

UZP/DKUE/KD/29/2014

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający: Gmina Myślenice
ul. Rynek 8/9
32-400 Myślenice

Rodzaj zamówienia: usługi

Przedmiot zamówienia: świadczenie usług kompleksowej pomocy prawnej na rzecz Gminy Myślenice – Jednostki Realizującej Projekt pn. Czysta woda dla Krakowa – uporządkowanie gospodarki wodno – ściekowej na terenie gminy Myślenice

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki (art. 5 ust. 1a i 1b ustawy Pzp)

Wartość zamówienia: 131 694,60 zł (tj. 31 171,05 euro)

Środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego – Gminy Myślenice wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług kompleksowej pomocy prawnej na rzecz Gminy Myślenice – Jednostki Realizującej Projekt pn. Czysta woda dla Krakowa – uporządkowanie gospodarki wodno – ściekowej na terenie gminy Myślenice”, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był przepis art. 5 ust. 1a i 1b ustawy Pzp

Jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP – WR) wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę na kwotę 131 694,60 zł, co stanowi równowartość 31 171,05 euro. Ze szczegółowej kalkulacji cenowej sporządzonej przez wykonawcę - Kancelarię Radcy Prawnego [REDAKTOR] wynika, że wartość usług związanych z wykonywaniem zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi oraz doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego oszacowano na kwotę 40 000,00 zł netto, natomiast wartość usług obsługi prawnej z zakresu Prawa zamówień publicznych – na kwotę 94 000,00 zł netto.

W wyniku negocjacji przeprowadzonych w dniu 30.01.2014 r., dnia 04.02.2014 r. została zawarta umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia z dotychczasowym wykonawcą usług - Kancelarią Radcy Prawnego [REDAKTOR].

Uzasadniając prawidłowość zastosowania do udzielenia przedmiotowego zamówienia art. 5 ust. 1 a i 1 b ustawy Pzp zamawiający wskazał, co następuje: „*Drugi z wymienionych ustępów wskazuje, iż „w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki”. Zatem udzielając zamówienia, którego przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, w tym także doradztwo w zakresie wszczynania albo nie wszczynania postępowania procesowego przed sądami powszechnymi lub przez innymi organami, ustalanie taktyki procesowej, podejmowanie czynności przedsądowych (wezwania do zapłaty, wezwania do podjęcia określonych działań lub zaniechań, itp.), polubowne rozstrzygnięcie sporów, zgodnie z art. 5 ust. 1 b ustawy pzp, możliwym jest zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Jak wskazano na wstępie niniejszego pisma, powyżej wymienione usługi prawnicze, objęte regulacją art. 5 ust. 1 b ustawy pzp, stanowią około*

30% łącznej wartości zamówienia, dlatego też zupełnie bezcelowe byłoby rozdzielanie zamówienia na usługi prawnicze polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego oraz na pozostałe usługi prawnicze. Co więcej, takie rozdzielanie powodowałoby wzrost ceny za jeden, jak i drugi rodzaj usług prawniczych, bowiem mogłoby zdarzyć się sytuacji, iż przy zastosowaniu trybów konkurencyjnych udzielania zamówienia publicznych, obsługę prawną pełniłyby dwa różne podmioty, a to z kolei powodowałoby wzrost łącznej ceny za usługi prawnicze.”

