągów nie jest w stanie funkcjonować samodzielnie bez instalacji (budowy) niezbędnej infrastruktury. Bez wątplenia również żaden z gazociągów nie ma żadnych odgałęzień, urządzeń dystrybucyjnych, sprzężających czy innych. Możliwość ich późniejszego wybudowania nie ma dla przedmiotu sprawy znaczenia. Samodzielnie żaden z odcinków nie jest zdolny do pełnienia jakiegokolwiek funkcji. Oba odcinki nabywają właściwe funkcje w takim kontekście, w jakim realizują szersze zamierzenie inwestycyjne. Zasadność takiego stanowiska potwierdza pośrednio sam zamawiający we Wniosku o dofinansowanie (punkt D.2.4 Harmonogram), gdzie wskazano, że po oddaniu 2 brakujących odcinków (2,7 km niezrealizowanego odcinka na terenie gminy G. oraz 0,66 km niezrealizowanego odcinka na terenie gminy T.) i wykonaniu prób stresowych będzie można uruchomić nową nitkę gazociągu, poczynając od przejścia przez Wisłę w gm. G. do układu śluz w m. K., z możliwością odbioru gazu w m. K. Tak więc wybudowane w 2007 roku odcinki gazociągu, w opinii zamawiającego samodzielnie techniczne, nie pełnią w istocie żadnej funkcji i nie mogą być oddane do użytku przed ukończeniem brakujących elementów. Nie sposób zgodzić się zatem ze stwierdzeniem zamawiającego zawartym w piśmie z 18 marca 2010 r. (strona 9), że osiągnięcie samodzielności może nastąpić później niż w momencie wybudowania i, że istnieje „potencjalna samodzielność techniczna”. Odcinek „potencjalnie samodzielny” jest w istocie odcinkiem niesamodzielnym, który nie może pełnić i nie pełni żadnej funkcji do czasu wybudowania dodatkowej infrastruktury, umożliwiającej przesył gazu. Sam przesył gazu przez dany obszar nie oznacza bowiem, że odcinek gazociągu przebiegający przez ten obszar jest odrębnym zamówieniem od kolejnego odcinka tego samego gazociągu (który również może zaopatrywać w gaz kolejny obszar itd.). Nie sposób zatem zgodzić się z wielokrotnie przywoływanym argumentem, że o odrębności technicznej świadczy możliwość przesyłania gazu na danym obszarze. Taki argument sankcjonuje pełną swobodę zamawiającego

w określaniu wielkości takiego obszaru. Nic bowiem nie stoi na przeszkodzie, żeby rzeczony obszar był mniejszy niż obszar gminy. Podział terytorialny kraju nie może być podstawą do oceny, czy wartości danych zamówień winny być sumowane, co znalazło już odzwierciedlenie w cytowanym wcześniej wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Całkowicie nieadekwatna do opisywanej sytuacji jest analogia zaproponowana przez zamawiającego, który upatruje daleko idących podobieństw w zamówieniach liniowych na gazociągi i drogi, przywołując przy tym orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz jeden wyrok Zespołu Arbitrów. Komisja Orzekająca oraz Zespół Arbitrów analizował stan faktyczny dla innych niż gazociągi obiektów, tj. dla dróg. Kluczową różnicą pomiędzy zamówieniami na drogi i na gazociągi, która może mieć wpływ na sposób szacowania wartości takich zamówień jest funkcja takich obiektów. Zamówienia na dwie drogi powiatowe, będące przedmiotem orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej (i na remont ulic, co z kolei było przedmiotem wyroku Zespołu Arbitrów) dotyczą **dwóch różnych** dróg powiatowych, pełniących **różne funkcje** transportowe (ewentualnie różnych ulic, pełniących różne funkcje transportowe). Nie są zaś bez wątpienia kolejnymi odcinkami tej samej drogi powiatowej.

