



Wyniki kontroli
przeprowadzonych w 2010 r. przez
Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
dotyczących zamówień współfinansowanych
ze środków Unii Europejskiej

Spis treści:

Dział I – Zagadnienia ogólne.

I	Podstawa prawna prowadzenia kontroli przez Prezesa UZP	4
II	Charakterystyka kontroli	5
III	Wyniki kontroli	8

Dział II – Przykłady naruszeń.

IV.1.	Naruszenia dotyczące stosowania trybów niekonkurencyjnych	11
IV.1.1.	Zamówienie na usługi pełnienia funkcji w Projekcie, art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp ...	11
IV.1.2.	Zamówienie na dostawę mebli na wymiar, art. 67 ust. 1 pkt 1a i pkt 3 Pzp	12
IV.1.3.	Zamówienie na wykonanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej, art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp	14
IV.1.4.	Zamówienie na modernizację świetlic wiejskich oraz zaplecza rekreacyjno - sportowego, art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp	17
IV.1.5.	Zamówienie na usługę organizacji wyjazdów studialnych, art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp	19
IV.1.6.	Zamówienie na modernizację zaplecza kulturalno - rekreacyjnego, art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp	21
IV.1.7.	Zamówienie na roboty dodatkowe w zakresie modernizacji świetlicy wiejskiej, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp	22
IV.1.8.	Zamówienie dodatkowe na remont poddasza, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp.....	25
IV.2.	Naruszenia dotyczące szacowania wartości zamówienia	27
IV.2.1.	Zamówienie na wykonawstwo generalne gazociągów	27
IV.2.2.	Zamówienie na dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego	29
IV.3.	Naruszenia przy wyborze oferty najkorzystniejszej	31
IV.3.1.	Wykluczenie wykonawcy z powodu uzupełnienia nieaktualnych na dzień składania ofert dokumentów.....	31
IV.3.2.	Uzupełnianie informacji banku	32
IV.3.3.	Uzupełnianie dokumentu opłaconej polisy	33
IV.3.4.	Uzupełnianie dokumentów w zakresie uprawnień budowlanych	34
IV.3.5.	Poprawianie oczywistych omyłek rachunkowych	36
IV.3.6.	Odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z siwz	38
IV.3.7.	Odrzucenie oferty sukcesora generalnego	40
IV.3.8.	Poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty	41

IV.4.	Naruszenia w siwz dotyczące kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia	42
IV.4.1.	Niedookreślone kryteria oceny ofert	42
IV.4.2.	Nieobiektywne kryteria oceny ofert	43
IV.4.3.	Warunek udziału w postępowaniu dotyczący przychodu.....	45
IV.4.4.	Warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w obiektach użyteczności publicznej.....	46
IV.4.5.	Warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia	47
IV.4.6.	Warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia na inwestycjach realizowanych w systemie zamówień publicznych	49
IV.4.7.	Warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawężający okres, w ramach którego możliwe było wykazanie spełnienia warunku.....	50
IV.4.8.	Opis przedmiotu zamówienia na sprzęt komputerowy z oprogramowaniem	50
IV.4.9.	Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wskazujący na konkretny produkt/producenta	52
IV.4.10.	Niezgodność między zapisami siwz i ogłoszenia o zamówieniu	53
IV.4.12.	Niezgodność między zapisami siwz i ogłoszenia o zamówieniu	53

DZIAŁ I – Zagadnienia ogólne.

I. Podstawa prawna prowadzenia kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na mocy art. 154 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi kontrole procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą, tj. w zakresie uregulowanym przepisami ww. ustawy. **Kontrolą Prezesa Urzędu objęte mogą być wszystkie zamówienia podlegające przepisom ustawy Pzp bez względu na źródło ich finansowania.** Kontrola ma na celu sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy Pzp, a zatem prowadzona jest wg kryterium legalności. Kontrola odbywa się w siedzibie Urzędu na podstawie zgromadzonych w sprawie dokumentów, wyjaśnień oraz opinii biegłych. Kontrola może być przeprowadzona przed zawarciem umowy z wykonawcą (kontrola uprzednia / ex-ante) albo w okresie 4 lat od zawarcia umowy z wykonawcą (kontrola następcza / ex-post).

W przypadku zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej Prezes Urzędu prowadzi obligatoryjnie:

- kontrole uprzednie, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest równa bądź przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych (art. 169 ust. 2 ustawy Pzp),
- kontrole doraźne uprzednie lub następcze, jeżeli wniosek o przeprowadzenie kontroli złoży instytucja zarządzająca, o której mowa w przepisach o Narodowym Planie Rozwoju, w przepisach o zasadach prowadzenia polityki rozwoju lub w przepisach o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich i z uzasadnienia wniosku wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 4 ustawy Pzp).

Dodatkowo Prezes Urzędu może fakultatywnie, z urzędu lub na wniosek, przeprowadzić kontrolę doraźną uprzednią lub następczą, o ile zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 ustawy).

Przed wszczęciem kontroli doraźnej, zarówno obligatoryjnej, jak i fakultatywnej, Prezes Urzędu może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu doszło do naruszenia, które mogło mieć wpływ na jego wynik i zasadne jest wszczęcie kontroli.

Zakończeniem kontroli jest przekazanie kontrolowanemu zamawiającemu informacji o wyniku kontroli, w której wskazane są stwierdzone w toku kontroli naruszenia ustawy Pzp lub informacja o braku naruszeń. W przypadku kontroli uprzedniej, która odbywa się przed zawarciem umowy z wykonawcą, Prezes Urzędu może także wydać zalecenia usunięcia stwierdzonych naruszeń (np. poprzez powtórzenie czynności oceny ofert) bądź wydać zalecenia unieważnienia postępowania. Na wniosek Prezesa Urzędu kontrolowany zamawiający informuje o sposobie wykonania zaleceń.

Informacja o wyniku kontroli następczej zawiera wyłącznie wskazanie stwierdzonych naruszeń bądź informację o ich braku. Po zakończeniu kontroli następczej Prezes Urzędu może:

- zawiadomić rzecznika dyscypliny finansów publicznych, jeżeli w toku kontroli stwierdzono nieprawidłowości stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.),
- nałożyć karę pieniężną, jeżeli zamawiający jest pomiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 – 4 i 7 ustawy Pzp i w toku kontroli stwierdzono naruszenia wymienione w art. 200 ustawy Pzp,
- wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenia skutkujące jej unieważnieniem zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy, a także o stwierdzenie nieważności zmiany umowy, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenie art. 144 ust. 1 Pzp¹. Z powyższych uprawnień Prezes UZP może skorzystać w ciągu 4 lat od dnia zawarcia lub zmiany umowy – po tym terminie uprawnienia wygasają (art. 144a ust 2 ustawy Pzp). Ponadto, Prezesowi Urzędu przysługuje uprawnienie wystąpienia o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust.6 ustawy Pzp).

Do wyniku każdej kontroli zamawiający może wnieść zastrzeżenia, które rozpatrywane są przez Prezesa Urzędu. W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń Prezes Urzędu przekazuje je do Krajowej Izby Odwoławczej, która wydaje opinię w formie uchwały². Opinia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie zastrzeżeń do wyniku kontroli jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

Informacja o wyniku kontroli zamówienia współfinansowanego ze środków UE, wraz z rozstrzygnięciem ewentualnych zastrzeżeń, przekazywana jest zawsze właściwej Instytucji Zarządzającej i Instytucji Pośredniczącej (w przypadku Regionalnych Programów Operacyjnych – Instytucji Zarządzającej i Instytucji Koordynującej).

II. Charakterystyka kontroli.

W 2010 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszono 1222 wniosków o wszczęcie kontroli doraźnej zamówień współfinansowanych ze środków krajowych lub unijnych (jest to niemal 75% wzrost względem roku 2009). W przypadku 866 wniosków przeprowadzono postępowania wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy zasadne jest wszczęcie kontroli (tj. czy doszło do naruszenia Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania).