Następnie odnosząc się do przesłanek z art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp zamawiający wskazał, *„(...) iż w zakres usługi prawnej, stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia, wchodziło w szczególności opiniowanie czynności podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obejmujące m. in.: opiniowanie czynności podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w szczególności obejmuje: opiniowanie pod względem prawnym poprawności opracowanych SIWZ, ogłoszeń protokołów, przygotowanie dokumentacji przetargowej dla zamówień, których szacunkowa wartość przekracza kwoty wskazane na mocy art. 4 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych, z wyłączeniem dokumentów ogłoszeń, protokołów zamówienia oraz dokumentacji technicznej, udział w postępowaniu przetargowym po stronie zamawiającego w charakterze biegłego, opiniowanie pod względem prawnym poprawności dokumentacji postępowania oraz wszelkich działań z tym związanych, obsługa prawna procesu kontraktowania zamówień publicznych polegająca w szczególności na opiniowaniu projektów umów przygotowanych przez Zamawiającego lub w przypadkach skomplikowanego przedmiotu zamówienia polegająca na przygotowaniu umów, opiniowanie pod względem prawnym pism i innych dokumentów Zamawiającego związanych z udzielaniem zamówień publicznych, udzielanie porad i opinii prawnych oraz wyjaśnianie stosowania prawa zamówień publicznych, informowanie o uchybieniach w zakresie przestrzegania prawa o zamówieniach publicznych (...).”* Jak wskazał zamawiający powyższe czynności wykonawcy były istotne, ponieważ w okresie obowiązywania wcześniejszej umowy zawartej z ww. wykonawcą, której przedmiotem była obsługa prawna, zamawiający wszczął trzy postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w miejscowości Zasań, budowa wodociągu w Trzemeśni przysiółek Radlanki Kontrakt nr 29”, „Budowa sieci wodociągowej w Porębie Kontrakt nr 30” oraz „Usługi Inspektorów nadzoru nad kontraktami 29-38”, które trwały nieprzerwanie także już po wygaśnięciu ww. wcześniejszej umowy. Jak zauważył zamawiający *„(...) brak profesjonalnego podmiotu trudniącego się w doradztwie prawnym w zakresie postępowań w sprawie zamówień publicznych, mogłoby doprowadzić do powstania uchybień w stosowaniu*

przepisów ustawy pzp lub innych błędów mających niekorzystny wpływ na interesy Zamawiającego, związanych z prowadzonymi, wyżej wymienionymi, postępowaniami.(...) dlatego też zastosowanie innych, konkurencyjnych trybów niż tryb zamówienia z wolnej ręki, które nie gwarantowały udzielenia wykonawcy zamówienia na obsługę prawną w wymaganym terminie albo nawet w ogóle wyłonienia takiego wykonawcy, mogłoby skutkować „uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań”, tj. wystąpieniem przesłanki, o której mowa w art. 5 ust. 1 a pkt 4 ustawy pzp.”

Zamawiający wskazał również, iż w zakres przedmiotu mniejszego zamówienia na obsługę prawną wchodzi sporządzanie dokumentów przetargowych, w oparciu o które Zamawiający prowadzi postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Taki sam przedmiot zamówienia zawarty został w poprzedniej umowie na kompleksową obsługę prawną zawartą z wykonawcą w dniu 4 stycznia 2010 r. „Co istotne, w zakresie powołanej powyżej umowy z 2010 roku strony nie przewidziały przekazania Zamawiającemu praw autorskich, ani nawet licencji do korzystania z dokumentów, ani nawet żadnych innych materiałów, wykonanych przez Wykonawcę, w ramach tej umowy. Oznacza to, iż w okresie obowiązywania umowy z 2010 roku Zamawiający bez ograniczeń uprawniony był do wykorzystywania dokumentów wykonanych przez Wykonawcę, zgodnie z umową, natomiast po wygaśnięciu takiej umowy, dalsze wykorzystywanie tych dokumentów stanowiłoby naruszenia praw autorskich ich twórcy - Wykonawcy. W niniejszym stanie faktycznym, do takiego wykorzystania przez Zamawiającego, stworzonych przez Wykonawcę dokumentów, by doszło, bowiem wszystkie postępowania w sprawie zamówienia publicznego, w tym także te, o których mowa w powyższym akapicie niniejszych wyjaśnień, prowadzone są z wykorzystaniem SIWZ i innych dokumentów, sporządzonego przez Wykonawcę.(...) Wobec powyższego, uznać należy, iż zastosowanie w opisywanym przypadku trybu konkurencyjnego, innego niż tryb zamówienia z wolnej ręki, jest niemalże wykluczone, bowiem, w razie wyboru innego podmiotu niż Wykonawca, koszt obsługi prawnej znacznie wzrasta, natomiast w razie chęci uniknięcia wzrostu kosztu tej obsługi, Zamawiający naraża się na wystąpienie skutku w postaci poniesienia straty w mieniu publicznym, o którym mowa w art. 5 ust. 1 a pkt 3 ustawy pzp, z uwagi na ewentualną konieczność zapłaty odszkodowania Wykonawcy z tytułu naruszenia jego praw.”