Zamawiający stara się także dowiedzieć, że posiadanie odrębnych pozwoleń na budowę upoważnia go do traktowania każdego z zamówień jak zamówienia odrębnego, którego nie należy łącznie szacować. O tym, czy dany przedmiot zamówienia jest samodzielny pod względem funkcjonalnym decyduje właśnie jego zdolność do pełnienia funkcji, do której został przeznaczony, nie zaś fakt wydania pozwolenia na jego wybudowanie. To nie pozwolenie na budowę określa funkcjonalność obiektu w rozumieniu prawa wspólnotowego. Pozwolenie na budowę jest elementem niezbędnym w prawidłowo przeprowadzonym procesie inwestycyjnym, nie oznacza to jednakże, że jest elementem decydującym dla oceny, czy wartość danego przedmiotu zamówienia powinna być łącznie oszacowana w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych i dyrektywy wspólnotowej. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy Prawo budowlane nie wskazuje, że organ administracyjno-budowlany bada zasadność łącznego, albo rozłącznego szacowania wartości zamówień. Decyzje organu administracji budowlanej są bez wątpienia niezbędne dla realizacji samej inwestycji, co nie oznacza, że mają równie kluczowe znaczenia w procedurze przetargowej, tym bardziej, że brak pozwolenia na budowę w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest wadą takiej procedury. Względny administracyjno-prawny nie mogą decydować o sposobie rozumienia zamówienia publicznego. Tym samym, to nie decyzja Starosty Tczewskiego konstituuje stosunki prawne w zakresie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego na uwagę zasługują także następujące okoliczności. Po pierwsze, zgodnie z treścią art. 33 ust. 1 ustawy Prawo budowlane *pozwolenie na budowę dotyczy całego zamierzenia budowlanego. W przypadku zamierzenia budowlanego obejmującego więcej niż jeden obiekt, pozwolenie na budowę może, na wniosek inwestora, dotyczyć wybranych obiektów lub zespołu obiektów, mogących samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem*. Przepis jednoznacznie wskazuje, że to zamawiający (inwestor) ma zdolność do kreowania stosunków w tym zakresie i to na jego wniosek otrzymywane jest pozwolenie na budowę. To od zamawiającego w znacznej mierze zależy, czy zostanie wydane jedno pozwolenie na budowę, czy też pozwoleń na budowę będzie więcej. W przedmiotowym stanie faktycznym w ramach każdego odcinka pojawiło się kilka pozwoleń na budowę. Na terenie gminy G. wydano co najmniej 4 pozwolenia na budowę – pierwsze przez Starostę Tczewskiego 13 września 2007 r. (w zakresie zespołu zaporowo-upustowego do granicy gm. G. i P.), drugie 14 stycznia 2008 r. (w zakresie przekroczenia rzeki W. w km 6+550), trzecie przez Wojewodę Pomorskiego 7 lutego 2007 r. (w granicach pasa drogowego drogi krajowej, wojewódzkiej i na obszarze kolejowym) i czwarte na podstawie decyzji lokalizacyjnej w trybie specustawy o terminalu. Na terenie gminy P. wydano zaś co najmniej 2 pozwolenia na budowę „Gazociągu w/c W-G DN 500, MOp 8,4 MPa odcinek IV na terenie gminy P”. – pierwsze przez Starostę Tczewskiego 10 września 2007 r. i drugie przez Wojewodę Pomorskiego 11 maja 2007 r. (w granicach pasa drogowego drogi krajowej nr 1 i wojewódzkiej nr 229). Idąc tropem argumentacji zamawiającego, należałoby powiedzieć, że odcinek na terenie gminy G. składa się z czterech autonomicznych, samodzielnych pod względem

technicznym gazociągów (gdyż wydano w tym zakresie 4 pozwolenia na budowę). Oczywiście taka konstatacja budzi daleko idące wątpliwości, gdyż oznacza, że wpływ na sposób oszacowania wartości mają np. kolizje odcinków gazociągów z torami kolejowymi, kolizje z drogami wojewódzkimi itd., gdyż można w przypadku tych kolizji wydać odrębne pozwolenia na budowę.

Po drugie zamawiający we Wniosku o dofinansowanie wskazał inne powody podziału brakujących części gazociągu W-G na etapy: „Podział przedsięwzięcia na etapy podyktowany był czynnikiem o charakterze administracyjnym – dokonano podziału na etapy w zależności od stanu prawnego gruntu, tak aby odcinki, gdzie występują problemy z wykupem/uzyskaniem prawa do dysponowania nieruchomością nie wstrzymywały realizacji całej inwestycji”. Tak więc w świetle takiego wyjaśnienia to nie pozwolenia na budowę zdecydowały *de facto* o takiej formie podziału gazociągu na odcinki, ale czynniki pozamerytoryczne, tj. protesty mieszkańców, problemy z wykupem działek pod inwestycję. Czynnikiem administracyjny – podział każdego etapu na mniejsze odcinki, przy czym każdy z odcinków obejmuje jedną gminę, jest zatem efektem samodzielnej, swobodnej decyzji zamawiającego.

Po trzecie, należy zwrócić uwagę na treść pozwoleń na budowę i projektów budowlanych będących podstawą do wydania pozwolenia. Zarówno w projektach, jak też pozwoleniach odpowiednio zamawiający jak i organ administracji nie wskazuje na samodzielność realizowanej inwestycji na terenie każdej z gmin, ale na jej fragmentaryczność, np. w projekcie budowlanym na odcinek gazociągu na terenie gminy P. wskazano: „Przedmiotowy gazociąg stanowi **fragment** gazociągu wysokiego ciśnienia DN 500 mm, MOp 8,4 MPa relacji: W-G, który zlokalizowano na terenach województw kujawsko-pomorskiego i pomorskiego”. Trudno więc dowodzić, że odcinki są całkowicie samodzielne technologicznie, a nawet, że nie ma znaczenia fakt ich połączenia w sytuacji, gdy już z pierwszego zdania decyzji o pozwoleniu na budowę i wstępnych zapisów projektu budowlanego wynika, że gazociągi na terenie gminy G. i P. były jedynie fragmentami zamierzenia inwestycyjnego. Tak więc wątpliwe staje się twierdzenie wykonawcy, że samo wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę jednoznacznie świadczy o jej całkowitej samodzielności.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie wartości zamówień na wykonawstwo generalne Gazociągu W-G na terenie gminy G. oraz na terenie gminy P. było błędne. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. Jako, że są ze sobą tożsame i ich przeznaczenie jest takie samo, mogą być wykonywane przez jednego wykonawcę. Z dokumentacji kontroli wynika także, że zostały udzielone w tym samym czasie. Inwestorem w przedmiotowym postępowaniu jest ponadto ten sam zamawiający. Nie sposób ponadto zgodzić się z zamawiającym, że oba odcinki gazociągu są samodzielne pod względem technicznym i funkcjonalnym. Nie stanowią one autonomicznych, niezależnych od siebie całości. Bez wybudowania niezbędnej infrastruktury nie są zdolne do realizacji jakiegokolwiek zadania (pozostają rurociągami). Ich funkcja jest określona jedynie w kontekście znacznie większej inwestycji, jaką jest gazociąg W – G.

Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający, udzielając zamówień na wykonawstwo generalne Gazociągu W-G na terenie gminy G. oraz na terenie gminy P. dopuścił się niedozwolonego podziału zamówienia na części, nie sumując wartości wszystkich części. Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanych zamówień wynosiła 6.706.045,18 euro, co obligowało zamawiającego do zastosowania procedury przewidzianej w ustawie Pzp (art. 133 ust. 1 ustawy Pzp), a tym samym zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego robót budowlanych w Dzienniku Urzędowym UE. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na niezastosowaniu ustawy Pzp i nieopublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3, w zw. z art. 133 ust. 1, w zw. z art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli. Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń. Stanowisko Prezesa podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 21 października 2010 r. (sygn. KIO/KD 73/10).

## Przykład nr 5 (KND/64/10)

Zamawiający – gmina P. – udzielił w latach 2008–2009 zamówień na wykonanie zadania pn.: „Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej” bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy).

W latach 2008–2009 zamawiający zamówił:

- 1) od wykonawcy – S. Grażyna materiały budowlane za cenę 520,48 zł (Faktura VAT nr 3417/08 z 9 lipca 2008 r.),
- 2) od wykonawcy – P.H.U. Dariusz L. materiały budowlane za cenę 28 593,27 zł (Faktura VAT nr 664/2008 z 14 lipca 2008 r.),
- 3) od wykonawcy – P.H.U. Dariusz L. materiały budowlane (zamówienie nr: 250/2008 z 18 sierpnia 2008 r.) za cenę 20 323,16 zł (Faktura VAT nr 800/2008 z 18 sierpnia 2008 r.),
- 4) od wykonawcy – Zb. & E. materiały budowlane za cenę 3 601,42 zł (Faktura VAT nr 2500/08 z 22 sierpnia 2008 r.),
- 5) od wykonawcy – „H-G” Sp. z o. o. materiały budowlane za cenę 542,30 zł (Faktura VAT nr FK01330 z 26 sierpnia 2008 r.),
- 6) od wykonawcy – Cezary T. materiały elektryczne za cenę 4 151,95 zł (Faktura VAT nr 601/0/2008 z 28 sierpnia 2008 r.),
- 7) od wykonawcy – P.H.U. Dariusz L. materiały budowlane (zamówienie nr: 274/2008 z 4 września 2008 r.) za cenę 13 801,73 zł (Faktura VAT nr 886/2008 z 4 września 2008 r.),
- 8) od wykonawcy – P.H.U. Dariusz L. materiały budowlane za cenę 476,70 zł (Faktura VAT nr 908/2008 z 10 września 2008 r.),
- 9) od wykonawcy – S. Grażyna materiały budowlane za cenę 390,29 zł (Faktura VAT nr 5660/08 z 30 września 2008 r.),
- 10) od wykonawcy – „H-G” Sp. z o. o. materiały budowlane za cenę 104,35 zł (Faktura VAT nr FK01597 z 30 września 2008 r.),
- 11) od wykonawcy – P.H.U. Dariusz L. materiały budowlane (zamówienie nr: 293/2008 z 1 października 2008 r.) za cenę 24 286,08 zł (Faktura VAT nr 1010/2008 z 2 października 2008 r.),
- 12) od wykonawcy – P.H.U. Dariusz L. materiały budowlane za cenę 7 587,08 zł (Faktura VAT nr 1123/2008 z 28 października 2008 r.),
- 13) od wykonawcy – Witold K., Zbigniew R. materiały budowlane za cenę 43,51 zł (Faktura VAT nr 523/08/V/1 z 14 listopada 2008 r.),
- 14) od wykonawcy – C. Sp. z o. o. materiały budowlane za cenę 517,30 zł (Faktura VAT nr 174729/8059/2008 z 18 listopada 2008 r.),
- 15) od wykonawcy – P.H.U. Dariusz L. materiały budowlane za cenę 7 576,72 zł (Faktura VAT nr 1198/2008 z 18 listopada 2008 r.),
- 16) od wykonawcy – P.P.U.H. Cezary T. materiały elektryczne za cenę 6 030,46 zł (Faktura VAT nr 837/0/2008 z 26 listopada 2008 r.),
- 17) od wykonawcy – P.H.U. Dariusz L. materiały budowlane za cenę 3 796,70 zł (Faktura VAT nr 1337/2008 z 18 grudnia 2008 r.),
- 18) od wykonawcy – P.P.U.H. Cezary T. materiały elektryczne za cenę 1 539,42 zł (Faktura VAT nr 915/0/2008 z 22 grudnia 2008 r.),
- 19) od wykonawcy – Zb. & E. materiały budowlane za cenę 1 061,32 zł (Faktura VAT nr 7/09 z 13 stycznia 2009 r.),