Ostatecznie w badanym okresie Prezes Urzędu przeprowadził 403 kontrole, w tym zarówno kontrole doraźne, jak i kontrole obowiązkowe uprzednie. **Spośród ww. kontroli 294 dotyczyło zamówień współfinansowanych ze środków UE (w 2009 r. było ich 177). Łączna wartość objętych kontrolą zamówień z udziałem środków unijnych wyniosła ok. 79,2 mld zł (wartość ta w 2009 r. wynosiła ok. 39,7 mld zł.).**

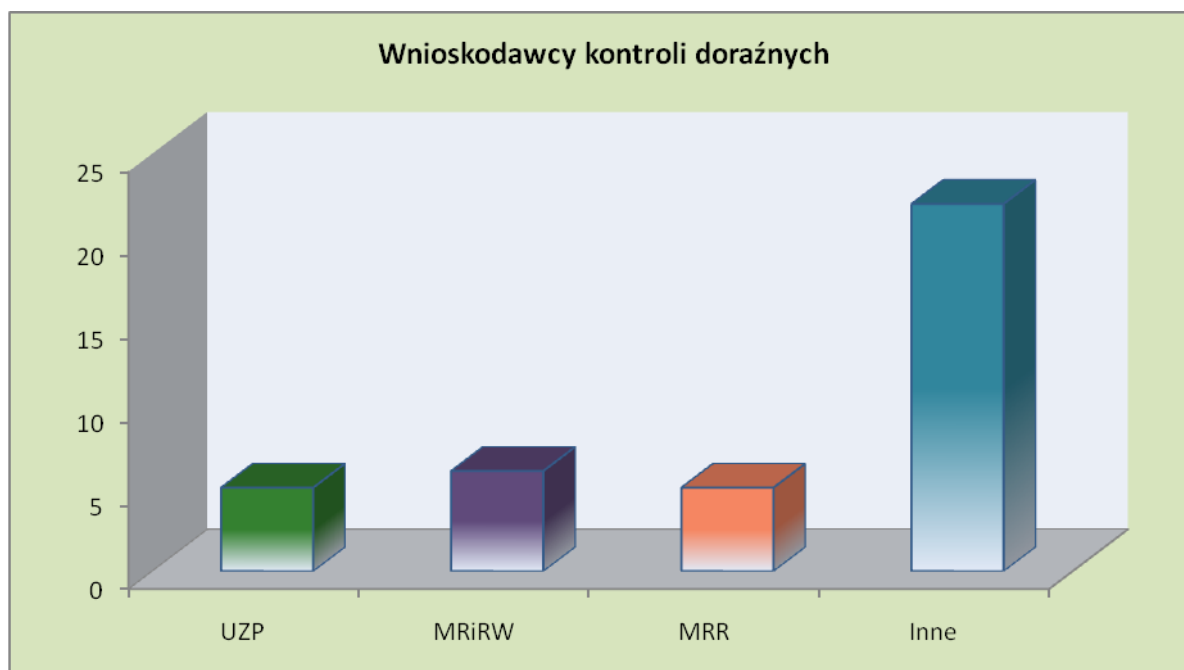
¹ Wg przepisów ustawy Pzp obowiązujących po 29 stycznia 2010 r.

² Uchwały KIO dotyczące zastrzeżeń do wyników kontroli dostępne są na stronie www.uzp.gov.pl w zakładce Kontrola.

256 kontroli miało charakter kontroli uprzedniej obligatoryjnej, zatem były to kontrole zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych. Zamówienia te dotyczyły przede wszystkim inwestycji drogowych lub wodociągowo-kanalizacyjnych i były najczęściej współfinansowane w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom obligatoryjnym uprzednim wyniosła ponad 79,1 mld zł (wartość zamówień skontrolowanych w 2009 r. wyniosła 39,7 mld zł).

38 kontroli miało charakter kontroli doraźnych następczych i dotyczyły zamówień o mniejszych wartościach, na ogół nie przekraczających tzw. progów unijnych³. Łączna wartość zamówień poddanych tym kontrolom wyniosła ponad 134 mln zł, a ich zakres przedmiotowy był bardzo zróżnicowany: począwszy od budowy i modernizacji sieci wodociągowo-kanalizacyjnych, poprzez budowę nawierzchni dróg lokalnych, modernizację świetlic wiejskich, termomodernizację budynków, zakup samochodów ratowniczo - gaśniczych, budowę krytej pływalni, po wykonawstwo generalne gazociągów.

5 kontroli doraźnych następczych zamówień z udziałem środków UE zostało wszczętych z urzędu przez Prezesa Urzędu z powodu uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu doszło do naruszeń mogących mieć wpływ na jego wynik, tj. głównie z powodu zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. Pozostałe kontrole doraźne zostały wszczęte głównie na wniosek Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi (6) i Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (5), ale także na wniosek Ministerstwa Infrastruktury, Ministerstwa Gospodarki, Ministerstwa Zdrowia, *Centrum Unijnych Projektów Transportowych*, *Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości*, Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego, Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego, Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko-Pomorskiego oraz wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień współfinansowanych ze środków UE (22).



³ Zgodnie z obowiązującym w 2010 r. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23.12.2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 224, poz. 1795) progi te wynoszą 125.000 euro lub 193.000 euro lub 387.000 euro dla dostaw i usług – w zależności od rodzaju zamawiającego oraz 4.845.000 euro dla robót budowlanych.

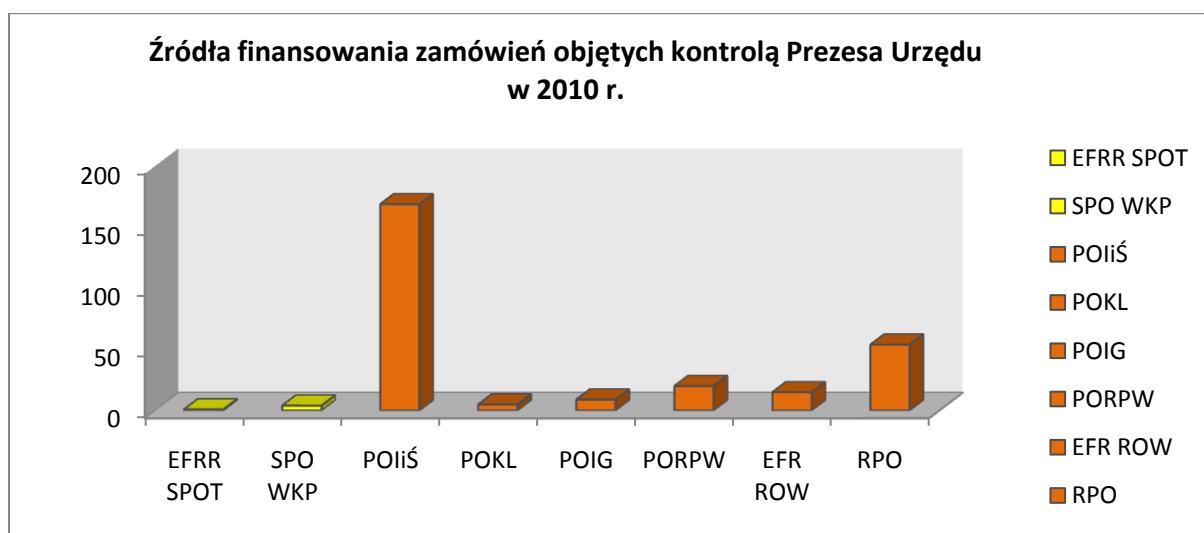
Część zamówień objętych kontrolami Prezesa Urzędu (kontrolami doraźnymi następczymi wszczynanymi na wniosek) była współfinansowana jeszcze ze środków UE przyznanych Polsce w ramach perspektywy 2004 – 2006, w tym:

- 4 zamówienia (1,3%) z SPO WKP,
- 1 zamówienie (0,3%) z Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego w ramach SPOT.