Zdaniem zamawiającego w przypadku postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym „Zamawiający ustalałby kryteria oceny ofert związane z właściwością wykonawcy, które w konsekwencji doprowadziłyby do okoliczności, że tylko Wykonawca złożyłby ofertę lub wnioszek w postępowaniu albo tylko Wykonawca uzyskałby największą ilość punktów, podczas oceny oferty lub wniosku. Oznacza to, iż zastosowanie trybu

konkurencyjnego miałoby dokładnie taki sam skutek, jakby zastosowano tryb zamówienia z wolnej ręki, z tą jednak różnicą, iż zastosowanie trybu konkurencyjnego sprawiłoby większe problemy organizacyjne Zamawiającemu, bowiem koniecznym byłoby tworzenie dokumentacji dla danego trybu, która byłaby bardziej rozbudowana niż dla trybu z wolnej ręki, prowadzenie badania ofert lub wniosków złożonych w postępowaniu, ewentualne wzywanie do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści ofert lub wniosków złożonych przez wykonawców, oraz innych czynności związanych z postępowaniem.”

Zgodnie z treścią art. 5 ust. 1b ustawy Pzp w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Jak wskazał zamawiający 30% przedmiotowego zamówienia stanowiły usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego. Należy zgodzić się z zamawiającym, iż udzielając zamówienia, którego przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, dopuszczalne było zastosowanie art. 5 ust. 1 b ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do pozostałej części zamówienia, której przedmiotem były usługi związane z obsługą prawną z zakresu Pzp, należy wskazać, iż wartość szacunkowa wynosiła 94 000 zł, co stanowi 22 249,05 euro. W tym zakresie zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 5 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie niekonkurencyjnym tylko w uzasadnionych przypadkach, wymienionych przykładowo w przepisie. Art. 5 ust. 1a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, 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.

Tryb zamówienia z wolnej ręki, który zastosował zamawiający w ww. postępowaniu, ma charakter szczególny, ponieważ podlega ścisłej interpretacji ukształtowanej głównie przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

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.

Ustosunkowując się do wykazania przez zamawiającego spełnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w zakresie usług związanych z obsługą prawną z zakresu Pzp, należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu nie jest uprawniona ocena, że tylko wykonawca Kancelaria Radcy Prawnego [REDAKTOR] był w stanie wykonać powyższe zamówienie przy jednoczesnym nienarażaniu zamawiającego na wzrost ceny za pełnioną usługę. W szczególności, nie jest zasadne takie stwierdzenie np. bez uprzednio przeprowadzonego rozeznania rynku oraz bez uprzedniego zastosowania trybu konkurencyjnego, który pozwala na zapoznanie się z ofertami wielu podmiotów i tym samym wybór najkorzystniejszej z punktu widzenia zamawiającego oferty. Na rynku istnieje wiele kancelarii prawnych, które w swojej działalności mają także świadczenie usługi wsparcia w zakresie zamówień publicznych i mogłyby zrealizować

przedmiot zamówienia. Nie można przy tym zgodzić się z zamawiającym, że przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym skutkowałoby takim opisaniem kryteriów oceny ofert, że w efekcie możliwy byłby wybór tylko Kancelarii Radcy Prawnego [REDAKTOR]. Zamawiający ma obowiązek dokonywać czynności w postępowaniu, w tym także opisu kryteriów oceny ofert, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Kryteria mogłyby zatem dotyczyć wiedzy, czy doświadczenia z zakresu stosowania ustawy Pzp i procedur wydatkowania środków unijnych, natomiast nie mogłyby dotyczyć wiedzy i doświadczenia z zakresu konkretnych zamówień i projektów prowadzonych przez zamawiającego. Obiektywnie określone kryteria oceny ofert, jak wskazano już wyżej, byłoby natomiast w stanie spełnić wiele podmiotów na rynku, co oznacza, że przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym umożliwiłoby dostęp do zamówienia również innym wykonawcom, niż tylko wybrana w trybie z wolnej ręki kancelaria.