- 20) od wykonawcy – „H-G” Sp. z o. o. materiały budowlane za cenę 1 448,66 zł (Faktura VAT nr FK00052 z 16 stycznia 2009 r.),
- 21) od wykonawcy – Przedsiębiorstwo Handlowo – Zb. & E. materiały budowlane za cenę 3 618,72 zł (Faktura VAT nr 36/09 z 16 stycznia 2009 r.),
- 22) od wykonawcy – P.H.U. Dariusz L. materiały budowlane za cenę 3 382,82 zł (Faktura VAT nr 59/2009 z 27 stycznia 2009 r.),
- 23) od wykonawcy – „H-G” Sp. z o. o. materiały budowlane za cenę 245,17 zł (Faktura VAT nr FK00213 z 21 lutego 2009 r.),
- 24) od wykonawcy – Cezary T. materiały elektryczne za cenę 124,78 zł (Faktura VAT nr 143/0/2009 z 24 marca 2009 r.),
- 25) od wykonawcy – P.H.U. Dariusz L. materiały budowlane za cenę 537,80 zł (Faktura VAT nr 517/2009 z 24 czerwca 2009 r.).

18 lipca 2008 r. zamawiający zawarł umowę nr RG.2232/PSM/1/2008 z wykonawcą – T-T K. Robert na wykonanie prac remontowych w ramach realizacji zadania pn.: Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej. Zakres prac obejmował:

- 1) prace demontażowe (demontaż wmurowanych szaf, demontaż umywalek, demontaż kranów i podgrzewaczy wody, demontaż drzwi z ościeżnicami, zbijanie glazury, wyburzenie ścian, usunięcie gumoleum i listew przypodłogowych, demontaż oświetlenia sufitowego, demontaż oświetlenia ściennego, demontaż starych gniazd elektrycznych, usunięcie gruzu),
- 2) kompleksową wymianę elektryki wraz z zabezpieczeniem (położenie nowych przewodów elektrycznych do minimum czterech gniazd w pomieszczeniu (przewód YDY 3x2,5), położenie nowych przewodów elektrycznych do oświetlenia i włączników światła (przewód YDY 3x1,5), wymiana szafki zabezpieczeń, montaż gniazd i włączników, montaż lamp),
- 3) zamurowanie zbędnych drzwi,
- 4) tynkowanie po zбиuciu płytek, demontażu ościeżnic oraz zamurowaniu drzwi,
- 5) zmywanie ścian z farby kredowej,
- 6) usunięcie olejnej lamperii w pomieszczeniach,
- 7) wyrównanie podłogi masą wyrównującą,
- 8) wklejenie płyt wygłuszenia akustycznego na ścianach,
- 9) wykonanie stelażu pod płyty kartonowo-gipsowe na ścianach i sufitach,
- 10) wygłuszenie ścian i sufitów wełną mineralną o grubości 5 cm,
- 11) montaż płyt kartonowo-gipsowych na stelażu,
- 12) wykonanie wentylacji w pomieszczeniach wraz z jej obudową i izolacją,
- 13) montaż drzwi,
- 14) szpachlowanie ścian i sufitów (2-krotne) wraz z montażem narożników aluminiowych,
- 15) docieranie ścian i sufitów,
- 16) gruntowanie ścian i sufitów środkiem gruntującym (przed malowaniem),
- 17) malowanie dwukrotne pomieszczeń,
- 18) malowanie rur i kaloryferów,
- 19) położenie paneli podłogowych wraz z listwami przypodłogowymi.

Wykonawca został zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy z materiałów dostarczonych przez zamawiającego.

Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 34 000 zł.

5 sierpnia 2008 r. zamawiający zamówił (zamówienie nr: 233/2008) od wykonawcy – C. materiały do remontu w budynku przy ul. J. na potrzeby ... Szkoły Muzycznej I stopnia (glazura Mirella 102 m<sup>2</sup>, gres Pulsar Beige



28 m<sup>2</sup>, mozaika Gialoo Paski Candy 2 m<sup>2</sup>, mozaika Azul Paski Candy 2 m<sup>2</sup>) wraz z transportem materiałów (...). Wynagrodzenie (zgodnie z treścią zamówienia) zostało ustalone na kwotę ok. 2 360 zł.

Zamawiający w piśmie z 20 kwietnia 2011 r. wyjaśnił, iż wykonawca z tytułu realizacji niniejszego zamówienia otrzymał wynagrodzenie w wysokości 2 427,27 zł. Zamawiający w ww. piśmie wskazał, iż: „W zamówieniu określona była orientacyjna wartość zamówienia materiałów na kwotę 2.360,00 zł brutto”.

22 sierpnia 2008 r. zamawiający zawarł umowę nr RG.2232/PSM/2/08 z wykonawcą – sp. j. A. & K. na wykonanie zadania polegającego na remoncie pomieszczeń sanitarnych w budynku przy ul. J. w ramach realizacji zadania pn.: Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej, OPS.

Wykonawca został zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy z materiałów własnych.

Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 18 346,62 zł.

22 sierpnia 2008 r. zamawiający zawarł umowę nr RG.2232/PSM/3/08 z wykonawcą – Danielem F. na wykonanie pracy polegającej na dostawie i montażu okien w budynku przy ul. J. w ramach realizacji zadania pn.: Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej, OPS. Zakres prac obejmował:

- 1) dostawę i montaż okien trzyszybowych o gabarytach 1380 x 1700 w ilości 6 szt.,
- 2) dostawę i montaż okien trzyszybowych o gabarytach 580 x 1750 w ilości 6 szt.,
- 3) dostawę i montaż okien trzyszybowych o gabarytach 1200 x 1700 w ilości 1 szt.,
- 4) dostawę i montaż okien trzyszybowych o gabarytach 2020 x 590 w ilości 1 szt.,
- 5) dostawę i montaż okien dźwiękochłonnych o gabarytach 1380 x 1700 w ilości 3 szt.,
- 6) dostawę i montaż okien dźwiękochłonnych o gabarytach 1200 x 1700 w ilości 1 szt.
- 7) Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 22 707,18 zł.