Pozostałe kontrole dotyczyły zamówień objętych programami operacyjnymi na lata 2007-2013, z czego:

- 169 zamówień (57%) z PO Infrastruktura i Środowisko,
- 20 zamówień (7%) z PO Rozwój Polski Wschodniej,
- 15 zamówień (6%) z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich,
- 9 zamówień (3%) z PO Innowacyjna Gospodarka,
- 5 zamówień (2%) z PO Kapitał Ludzki,
- 54 zamówienia (18%) z Regionalnych Programów Operacyjnych, w tym:
 - 9 zamówień z RPO Województwa Wielkopolskiego,
 - 7 zamówień z RPO Województwa Małopolskiego,
 - 5 zamówień z RPO Województwa Łódzkiego,
 - 5 zamówień z RPO Województwa Śląskiego,
 - 5 zamówień z RPO Województwa Dolnośląskiego,
 - 4 zamówienia z RPO Województwa Lubelskiego,
 - 4 zamówienia z RPO Województwa Mazowieckiego,
 - 4 zamówienia z RPO Województwa Zachodniopomorskiego,
 - 3 zamówienia z RPO Województwa Kujawsko-Pomorskiego,
 - 3 zamówienia z RPO Województwa Podkarpackiego,
 - 2 zamówienia z RPO Województwa Lubuskiego,
 - 2 zamówienia z RPO Województwa Pomorskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Podlaskiego.

W stosunku do ilości przeprowadzonych w 2009 r. kontroli zamówień współfinansowanych ze środków UE, liczba kontroli dotyczących zamówień z perspektywy 2007 – 2013, wzrosła niemal 3-krotnie, tj. z 97 do 272. Jest to przede wszystkim efektem widocznego przyspieszenia wdrażania projektów z perspektywy 2007 - 2013.



III. Wyniki kontroli.

W wyniku przeprowadzenia w 2010 r. 403 kontroli dotyczących zarówno zamówień finansowanych ze środków krajowych, jak i wspólnotowych⁴:

- w 162 kontrolowanych postępowaniach zamawiający nie stwierdzono naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,
- w 238 kontrolowanych postępowaniach stwierdzono naruszenia ustawy Pzp,
- w 3 kontrolowanych postępowaniach stwierdzono brak obowiązku stosowania procedur ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc powyższe dane wyłącznie do 294 kontroli zamówień współfinansowanych ze środków UE (tj. 256 kontroli obligatoryjnych uprzednich i 38 kontroli doraźnych) wyniki te są następujące:

W 142 (48% z 294) kontrolach nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp. Przy czym wszystkie przypadki dotyczyły kontroli uprzednich największych zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych.

W 152 (52% z 294) skontrolowanych postępowaniach wykryto naruszenia ustawy Pzp, w tym:

- w wyniku 44 kontroli stwierdzono naruszenia mające wpływ na wynik postępowania; w przypadku kontroli uprzednich 20-krotnie zalecono usunięcie stwierdzonych naruszeń poprzez ponowną ocenę ofert; Prezes Urzędu nie zalecał unieważnienia postępowania;
- w wyniku 108 kontroli stwierdzono naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania.

Naruszenia ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania dotyczyły:

- niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki,
- niezgodnego z przepisami ustawy Pzp odrzucenia najkorzystniejszej oferty lub wykluczenia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę,
- zaniechania stosowania przepisów właściwych dla łącznej wartości szacunkowej poszczególnych części zamówienia, w wyniku czego nie zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym UE.

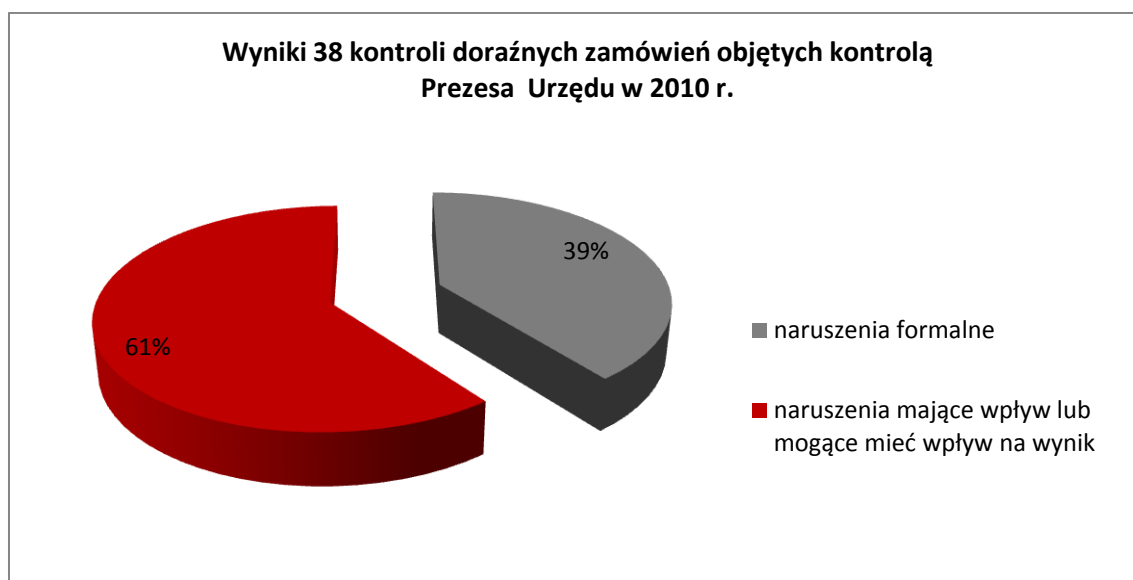
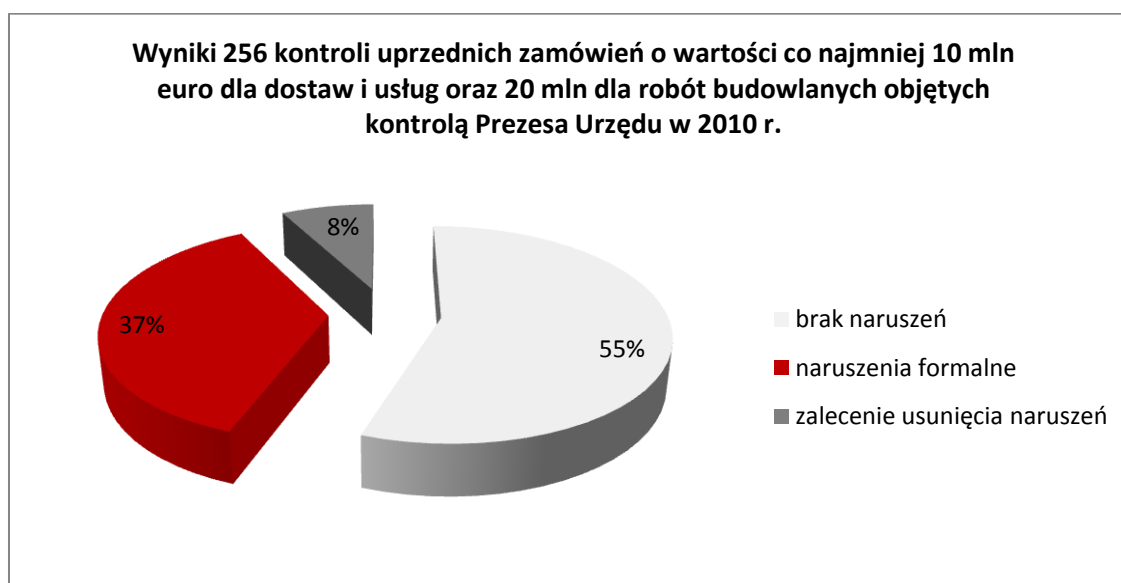
Naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania polegały w szczególności na:

- niepełnej treści ogłoszeń o zamówieniu, w szczególności w zakresie dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych oraz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp,
- żądaniu od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania, w szczególności w sytuacji braku sprecyzowania warunku udziału w postępowaniu, dla którego żąda się przedstawienia dokumentu,
- opisie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję, jeżeli nie miało to wpływu na wynik postępowania,

⁴ Informacje na temat systemu zamówień publicznych w Polsce, w tym m.in. wyników wszystkich kontroli Prezesa Urzędu w danym roku, zawarte są w Sprawozdaniach rocznych o funkcjonowaniu systemu zamówień dostępnych na stronie www.uzp.gov.pl w zakładce Analizy systemowe.

- zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli nie miało to wpływu na wynik postępowania,
- niezłożeniu przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu oświadczenia o braku podstaw do wyłączenia z postępowania oraz niewyłączenie się tych osób z postępowania, mimo takiego obowiązku.

Przedstawiając powyższe dane w zależności od wartości kontrolowanych zamówień otrzymujemy następujące wyniki zamówień współfinansowanych ze środków UE:



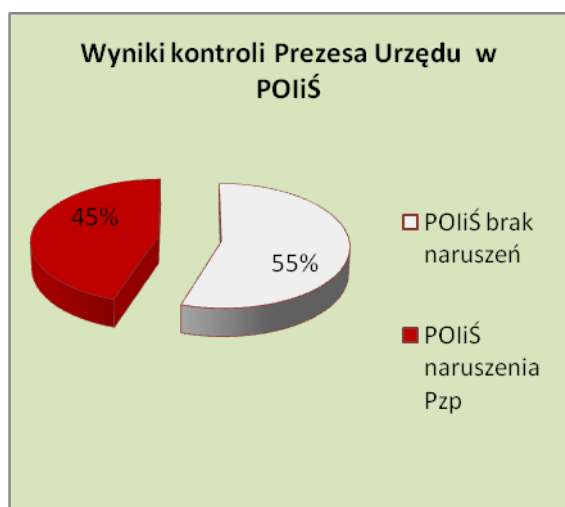
Wyniki kontroli zamówień z udziałem środków UE przeprowadzonych w 2010 r. w porównaniu do roku 2009 wskazują na występowanie większej skali naruszeń w procedurach udzielania zamówień publicznych. W kontrolach uprzednich nastąpił wzrost wykrytych naruszeń z 36% do 45%. Wzrósł również odsetek wydanych zaleceń pokontrolnych w kontrolach uprzednich, tj. kontrolach dotyczących zamówień o największych wartościach (wzrost odsetka zaleceń z 3% do 8%).

Niezależnie od powyższych wyników, w dalszym ciągu (od 2008 r.) aktualna pozostaje teza o mniejszej liczbie naruszeń stwierdzanych w kontrolach największych zamówień i większej liczbie naruszeń stwierdzanych w kontrolach zamówień o mniejszych wartościach. Świadczy o tym przede wszystkim porównanie wskaźników dotyczących liczby kontroli, w których nie stwierdzono naruszeń (142 - w kontrolach największych zamówień, 0 - w kontrolach mniejszych zamówień). Należy przypuszczać, że przyczyną takiego zróżnicowania wyników kontroli jest rodzaj zamawiających udzielających kontrolowanych zamówień. Zamówienia na wykonanie największych w Polsce inwestycji udzielane są najczęściej przez podmioty dysponujące wiedzą i doświadczeniem pozwalającym co do zasady na prawidłowe przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia. Zamawiający prowadzący inwestycje o mniejszych wartościach częściej nie dysponują odpowiednią znajomością przepisów o zamówieniach publicznych, jak też w mniejszym stopniu przewidują możliwość objęcia ich kontrolą ze strony uprawnionych do tego organów. W efekcie ryzyko stwierdzenia naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych wzrasta wraz ze spadkiem wartości kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wpływ na wynik ma również fakt, iż kontrola postępowania objętego kontrolą uprzednią jest dokonywana z mocy ustawy. Nieuniknioność kontroli sprawia, iż postępowania są lepiej przygotowywane. Inaczej jest w przypadku kontroli doraźnej wszczynanej na wniosek lub z urzędu w okolicznościach uzasadnionego przypuszczenia istotnych naruszeń.

Powyższe wnioski znajdują odzwierciedlenie również w statystyce wyników kontroli w podziale na programy operacyjne. Porównując kontrole zamówień współfinansowanych ze środków np. Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-13, z którego najczęściej współfinansowane są zamówienia o największych wartościach oraz Regionalne Programy Operacyjne, w których udział największych zamówień jest znacznie mniejszy, otrzymujemy następujące wyniki:

- **POIiŚ** (169 kontroli) – 93 kontrole bez naruszeń, 76 kontroli – stwierdzono naruszenia ustawy Pzp,
- **RPO** (54 kontroli) – 21 kontrole bez naruszeń, 33 kontrole – stwierdzono naruszenia ustawy Pzp.



DZIAŁ II – Przykłady naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV.1. Naruszenia dotyczące stosowania trybów niekonkurencyjnych:

IV.1.1. Przedmiot zamówienia: a) usługa pełnienia funkcji koordynatora ds. merytorycznych i organizacyjnych, b) usługa polegająca na wykonywaniu obowiązków referenta ds. księgowo – kadrowych oraz c) usługa polegająca na wykonywaniu obowiązków koordynatora ds. formalno – prawnych

Wartość zamówienia: a) 92 274,98 zł (23 800 euro), b) 67 849,25 zł (17 500 euro); c) 69 206,23 zł (17 850 euro)

Tryb: zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp

Program Operacyjny Współpracy Transgranicznej Polska – Brandenburgia 2007-2013; Projekt Transgraniczny Mechatronik – nauka bez granic w regionie przygranicznym

W uzasadnieniu wyboru trybu zamawiający wskazał na przesłankę zastosowania trybu innego niż przetarg ograniczony i nieograniczony zawartą w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, tj. na możliwość wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. W opinii zamawiającego, z zapisów wniosku o dofinansowanie, opisu projektu, jak również z podziału zadań jednoznacznie wynika, że wykonawcą poszczególnych przedmiotów zamówienia dotyczących partnera projektu muszą być pracownicy zamawiającego. Ponadto, zamawiający podkreślił, że ze względu na specyficzny charakter zatrudnienia obowiązujący w szkolnictwie nie ma możliwości rozszerzenia zakresu czynności na podstawie Kodeksu Pracy i Karty Nauczyciela w związku z czym koniecznym stało się zawarcie umów poza Kodeksem Pracy, a w konsekwencji udzielenie zamówień publicznych zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp. Z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze zamawiający w swoim przekonaniu nie mógł zastosować trybu otwartego udzielenia zamówienia publicznego, ponieważ zadania w projekcie wykonuje personel zamawiającego.

Dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Niezwykle istotną kwestią jest więc istnienie obiektywnego monopolu podmiotu zdolnego do wykonania zamówienia. Taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzewidywalny. Trzeba przy tym zauważyć, iż zarówno w świetle przepisów ustawy Pzp jak i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby owe szczególne przyczyny techniczne czyniły udzielenie zamówienia określonemu wykonawcy bezwzględnie koniecznym.

W toku niniejszego postępowania kontrolnego zamawiający nie wykazał, że zamówienia na świadczenie usług w zakresie zarządzania projektem mogą być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zamawiający argumentację zasadności udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oparł jedynie na subiektywnej ocenie, że wysoką jakość świadczonych usług gwarantuje osoba, która zna specyfikę pracy szkoły technicznej, ma kwalifikacje z zakresu zarządzania jednostką oświatową (w tym do posługiwania się ustawą Prawo zamówień publicznych), jest uprawniona do reprezentowania szkoły w kontaktach z organem prowadzącym oraz nadzoru pedagogicznego (koordynator ds. formalno – prawnych).