Zamawiający podniósł również, iż w okresie obowiązywania wcześniejszej umowy zawartej z ww. wykonawcą, zamawiający wszczął trzy postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, które trwały nieprzerwanie także już po wygaśnięciu ww. wcześniejszej umowy, a brak profesjonalnego podmiotu trudniącego się w doradztwie prawnym w zakresie postępowań w sprawie zamówień publicznych, mógłby doprowadzić do powstania uchybień w stosowaniu przepisów ustawy Pzp oraz niekorzystnie wpłynąć na interesy zamawiającego oraz skutkować „uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań” ze względu na wybór nowego wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że poprzednia umowy z Kancelarią Radcy Prawnego [REDAKTOR] była zawarta 4 stycznia 2010 r. na okres od dnia 4 stycznia 2010 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. Oznacza to, że zamawiający od kilku lat był świadomy czasu trwania tej umowy, a zwłaszcza tego że z końcem 2013 r. przestanie ona obowiązywać. W okresie trwania tej umowy zamawiający miał wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym i wybór wykonawcy świadczącego usługi doradcze na kolejny okres. Przy czym przedmiot tego postępowania mógłby obejmować zarówno usługę zastępstwa procesowego, jak też usługę doradzania, co uchroniłoby zamawiającego przed - spodziewanym jego zdaniem – wzrostem ceny, w przypadku udzielania zamówień odrębnie na te usługi. Jednocześnie odpowiednio wcześnie wszczęte postępowanie w trybie konkurencyjnym nie groziłoby nieterminową realizacją zadania.

Niezależnie od powyższego należy 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. Przy czym podkreślić należy ponownie, że zamawiający miał świadomość, że uprzednio realizowana usługa prawna dobiegnie końca – dysponował zatem czasem potrzebnym na wszczęcie procedury udzielenia zamówienia, w innym niż niekonkurencyjnym trybie.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego dotyczącej konieczności zastosowania trybu z wolnej ręki przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia ze względu na posiadane przez wykonawcę Kancelarię Radcy Prawnego ██████████ prawa autorskie, należy wskazać, że nie ma podstaw by uznać, iż przedmiot zamówienia mieści się w definicji przedmiotu prawa autorskiego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Przykładowo ustawa ta wskazuje jako przedmiot prawa autorskiego utwory:

- 1) wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe);
- 2) plastyczne;
- 3) fotograficzne;
- 4) lutnicze;
- 5) wzornictwa przemysłowego;
- 6) architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne;
- 7) muzyczne i słowno-muzyczne;
- 8) sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne;
- 9) audiowizualne (w tym filmowe).

Zakres usługi, będącej przedmiotem zamówienia, nie ma charakteru twórczego, nie jest utworem o indywidualnym charakterze. Opiniowanie określonych dokumentów pod względem prawnym jest usługą intelektualną, której poziom wykonania zależy od wiedzy, doświadczenia i staranności prawnika, nie zaś od jego zdolności twórczych. W szczególności

nie może mieć charakteru twórczego ocenianie czegoś w świetle obowiązującego prawa. Ponadto, przywołany argument należy do okoliczności, które zostały spowodowane własnym działaniem zamawiającego, który nie zadbał o przeniesienie praw autorskich w umowie, a zatem stanowi okoliczność subiektywną, która nie może być podstawą zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jako „uzasadniony przypadek”.

Reasumując, tryb zamówienia z wolnej ręki, jako tryb niekonkurencyjny, powinien być stosowany ze szczególną rozwagą, wyłącznie w sytuacjach spełniających przesłanki ustawowe, gdy jednocześnie niecelowe czy znacząco utrudnione byłoby przeprowadzenie postępowania poprzedzonego ogłoszeniem. W przedmiotowej sprawie zamawiający polegał głównie 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. W związku z powyższym, zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki w zakresie usług doradztwa prawnego stanowi naruszenie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp.

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