29 sierpnia 2008 r. zamawiający zawarł aneks nr 1 do umowy, w którym zmieniono zakres prac do wykonania, termin zakończenia robót oraz wynagrodzenie wykonawcy.

Zgodnie z zawartym aneksem zakres prac obejmował:

- 1) dostawę i montaż okien:
  - trzyszybowych o gabarytach 1380 x 1700 w ilości 6 szt.,
  - trzyszybowych o gabarytach 580 x 1750 w ilości 6 szt.,
  - trzyszybowych o gabarytach 1200 x 1700 w ilości 1 szt.,
  - trzyszybowych o gabarytach 2020 x 590 w ilości 1 szt.,
  - dźwiękochłonnych o gabarytach 1380 x 170 w ilości 3 szt.,
  - dźwiękochłonnych o gabarytach 1200 x 1700 w ilości 1 szt.,
  - z szybą mleczną o gabarytach 172 x 132 w ilości 1 szt.;
- 2) dostawę i montaż parapetów białych wykonanych w technologii posttforming:
  - o wymiarach 35 x 150 w ilości 8 szt.,
  - o wymiarach 35 x 130 w ilości 2 szt.,
  - o wymiarach 35 x 75 w ilości 2 szt.

Zgodnie z zawartym aneksem wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 26 207,17 zł.

26 września 2008 r. zamawiający zawarł umowę nr RG.2232/PSM/4/2008 z wykonawcą – T-T K. Robert na wykonanie prac remontowych w budynku przy ulicy J. na potrzeby Szkoły Muzycznej I stopnia – II etap.

Zakres prac obejmował:

- 1) prace demontażowe (demontaż drzwi – 9 szt., rozbijanie ścianek działowych w WC, rozbijanie ściany celem powiększenia szatni, zrywanie wygłuszeń z byłego pokoju badania słuchu, zbijanie glazury w łazienkach, zbijanie terakoty w łazienkach, likwidacja wymurowanej szafy w WC, usunięcie gruzu przed posesją, zrywa-

nie nyloneum i płytek PCV, demontaż umywalk, demontaż muszli klozetowych, demontaż sprzętu łazienkowego, demontaż starych włączników i gniazd elektrycznych),

- 2) kompleksową wymianę elektryki wraz z podłączeniem do nowego zabezpieczenia (położenie nowych przewodów elektrycznych do oświetlenia i włączników światła (przewód YDY 3x1,5), położenie nowych przewodów elektrycznych do gniazd (przewód YDY 3x2,5), położenie oświetlenia ewakuacyjnego (przewód YDY 3x1,5), montaż gniazd i włączników, montaż lamp),
- 3) zabudowę pomieszczenia socjalnego (wykonanie konstrukcji ze stelażu, izolowanie ściany, montaż płyt K/G),
- 4) montaż drzwi – 9 szt.,
- 5) wyrównanie podłóg w łazienkach masą wyrównującą,
- 6) ukształtowanie podłogi pod kratkę ściekową w WC,
- 7) wyrównanie podłogi w szatni pod terakotę,
- 8) wyszpachlowanie podłogi w magazynkach pod panele podłogowe,
- 9) wykonanie ścianek działowych w WC damskim i męskim,
- 10) wykonanie wentylacji pomieszczeń sanitarnych i magazynowych,
- 11) wykonanie sufitów z płyt K/G na holu oraz w pomieszczeniach sanitarnych i magazynowych,
- 12) obłożenie ścian płytami K/G na holu oraz w pomieszczeniach sanitarnych i magazynowych,
- 13) szpachlowanie dwukrotne wszystkich pomieszczeń,
- 14) docieranie wszystkich pomieszczeń,
- 15) gruntowanie środkiem gruntującym,
- 16) układanie glazury i terakoty w łazienkach wraz z fugowaniem i silikonowaniem,
- 17) układanie terakoty na części szatni wraz z fugowaniem,
- 18) układanie paneli podłogowych w magazynkach wraz z listwowaniem,
- 19) malowanie dwukrotne ścian i sufitów,
- 20) malowanie rur i kaloryferów.

Wykonawca został zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy z materiałów dostarczonych przez zamawiającego.

Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 25 620 zł.

10 października 2008 r. zamawiający zawarł umowę nr RG.2232/PSM/5/2008 z wykonawcą – T-T K. Robert na wykonanie prac remontowych w ramach realizacji zadania pn.: Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej, OPS.