Należy jednak podkreślić, że argumenty takie nie stanowią podstawy do udzielenia zamówienia w niekonkurencyjnym trybie z wolnej ręki. Jedynym uzasadnieniem zastosowania tego trybu na ww. podstawie prawnej jest istnienie faktycznego monopolu na danym rynku, tj. nie istnienie żadnego innego wykonawcy, który mógłby podjąć się

zrealizowania zamówienia. Zamawiający w toku postępowania kontrolnego nie wykazał natomiast, że taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Analiza założeń i celów projektu, jak i zakresu obowiązków poszczególnych koordynatorów wskazuje, że o udzielenie przedmiotowych zamówień mogli również ubiegać się inni wykonawcy, tj. osoby nie związane stosunkiem wynikającym z Kodeksu Pracy czy też Karty Nauczyciela z zamawiającym. Referent ds. księgowo – kadrowych, który ma w zakresie obowiązków m.in. bieżącą rejestrację kosztów w projekcie, rozliczanie świadczeń, księgowanie, przygotowywanie sprawozdań nie musi znać specyfiki pracy szkoły, a tym bardziej być pracownikiem szkoły, żeby prawidłowo wykonywać zadania wynikające z ww. zakresu obowiązków. Koordynatorem ds. merytorycznych i organizacyjnych oraz koordynatorem ds. formalno – prawnych mogły być osoby, które mają doświadczenie w kierowaniu zespołem w projekcie, przy czym mogły to być osoby nie tylko pracujące w tej szkole, ale w również innych placówkach oświatowych lub mające doświadczenie w prowadzeniu podobnego projektu do projektu Mechatronik.

Należy również wyraźnie odróżnić przyczyny techniczne od przyczyn organizacyjnych i gospodarczych. Argumenty zamawiającego odnoszące się do możliwości wykonania usług zarządzania projektem wyłącznie przez pracowników zamawiającego są argumentami o charakterze organizacyjnym, do których w żadnym wypadku nie odnosi się przepis art. 67 ust 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, na który powoływał się zamawiający.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.2. Przedmiot zamówienia: dostawa mebli na wymiar do specjalistycznych pracowni

Wartość zamówienia dodatkowego: 114 267,57 zł (29 764,93 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i pkt 3 ustawy Pzp Regionalny **Program** Operacyjny na lata 2007-2013

W toku kontroli stwierdzono, że zamawiający nie wykazał, iż w niniejszej sprawie zachodzą łącznie przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że w związku z wygosparowaniem oszczędności po przeprowadzonych procedurach przetargowych dotyczących realizacji projektu pod nazwą „Wyposażenie bazy dydaktycznej i badawczo – rozwojowej”, zamawiający uzyskał zgodę na przekwalifikowanie zaoszczędzonych środków finansowych na zakup mebli i systemów niestandardowych na wymiar. Przedłużające się w czasie poszczególne zadania przetargowe, tzn. powtórne postępowania przetargowe w niektórych pakietach, oraz termin podjęcia ostatecznej decyzji o możliwości przekwalifikowania ww. środków finansowych i ich wykorzystania spowodowały znaczne ograniczenia czasowe realizacji przedmiotowego zadania. Ostateczny termin realizacji projektu, w skład którego wchodziło przedmiotowe zamówienie, przypadał na dzień 30.04.2010 r. W takiej sytuacji, ze względu na ograniczenia czasowe, zamawiający uznał, iż jedynym rozwiązaniem było udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Niedochowanie przez zamawiającego terminu realizacji przedmiotowego zamówienia spowodowałoby utratę możliwość wykorzystania przyznanej dotacji w zakresie zakupu mebli a tym samym zamawiający nie osiągnąłby zaplanowanych w projekcie celów w postaci wyposażenia pracowni w meble na wymiar. Ponadto, po przeprowadzeniu rozeznania rynku okazało się, że jedynym wykonawcą jaki może zrealizować zamówienie w powyższym terminie jest (...).

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

udzielenia zamówienia. Przesłanki te muszą wystąpić łącznie, a ponadto pomiędzy nimi powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zamawiający nie wykazał, że zaistniała sytuacja stanowi sytuację wyjątkową, której nie można było wcześniej przewidzieć skoro realizował świadczenia na wyposażenie zamawiającego od października 2009 r. (pierwotna umowa z Instytucją Wdrażającą z dnia 09.10.2010 r.), a z wnioskiem o wyrażenie zgody na przesunięcie części zaoszczędzonych środków na zakup mebli wystąpił na początku marca 2010 r. Dysponował więc stosowną wiedzą odpowiednio wcześniej.

Należy zauważyć, że zaistnienie okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć dotyczy sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zaliczyć można zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Ponadto należy wskazać, iż przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest też potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia. Na podstawie tego przepisu dopuszczalne jest zatem udzielenie zamówień tylko w takim zakresie, który jest niezbędny do zapobieżenia zagrożeniu, np. ochrony życia i zdrowia, znacznej szkody majątkowej, czy ochrony środowiska. Ważnym jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają bowiem natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym, ale nie wymagającym podejmowania działań natychmiastowych, ustawodawca przewidział bowiem inny niż wolna ręka tryb (negocjacje bez ogłoszenia).

Przedłużające się w czasie poszczególne zadania przetargowe realizowane w ramach projektu pod nazwą „Wyposażenie bazy dydaktycznej i badawczo – rozwojowej”, tzn. powtórne postępowania przetargowe w niektórych pakietach oraz termin podjęcia ostatecznej decyzji o możliwości przekwalifikowania zaoszczędzonych środków finansowych i ich wykorzystania, nie stanowią sytuacji niemożliwej do przewidzenia. Ponadto, wystąpienie zagrożenia utraty zaoszczędzonych środków finansowych, w przypadku nie dochowania terminów zawartych w umowie o dofinansowaniu projektu, nie powoduje natychmiastowej konieczności wykonania zamówienia, która zwalnia zamawiającego z całkowitego odstąpienia od zasad uczciwej konkurencji, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ponadto należy zwrócić uwagę zamawiającego na fakt, że ustawodawca w nowelizacji ustawy Pzp z dnia 2 grudnia 2009 r., która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 r., wprowadził przepis art. 93 ust. 1a) ustawy Pzp, który umożliwia zamawiającemu unieważnienie postępowania w przypadku nieuzyskania środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, a które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Warunkiem skorzystania z tej przesłanki jest przewidzenie możliwości unieważnienia postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu. Innymi słowy, ustawa Pzp dopuszcza sytuację, w której zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie posiadając ostatecznej decyzji o przyznaniu środków wspólnotowych. Odnosząc powyższe do przedmiotowego stanu faktycznego należy stwierdzić, że zamawiający mógł wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym przed uzyskaniem pisemnej decyzji Urzędu Marszałkowskiego umożliwiającej przesunięcie środków.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że zamawiający nie wykazał również, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia zostały spełnione przesłanki pozwalające na zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia była dostawa mebli na wymiar, obejmująca pięć pakietów, na które składały się m. in. biurka komputerowe, szafy aktowe, kontenerki z szufladami, stoły z nadstawkami na drukarkę oraz półkami wysuwanymi na klawiaturę, szafki wiszące, szafki z blatem kuchennym, stoły warsztatowe. Jak wynika z powyższego przedmiot zamówienia nie był na tyle skomplikowany żeby uznać, iż jedyną firmą zdolną do jego realizacji była firma (...).

Z analizy dokumentów i wyjaśnień zgromadzonych w toku niniejszego postępowania kontrolnego wynika, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia obejmującego *dostawę mebli na wymiar do specjalistycznych pracowni*, nie zachodzi sytuacja, w której zostałyby kumulatywnie spełnione przesłanki pozwalające na zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, tj. *istnienie szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia* oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. Zamawiający nie udowodnił, że wykonawca (...) jest jedynym wykonawcą na rynku europejskim zdolnym do wykonania mebli biurowych pod wymiar.

Względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej, o których jest mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) muszą mieć bowiem charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe i że ta okoliczność ma charakter nieprzezwycięzalny. Jeżeli na rynku funkcjonują inne podmioty mogące wykonać dane zamówienie nie jest usprawiedliwieniem dla jego udzielenia w trybie z wolnej ręki jedynie subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wykonawca może je zrealizować.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia w wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Reasumując, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.3. Przedmiot zamówienia: wykonanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla inwestycji: Budowa Drugiego Terminala Pasażerskiego w Porcie Lotniczym wraz z infrastrukturą

Wartość zamówienia: 5.500.000,00 zł (1.253.704,12 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-13

Zamawiający w uzasadnieniu zastosowania powyższego trybu udzielania zamówienia wskazał, iż przeprowadził zgodnie z ustawą Pzp konkurs (jednoetapowy) na opracowanie koncepcji architektonicznej budynku drugiego Terminala Pasażerskiego w Porcie Lotniczym. Nagrodą za zajęcie pierwszego miejsca w konkursie była kwota pieniężna w wysokości 40.000,00 zł oraz zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki na opracowanie dokumentacji projektowej na realizację inwestycji.

Zamawiający udzielił zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na wykonanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla inwestycji: Budowa Drugiego Terminala Pasażerskiego w Porcie Lotniczym. Zgodnie z § 2 pkt 1 przewidzianego w konkursie projektu umowy zawierającego „*Przedmiot i warunki wykonania przedmiotu umowy*”, przedmiotem zamówienia udzielonego z wolnej ręki miało być wykonanie dokumentacji projektowej niezbędnej dla realizacji inwestycji obejmującej budowę drugiego terminala pasażerskiego Portu Lotniczego wraz z infrastrukturą oraz

uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych i uzgodnień niezbędnych do rozpoczęcia i prowadzenia inwestycji. W § 2 pkt 2 został zawarty zakres przedmiotowy dokumentacji projektowej, w skład którego miały wchodzić następujące dokumenty:

- Koncepcja architektoniczno-funkcjonalna (opracowanie pokonkursowe),
- Projekt techniczny terminala pasażerskiego (tj. projekt budowlany),
- Projekt technologiczny,
- Projekt specjalistycznych sieci instalacji, systemów technicznych i operacyjnych,
- Projekty wnętrz.

Natomiast umowa o wykonanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla inwestycji: „*Budowa Drugiego Terminala pasażerskiego w Porcie Lotniczym wraz z infrastrukturą*” z dnia 10 grudnia 2007 r. zawarta w trybie z wolnej ręki między zamawiającym a wykonawcą – zwycięzcą konkursu – firmą (...) w § 2 zawiera zakres przedmiotowy dotyczący opracowania kompletnej dokumentacji projektowo – kosztorysowej niezbędnej dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wybudowanie drugiego terminala pasażerskiego wraz z infrastrukturą – w zakresie wymaganym przez Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego, w tym w szczególności:

- Projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych,
- Projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w §5 ww. rozporządzenia,
- Przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w §6 ww. rozporządzenia,
- Informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,
- Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- Kosztorysu inwestorskiego sporządzonego zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów określonych w programie funkcjonalno – użytkowym.

Zwrócić uwagę należy, że zamawiający w notatce z negocjacji z dnia 14 września 2007 r. w pkt 11 zawarł następujący zapis: „(...) do dnia 19.09.2007 roku ustosunkuje się do przedstawionego projektu umowy, oraz przedstawi swoją wycenę wykonania pakietu dokumentów projektowych dot. terminala 2 niezbędnych do wykonania przetargu na wykonawstwo zgodnie z Ustawą o zamówieniach publicznych. Wykonawca (...) przedstawi nową cenę opracowania oraz nowe terminy. Port Lotniczy określił zakres dokumentacyjny w nowym projekcie umowy.” Jak natomiast wynika z notatki z negocjacji sporządzonej w dniu 6 grudnia 2007 r. zamawiający określił „ostateczny zakres niezbędnej dokumentacji projektowej, której będzie wymagał, tj. projekt budowlany, projekty wykonawcze, przedmiar robót, informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, specyfikacje techniczne oraz kosztorys inwestorski”, a wykonawca określił cenę wykonania przedmiotu zamówienia na kwotę 9.850.000,00 zł.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki m.in. gdy przeprowadzono konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Biorąc pod uwagę fakt, że § 2 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 10 do Regulaminu Konkursu przewidywał węższy zakres przedmiotowy usługi niż przedmiot zamówienia określony w umowie zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 10 grudnia 2007 r. należy stwierdzić, że zamawiający nie był uprawniony do udzielenia zamówienia niniejszego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 116 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w przypadku, gdy nagrodami w konkursie są zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający w regulaminie konkursu określa zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego

przedmiot zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia. Oznacza to, że zakres przedmiotu zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powinien być tożsamy z przedmiotem zamówienia przewidzianym do wykonania na etapie konkursu. Innymi słowy, w sytuacji, gdy nagrodę w konkursie stanowi zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a regulamin konkursu wskazuje przedmiot zamówienia za pomocą szczegółowego zakresu opracowania pracy konkursowej, to zakres ten nie powinien być następnie zmieniany przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu będącym konsekwencją konkursu. Zakres ten jest bowiem dla zamawiającego wiążący przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 oraz formułowaniu zakresu przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 2. W przeciwnym razie mogłoby dojść do naruszenia przesłanek zastosowania trybów udzielenia zamówienia (tj. wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia), gdyż zamówienie dotyczyłoby innego przedmiotu zamówienia niż opisany w konkursie.

Należy także zwrócić uwagę na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-340/02, dotyczący udzielenia zamówienia przez francuski związek gmin miejskich Mans bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, z powołaniem się na art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50⁵, tj. z powołaniem się na przesłankę dotyczącą przeprowadzenia konkursu. Francuski zamawiający podzielił realizację inwestycji w zakresie uzdatniania wody na 3 etapy i zamieścił ogłoszenie o konkursie dotyczące pierwszego etapu, ale w ogłoszeniu tym zawarto także informację, że zwycięzca konkursu będzie mógł zostać zaproszony do realizacji części zadań z drugiego etapu. Rozstrzygając sprawę ETS stwierdził: *„Artykuł 11 ust. 3 lit. c) dyrektywy 92/50 odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, który dopuszcza odstępianie przez instytucje zamawiające, które stosują procedurę negocjacji, od obowiązku uprzedniej publikacji, gdy zamówienie, którego to dotyczy, ma być udzielone zwycięzcy lub jednemu ze zwycięzców konkursu na projekt, w następstwie konkursu, powinien być przedmiotem ścisłej wykładni; ciężar dowodu rzeczywistego istnienia wyjątkowych okoliczności uzasadniających odstępstwo spoczywa na tym, kto się na niego powołuje. W szczególności wyrażenie „w następstwie konkursu” w rozumieniu tego przepisu oznacza, że powinien istnieć bezpośredni związek funkcjonalny pomiędzy konkursem i danym zamówieniem. Takiego związku brakuje w ramach projektu podzielonego na kilka etapów pomiędzy konkursem dotyczącym pierwszego etapu i zorganizowanym w celu udzielenia zamówienia w ramach tego etapu a zamówieniem dotyczącym następnego etapu, którego możliwość udzielenia zwycięzcy tego konkursu zarezerwowała sobie instytucja zamawiająca.”* Należy zauważyć, że Trybunał uznał za niedopuszczalne udzielenie zwycięzcy konkursu zamówienia w szerszym zakresie niż przewidziany konkursem, mimo że zamawiający w ogłoszeniu o konkursie zastrzegł możliwość takiego rozszerzenia przedmiotu zamówienia. Tym bardziej więc, w świetle wyroku ETS, należy uznać za niedopuszczalne udzielenie zwycięzcy konkursu w trybie z wolnej ręki zamówienia w zakresie nie objętym konkursem, skoro nawet takie zastrzeżenie nie zostało dokonane.

Zamawiający, w wyjaśnieniach z dnia 9 grudnia 2009 r., dotyczących zmian w zakresie przedmiotu zamówienia przywołał treść art. 66 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki udziela się po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Natomiast do negocjacji treści umowy mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, w szczególności art. 72 §1, zgodnie z którym strony umowy prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem jej negocjacji. Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem tych negocjacji było: wynagrodzenie wykonawcy, precyzyjne

⁵ Dyrektywa Rady z 18 czerwca 1992 r. w sprawie koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na usługi (92/50/EWG)

sklasyfikowanie poszczególnych elementów dokumentacji projektowej niezbędnej do realizacji inwestycji oraz harmonogram wykonywania poszczególnych części zamówienia. Umowa natomiast została zawarta w treści ustalonej w czasie negocjacji.

Odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego należy wskazać na art. 14 ustawy Pzp zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Z powyższego wynika, że zamawiający udzielając zamówienia publicznego stosuje przepisy kodeksu cywilnego jedynie w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp.

Mając zatem na uwadze powyżej wskazane przepisy ustawy Pzp oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości stwierdzić należy, że możliwość negocjacji szczególnie w zakresie „*precyzyjnego sklasyfikowania poszczególnych elementów dokumentacji projektowej niezbędnej do realizacji inwestycji*” oraz wprowadzania zmian w tym zakresie wobec zapisów wzoru umowy stanowiącego załącznik do regulaminu konkursu jest ograniczona, a dokonywane uzupełnienia czy zmiany nie mogą prowadzić do istotnej modyfikacji zakresu przedmiotu zamówienia, stanowiącego opracowanie pracy konkursowej. W innym przypadku przesłanka zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt. 2 Pzp) nie zostanie zachowana.

W przedmiotowej sprawie zamawiający w ostatecznie podpisanej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki umowie znacznie rozszerzył jej zakres przedmiotowy w stosunku do projektu umowy stanowiącego załącznik do regulaminu konkursu. Analiza wprowadzonych zmian w stosunku do pierwotnie określonego zakresu przedmiotowego umowy prowadzi do wniosku, że w zakresie, w jakim rozszerzono przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki w stosunku do przedmiotu zamówienia przewidzianego na etapie konkursu zamawiający nie miał podstaw do zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający naruszył ww. przepis.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.1.4. Przedmiot zamówienia: modernizacja świetlic wiejskich oraz zaplecza rekreacyjno – sportowego

Wartość zamówienia: 494.625,37 zł (tj. 127.576,12 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp

Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

Jak wynika ze złożonych wyjaśnień, zamawiający przeprowadził kolejno dwa postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację świetlic wiejskich oraz zaplecza rekreacyjno – sportowego. W pierwszym nie zostały złożone żadne oferty, natomiast drugie postępowanie zostało unieważnione, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Jednakże w dniu 7 września 2009 r. zamawiający uznał, iż zachodzi pilna potrzeba udzielenia ww. zamówienia, w związku z „kontrolą jednoroczną” świetlic przeprowadzoną przez komisję w składzie: technik budowlany oraz inspektor ds. planowania przestrzennego.

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

Mając na uwadze powyższe, zamawiający podjął decyzję o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki przy wyborze wykonawcy, kierując w dniu 8 września 2009 r. zaproszenie do negocjacji do (...), z którym następnie w dniu 22 września 2009 r. przeprowadził negocjacje i podpisał umowę nr 3410/4/4/09 na kwotę 720.103,36 zł. Jako podstawę prawną wyboru trybu zamawiający podał art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

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

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

1. Protokoły nr 1/2007 i 2/2007:

a) Budynek Sali Wiejskiej w D. – budynek głównie w części klubowej znajduje się w złym stanie technicznym, wymaga przeprowadzenia prac remontowych. Wymaga przystosowania do obowiązujących przepisów i standardów. Dotychczasowe prace remontowe polegały głównie na malowaniu pomieszczeń. Budynek ogrzewany okresowo w czasie organizowanych imprez i spotkań. Instalacja elektryczna części klubowej w złym stanie technicznym.

b) Budynek Sali Wiejskiej w Ś. – budynek znajduje się w nieodpowiednim stanie technicznym wymagającym przeprowadzenia remontu. Wymaga przystosowania do obowiązujących przepisów i standardów. Budynek ogrzewany okresowo. Przewiduje się wykonanie instalacji grzewczej gazowej w związku z wykonaniem przez PGNiG S.A. przyłącza gazowego do obiektu.

2. Protokoły nr 2/2008 i 3/2008:

a) Budynek Sali Wiejskiej w D. – budynek głównie w części klubowej znajduje się w złym stanie technicznym, wymaga przeprowadzenia prac remontowo – modernizacyjnych. Wymaga przystosowania do obowiązujących standardów. Część klubowa z uwagi na prowadzenie w niej baru przez najemcę nie była dawno remontowana. Dotychczasowe prace remontowe polegały głównie na malowaniu pomieszczeń. Budynek ogrzewany okresowo. Instalacja elektryczna części klubowej w złym stanie technicznym.

b) Budynek Sali Wiejskiej w Ś. - budynek znajduje się w nieodpowiednim stanie technicznym wymagającym przeprowadzenia gruntownego remontu. Wymaga przystosowania do obowiązujących przepisów i standardów. Budynek ogrzewany okresowo. Instalacja grzewcza przewidziana do montażu w przyszłym roku po opracowaniu projektu technicznego.

Zamawiający w przesłanych wyjaśnieniach i dokumentach nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, obejmującego roboty budowlane polegające na *modernizacji świetlic wiejskich oraz zaplecza rekreacyjno – sportowego* zostały spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

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

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

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

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

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

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

Reasumując, należy stwierdzić, iż zamawiający poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki przy wyborze wykonawcy na realizację przedmiotu zamówienia, naruszył dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

- IV.1.5. Przedmiot zamówienia:** usługa organizacji wyjazdów studialnych do parków przemysłowych Europy Zachodniej
Wartość zamówienia: 20 000,00 zł (4 558,92 euro); łączna wartość: 96 000,00 (21 882,83 euro)
Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp
Program SPO Wzrost Konkurencyjności Przedsiębiorstw, lata 2004-2006

Jak wynika z przekazanej dokumentacji, zamawiający w dniu 12 maja 2006 r. wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego mające za przedmiot usługę organizacji wyjazdów studialnych do parków przemysłowych Europy Zachodniej. We wzorze umowy stanowiącym załącznik do siwz doprecyzowano, iż niniejszy przedmiot będzie obejmował organizację 6-8 wyjazdów studialnych dla 2-3 osób do parków przemysłowych Europy Zachodniej (krajów wybranych przez zamawiającego).

W postanowieniach siwz doprecyzowano, iż w skład usługi organizacji wyjazdów studialnych wchodziły:

- organizacja transportu lotniczego do wybranego kraju i z powrotem,
- transport do i z lotniska,
- zapewnienie zakwaterowania w hotelu kategorii co najmniej ** na pobyt 3-5 dniowy,
- organizacja wyżywienia w trakcie całego pobytu,
- obsługa tłumacza języka obowiązującego w danym kraju,
- zapewnienie usług przewodnika po parku przemysłowym.

Termin realizacji ustalono na czerwiec 2006 r. – grudzień 2007 r. Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia ustalona została na kwotę 96 000,00 zł, co stanowiło równowartość 22 852,25 euro.

Termin składania ofert upłynął w dniu 29 maja 2006 r., do upływu terminu składania ofert nie złożono żadnej oferty. W związku z powyższym zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Następnie zamawiający wszczął kolejne postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ramach prowadzonej procedury zamawiający w dniu 29 maja 2006 r. zwrócił się do 7 podmiotów z zaproszeniem do negocjacji. Żaden z zaproszonych wykonawców nie przystąpił do negocjacji z zamawiającym. Mając na uwadze powyższe okoliczności, jak wyjaśnia zamawiający w dołączonej do dokumentacji przedmiotowego postępowania notatce służbowej, ostatnią możliwością było skorzystanie z zamówienia z wolnej ręki. Ewentualność ta została wykorzystana, pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione, modyfikacji podlegał jedynie zakres zamówienia. Zrezygnowano z konieczności 6-7 wyjazdów na rzecz jedynie 2. Decyzja powyższa podyktowana została wyjątkową sytuacją, która nie leżała po stronie zamawiającego, zamawiający nie mógł jej przewidzieć, a konieczne było natychmiastowe (zgodnie z harmonogramem i budżetem) wykonanie zamówienia. Jeden ze współpracujących z zamawiającym wykonawców podjął się organizacji 2 wyjazdów. W związku z czym odbyły się negocjacje w trybie zamówienia z wolnej ręki, wykonawca przedstawił swoją ofertę, została ona zaakceptowana, strony podpisały umowę. Zadanie w bieżącym kwartale zostało wykonane. Oznacza to jednak, że w następnych okresach poszukiwania wykonawcy na dalsze wyjazdy, najprawdopodobniej, rozpoczną się ponownie. Zamawiający podtrzymuje chęć podpisania umowy bez dalszego rozdrabniania zadania.