Zakres prac obejmował:

- 1) prace demontażowe (demontaż wymurowanych szaf, demontaż umywalk, demontaż kranów i podgrzewaczy wody, demontaż drzwi wraz z ościeżnicami, zbijanie glazury, wyburzenie ścian, demontaż starej instalacji wyciągowej, demontaż wyposażenia sali protetyki, demontaż grzejników, demontaż oświetlenia sufitowego, demontaż oświetlenia ściennego, demontaż gniazd i włączników elektrycznych, wybijanie otworów drzwiowych wraz z montażem belki nadprożnej, usunięcie gruzu przed posesją),
- 2) kompleksową wymianę elektryki wraz z zabezpieczeniem (położenie nowych przewodów elektrycznych do minimum czterech gniazd w pomieszczeniu (przewód YDY 3x2,5), położenie nowych przewodów elektrycznych do oświetlenia i włączników światła (przewód YDY 3x1,5), wymiana szafki zabezpieczeń, montaż gniazd i włączników, montaż lamp, położenie przewodu telefonicznego do gabinetu dyrektora oraz sekretariatu),
- 3) zamurowanie zbędnych drzwi,
- 4) zamurowanie wentylatorów,
- 5) szlifowanie ścian z farby kredowej,
- 6) tynkowanie po zбиciu płytek, demontażu ościeżnic oraz rozbiciu szaf,

- 7) wyrównanie ubytków w podłodze masą wyrównującą,
- 8) wklejanie płyt wygłuszenia akustycznego na ścianach,
- 9) wklejanie płyt wygłuszenia akustycznego na suficie (sala perkusji),
- 10) wykonanie stelażu sufitów podwieszanych,
- 11) wygłuszenie sufitów wełną mineralną (aku-płyta) o grubości 5 cm,
- 12) montaż płyt kartonowo-gipsowych na sufitach,
- 13) wykonanie stelażu ścian pod płyty kartonowo-gipsowe,
- 14) wygłuszenie ścian wełną mineralną (aku-płyta) o grubości 5 cm,
- 15) wykonanie gąbki z folią likwidującą rezonans płyt kartonowo-gipsowych,
- 16) montaż płyt kartonowo-gipsowych na stelażu,
- 17) wklejanie płyt kartonowo-gipsowych na ściany (w pomieszczeniach, w których nie przewidziano wygłuszenia akustycznego),
- 18) wklejanie ekranów z płyty za kaloryferami,
- 19) montaż drzwi z ościeżnicami,
- 20) wykonanie wentylacji wraz z jej obudową i izolacją,
- 21) wszpachlowanie taśm wzmacniających na łączenia płyt,
- 22) szpachlowanie ścian i sufitów wraz z montażem narożników aluminiowych (2-krotne),
- 23) obrabianie wnęk okiennych,
- 24) docieranie ścian i sufitów,
- 25) gruntowanie ścian i sufitów środkiem gruntującym (przed malowaniem),
- 26) akrylowanie wszystkich narożników w pomieszczeniach,
- 27) malowanie dwukrotne pomieszczeń,
- 28) wklejanie płyt wygłuszeniowych na podłogę,
- 29) położenie paneli podłogowych wraz z listwami przypodłogowymi.

Wykonawca został zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy z materiałów dostarczonych przez zamawiającego.

Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 36 600 zł.

22 października 2008 r. zamawiający zawarł umowę nr RG.2232/PSM/6/08 z wykonawcą – sp. j. A. & K. na wykonanie wymiany 35 szt. grzejników wraz z przeróbką podejść ze stali na miedź w ramach realizacji zadania pn.: Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej, OPS.

Wykonawca został zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy z materiałów własnych.

Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 19 500 zł.

25 listopada 2008 r. zamawiający zawarł umowę nr RG.2232/PSM/7/2008 z wykonawcą – T-T K. Robert na wykonanie prac remontowych w ramach realizacji zadania pn.: Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej (IV etap).

Zakres prac obejmował:

- 1) prace demontażowe (wyburzenie ścian, demontaż drzwi wraz z ościeżnicami, wyburzenie ścianek działowych w WC, zbijanie glazury w WC damskim i męskim, zbijanie terakoty w WC damskim i męskim, zbijanie glazury oraz demontaże w WC dla personelu, wycinanie otworów drzwiowych w murze wraz z montażem belek nadprożnych, demontaż umywalk, demontaż muszli klozetowych, demontaż sprzętu łazienkowego, demontaż lamp, demontaż włączników i gniazd elektrycznych, demontaż parapetów w łazienkach, likwidacja wymurowanej szafy w WC, demontaż cokołów przypodłogowych, usunięcie gruzu przed posesją),
- 2) kompleksową wymianę elektryki wraz z podłączeniem do nowego zabezpieczenia (położenie nowych przewodów elektrycznych do gniazd w pomieszczeniach (przewód YDY 3x2,5), położenie nowych przewo-

- dów elektrycznych do oświetlenia i włączników światła (przewód YDY 3x1,5), montaż gniazd i włączników, montaż lamp, montaż oświetlenia ewakuacyjnego),
- 3) zabudowę sali lekcyjnej kosztem holu (wykonanie konstrukcji ze stelażu, montaż wygłuszenia z wełny mineralnej (aku-płyta) o grubości 10 cm, wklejanie gąbki z folią likwidującą rezonans płyt kartonowo-gipsowych, montaż płyt kartonowo-gipsowych),
  - 4) zabudowę archiwum kosztem holu (wykonanie konstrukcji ze stelażu, montaż wygłuszenia z wełny mineralnej (aku-płyta) o grubości 10 cm, wykonanie doświetlenia holu – otwór na świetlik światła dziennego),
  - 5) zabudowę sali lekcyjnej kosztem pomieszczenia socjalnego oraz holu (wykonanie konstrukcji ze stelażu, montaż wygłuszenia z wełny mineralnej (aku-płyta) o grubości 10 cm, wklejenie gąbki z folią likwidującą rezonans płyt kartonowo-gipsowych, wykonanie doświetlenia holu – otwór na świetlik światła dziennego, wklejenie izolacji akustycznej, montaż płyt kartonowo-gipsowych),
  - 6) wykonanie sufitów podwieszanych we wszystkich pomieszczeniach oraz holu,
  - 7) wygłuszenie sufitów w salach lekcyjnych wełną mineralną (aku-płyta o grubości 5 cm),
  - 8) wykonanie wentylacji wraz z jej obudową i izolacją,
  - 9) obudowę rur kanalizacji wraz z montażem drzwiczek rewizyjnych do zaworów wodnych,
  - 10) wyrównanie ubytków w podłodze masą wyrównującą,
  - 11) ukształtowanie podłogi pod kratkę ściekową w WC,
  - 12) montaż drzwi z ościeżnicami,
  - 13) wykonanie ścianek działowych w WC damskim i męskim,
  - 14) wklejanie płyt kartonowo-gipsowych do ściany w pomieszczeniach, w których nie przewidziano wygłuszenia akustycznego,
  - 15) wklejanie płyt kartonowo-gipsowych na holu,
  - 16) układanie glazury i terakoty w WC damskim i męskim wraz z fugowaniem i silikonowaniem,
  - 17) wszpachlowanie taśm wzmacniających na łączenia płyt,
  - 18) szpachlowanie ścian i sufitów wraz z montażem narożników aluminiowych (2-krotne),
  - 19) docieranie ścian i sufitów,
  - 20) gruntowanie ścian i sufitów środkiem gruntującym (przed malowaniem),
  - 21) akrylowanie wszystkich narożników w pomieszczeniach,
  - 22) układanie glazury i terakoty w WC dla personelu,
  - 23) malowanie dwukrotne pomieszczeń,
  - 24) malowanie dwukrotne holu,
  - 25) montaż listw przypodłogowych w pomieszczeniach oraz holu.

Wykonawca został zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy z materiałów dostarczonych przez zamawiającego.

Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 26 840 zł.

27 listopada 2008 r. zamawiający udzielił wykonawcy – H.S.J. Spółka z o. o. zamówienia (zamówienie nr: 328/2008) na demontaż drewnianych starych okien i drzwi balkonowych oraz montaż nowych okien i drzwi z PCV wraz z parapetami wewnętrznymi w budynku przy ul. J. – przeznaczonym na Szkołę Muzyczną.

Wynagrodzenie (zgodnie z treścią zamówienia) zostało ustalone na kwotę 26 950 zł.

Zamawiający w piśmie z 20 kwietnia 2011 r. wyjaśnił, iż wykonawca z tytułu realizacji niniejszego zamówienia otrzymał wynagrodzenie w wysokości 26 949,02 zł. Zamawiający w ww. piśmie wskazał, iż: „W zamówieniu wartość zamówienia zaokrąglona była do pełnych złotych”.

5 grudnia 2008 r. zamawiający zawarł umowę nr IRG.2232/PSM/8/2008 z wykonawcą – T-T K. Robert na wykonanie prac remontowych w ramach realizacji zadania pn.: Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej (remont klatki schodowej).

Zakres prac obejmował:

- 1) kompleksową wymianę instalacji elektrycznej (wykuwanie bruzd pod przewody elektryczne, wiercenie otworów pod puszkę, demontaż starych punktów oświetlenia, demontaż starych włączników i zabezpieczenie otworów, wykonanie nowego zasilania z istniejącej tablicy rozdzielczej na parterze wraz z podłączeniem, wykonanie nowej instalacji oświetlenia górnego wraz z włącznikami, wykonanie oświetlenia ewakuacyjnego (w razie braku zasilania), wykonanie instalacji ppoż. z włącznikami, wykonanie instalacji sterowania okna oddymiającego),
- 2) skuwanie cokołów,
- 3) likwidację lamperii w wysokości 1,5 m,
- 4) szlifowanie i zmywanie ścian i sufitów ze starych farb,
- 5) gruntowanie ścian i sufitów przed szpachlowaniem,
- 6) szpachlowanie dwukrotne ścian i sufitów,
- 7) docieranie szpachlu,
- 8) wykonanie zabudowy wejścia na strych z płyt K/G na stelażu wraz z dociepleniem wełną mineralną,
- 9) gruntowanie ścian i sufitów przed malowaniem,
- 10) malowanie dwukrotne ścian i sufitów farbą emulsyjną,
- 11) położenie tynku mineralnego na wysokość 2 m,
- 12) przygotowanie barier i poręczy do malowania,
- 13) malowanie barier i poręczy,
- 14) wieszanie tablic informacyjnych.

Wykonawca został zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy z materiałów dostarczonych przez zamawiającego.

Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 22 570 zł.

23 grudnia 2008 r. zamawiający zawarł aneks do umowy, w którym zmieniono zakres prac do wykonania oraz termin zakończenia robót.

Zgodnie z zawartym aneksem zakres prac został rozszerzony o wymianę drzwi p.poz. (wejście na strych).

26 lutego 2009 r. zamawiający zawarł umowę nr IRG.2232/PSM/1/09 z wykonawcą – Tomaszem C. na wymianę stolarki drzwiowej w budynku po byłej przychodni, adaptowanego na potrzeby Szkoły Muzycznej przy ul. J.

Na przedmiot umowy składał się następujący zakres rzeczowy:

- 1) dostawa i wymiana drzwi wejściowych aluminiowych w ilości 3 szt., o wymiarach: 147x212, 147x215, 158x219, o odporności pożarowej EI30 (światło przejścia 90 cm),
- 2) dostawa i wymiana drzwi wewnętrznych aluminiowych w ilości 1 szt., o wymiarach: 102x216, o odporności pożarowej EI30 (światło przejścia 80 cm),
- 3) dostawa i wymiana drzwi wejściowych białych PCV w ilości 1 szt., o wymiarach: 146x214 (światło przejścia 80 cm).

Wykonawca został zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy z materiałów własnych.

Wynagrodzenie w umowie zostało ustalone na kwotę 38 800 zł.

Zamawiający w piśmie z 20 kwietnia 2011 r. wyjaśnił, iż wykonawca z tytułu realizacji niniejszej umowy otrzymał wynagrodzenie w wysokości 31 600 zł. Zamawiający w ww. piśmie wskazał, iż: „Różnica między umową

a zapłatą wystąpiła w wyniku rezygnacji z części zamówienia, a mianowicie z drzwi wewnętrznych pożarowych o wartości brutto 7.200,00 zł (ostatnia pozycja oferty nr OFR/1188)".

11 marca 2009 r. zamawiający zamówił (zamówienie nr: 56/2009) od wykonawcy – P. Cieśli drzwi przeciwpożarowe z wypełnieniem z płyty ognioodpornej EI30 w ilości 1 szt. wraz z transportem.

Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 2 290 zł.

22 czerwca 2009 r. zamawiający udzielił wykonawcy – ATM zamówienia (zamówienie nr: 162/2009) na wykonanie systemu oddymiającego w budynku przy ul. J. – przeznaczonego na Szkołę Muzyczną.

Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 6 200 zł.

**Łączne** wynagrodzenie dla ww. wykonawców za wykonanie ww. prac oraz dostawy materiałów wyniosło **413 452,27 zł.**

Z kosztorysów inwestorskich sporządzonych:

- we wrześniu 2008 r. (branża elektryczna, branża sanitarna),
- w październiku 2008 r. (branża budowlana)

wynika, iż **wartość zamówienia została ustalona na kwotę 624 193,10 zł.**

Zamawiający w odpowiedzi na pismo Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych, w piśmie z 14 sierpnia 2009 r., wyjaśnił, iż: „*zadanie pn.: „Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej” zdecydowałem realizować bez procedury przetargowej, na podstawie Art. 67.1 punkt 3 – równocześnie trwały prace projektowe oraz remontowe. Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej została wykonana bez procedury przetargowej ze względu na konieczność niezwłocznego wykonania prac, braku gotowej dokumentacji projektowej. Jednocześnie trwały prace projektowe i remontowe, a również do dziś trwa procedura zmiany studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy P. oraz zmian do planu zagospodarowania przestrzennego na ten obszar. Jeszcze obowiązuje studium i plan, w którym zapisano przeznaczenie tego budynku na usługi zdrowia. Chcąc przestrzegać wszystkich procedur, musiałbym poczekać na zmiany w studium i planie, wykonać dokumentację techniczną, ogłosić przetarg na wykonanie robót remontowych-adaptacyjnych i dopiero rozpocząć prace. W tej sytuacji budynek do dziś stałby pusty, ponieważ wciąż nie zakończyła się procedura planistyczna. Jednak została wykonana dokumentacja projektowo – kosztorysowa, równocześnie zgodnie z wytycznymi projektanta prowadzone były prace adaptacyjne, które nie wymagają decyzji pozwolenia na budowę. Nie mając gotowej dokumentacji technicznej, nie mogłem ogłosić przetargu na roboty budowlane. A ze względu na duże zainteresowanie dzieci i młodzieży nauką w szkole muzycznej zmuszony byłem zapewnić uczniom odpowiednie warunki. Dotychczasowa siedziba szkoły znajduje się przy Szkole Podstawowej nr 2 i dysponuje jedynie 2 pracowniami”.* Jednocześnie zamawiający poinformował, iż wartość kosztorysowa zadania została ustalona w październiku 2008 r. na kwotę 761 515,58 zł.

Następnie zamawiający w odpowiedzi na pismo Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych, w piśmie z 16 grudnia 2010 r., wyjaśnił, iż nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego niniejszego zadania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

(...). Definicja zamówień publicznych uregulowana została w art. 2 pkt 13 ustawy i stanowi, iż przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Art. 7 ust. 3 ustawy stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

(...) [Z dyspozycji art. 32 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp] wynika, że zamawiający miał obowiązek ustalić łączną wartość szacunkową dla wszystkich części zamówienia i udzielić zamówienia w zakresie każdej z tych części

(w odrębnych postępowaniach lub w jednym postępowaniu z podziałem na zadania lub bez takiego podziału) z zastosowaniem przepisów ustawy właściwych dla ustalonej przez zamawiającego łącznej wartości szacunkowej zamówienia, tj. kwoty 624 193,10 zł.

Należy zatem stwierdzić, iż zamawiający, udzielając w latach 2008–2009 zamówień na wykonanie zadania pn.: „Adaptacja budynku przy ul. J. na potrzeby Szkoły Muzycznej” bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszył art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