W związku z powyższym zamawiający zdecydował o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający opisując przedmiot kontrolowanego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki wskazał, iż jest nim organizacja 2 wyjazdów studialnych do Portugalii i Niemiec (po 1 do każdego z nich) z pobytem 3-5 dniowym i organizacją spotkań roboczych z osobami decyzyjnymi w wybranych parkach przemysłowych. W postanowieniach wzoru umowy doprecyzowano, iż w ramach usługi organizacji wyjazdu wykonawca zobowiązuje się do:

- rezerwacji biletów lotniczych w obie strony,
- organizacji i rezerwacji hotelu o standardzie co najmniej 3 gwiazdkowym,
- organizacji całodziennego wyżywienia,
- gwarancji opieki tłumacza w trakcie całego pobytu,
- wynajęcia samochodu osobowego.

Pierwszą przesłanką zastosowania przez zamawiającego trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest bezskuteczność uprzednio prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Z bezskutecznością postępowania mamy do czynienia, jeżeli nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia.

Kolejną przesłanką jest to, żeby przynajmniej jedno z bezskutecznie przeprowadzonych postępowań było przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego bądź przetargu ograniczonego. W ten sposób realizowana jest zasada prymatu procedur przetargowych przy udzielaniu zamówień publicznych.

Ostatnią z przesłanek, która musi wystąpić, aby zamawiający mógł udzielić zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest niedokonywanie w pierwotnych warunkach zamówienia istotnych zmian. Zamawiający nie może więc przy udzielaniu zamówienia na podstawie przytoczonego wyżej przepisu zmieniać m.in. przedmiotu zamówienia, ani jego istotnych cech, których zmiana będzie miała wpływ na kształt zamówienia.

Mając zatem na uwadze stan faktyczny przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż zamawiający w ramach prowadzonej procedury nie był uprawniony do zastosowania trybu

zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ nie zaistniała ostatnia z ww. przesłanek. Zamawiający zmodyfikował bowiem przedmiot zamówienia poprzez jego zawężenie: z pierwotnie przewidywanych 6-8 wyjazdów studialnych przedmiot zamówienia ograniczony został do dwóch wyjazdów. Ponadto zmianie uległ zakres świadczeń jakie miały być realizowane w ramach usługi, na który pierwotnie składały się:

- organizacja transportu lotniczego do wybranego kraju i z powrotem,
- transport do i z lotniska,
- zapewnienie zakwaterowania w hotelu kategorii co najmniej ** na pobyt 3-5 dniowy,
- organizacja wyżywienia w trakcie całego pobytu,
- obsługa tłumacza języka obowiązującego w danym kraju,
- zapewnienie usług przewodnika po parku przemysłowym.

Zaś w przypadku postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki zakres świadczonych usług miał obejmować:

- rezerwację biletów lotniczych w obie strony,
- organizację i rezerwację hotelu o standardzie co najmniej 3 gwiazdkowym,
- organizację całodziennego wyżywienia,
- gwarancję opieki tłumacza w trakcie całego pobytu,
- wynajęcie samochodu osobowego.

Z powyższego wynika jednoznacznie, iż zakres usługi został w sposób istotny zmieniony w stosunku do usługi przewidzianej w przetargu nieograniczonym. Porównanie opisów zamówień wskazuje, iż nie mamy do czynienia z zachowaniem tożsamości przedmiotowej zamówień, co uniemożliwia po pierwsze uznanie, iż przedmiotowe zamówienie było poprzedzone wcześniej procedura przetargu nieograniczonego po drugie, niewątpliwie doszło do istotnej zmiany warunków. Oznacza to, że w niniejszej sytuacji zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czym naruszył dyspozycję niniejszego przepisu.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.1.6. Przedmiot zamówienia: Modernizacja istniejącego zaplecza kulturalno – rekreacyjnego

Wartość zamówienia dodatkowego: 179.947,61 zł (tj. 46.412,94 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp

Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, dwa postępowania przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „*Modernizację istniejącego zaplecza kulturalno – rekreacyjnego*”, zakończyły się unieważnieniem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. nie złożono w nich żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wobec powyższego, zamawiający w dniu 8 września 2009 r. wszczął postępowanie na ww. przedmiot zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia, jeżeli w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie 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.

W postępowaniu przeprowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający nie dokonał zmiany przedmiotu zamówienia, jednak ograniczył stawiane warunki podmiotowe w stosunku do przetargu nieograniczonego, nie formułując warunków szczególnych w zakresie

doświadczenia wykonawców, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz wykazania przez wykonawcę, iż ten znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, jak również nie żądał przedłożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej – wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowaniu, zamawiający ograniczył się jedynie do żądania przedłożenia oświadczenia o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz praktyki Komisji Europejskiej należy uznać, że zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu stanowią istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, która uniemożliwia zastosowanie m.in. trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innym wykonawców (por. orzeczenie z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja przeciwko Grecji*, dotychczas nie publikowany w Zbiorze, pkt 52).

W tym kontekście obniżenie w ramach postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wymagań stawianych wykonawcom (warunków udziału) w stosunku do postępowania prowadzonego uprzednio w jednym z trybów podstawowych stanowi istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia. Inaczej mówiąc, obniżenie wymagań (rozszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców) w postępowaniu niekonkurencyjnym w stosunku do postępowania konkurencyjnego nie jest zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców (por. P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa-Katowice 2006, str. 78).

Mając na uwadze powyższe, oraz dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należy uznać, iż zamawiający dokonując zmiany pierwotnych warunków zamówienia w postępowaniu przeprowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki w stosunku do postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, naruszył postanowienia ustawy Prawo zamówień publicznych w powyższym zakresie.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.1.7. Przedmiot zamówienia: modernizacja świetlicy wiejskiej

Wartość zamówienia: 67.897,85 zł (tj. 17.512,54 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp

Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót dodatkowych obejmujących n.w. prace:

1. Wykonanie żelbetowej ścianki dociskowej gr. ok. 30 cm;
2. Wykonanie otworu drzwiowego do sanitariatu;
3. Wykonanie schodów betonowych do kawiarni i kotłowni gazowej;
4. Wzmocnienie belek stropowych oraz wzmocnienie końcówek krokwi jedno i dwustronnie;
5. Wyprostowanie połaci dachowej nad salą widowiskową;
6. Przemurowanie kominów cegłą klinkierową;

7. Ułożenie otoku z bednarki;
8. Montaż okien połaciowych;
9. Skucie gzymsu.

W dniu 30 lipca 2009 r. zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający przeprowadził negocjacje z wykonawcą (...), w wyniku których ustalono, że wykonawca wykona ww. roboty budowlane – jak wskazał zamawiający w notatce służbowej – „za kwotę 82.835,38 zł brutto (67.893,85 zł netto)”.

W dniu 31 lipca 2009 r. została zawarta umowa nr BI/2222/11/2009 na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, której przedmiot zamówienia obejmował wykonanie robót dodatkowych wynikających z protokołu konieczności.

Zamawiający uzasadnił konieczność wykonania prac dodatkowych w następujący sposób:

1. Wykonanie żelbetowej ścianki dociskowej gr. ok. 30 cm – po odkopaniu fundamentów stwierdzono, że ławy fundamentowe są wykonane z kamienia na zaprawie glinianej. Chcąc wykonać docieplenie ze styropianu i izolację pionową należy wykonać ściankę żelbetonową dociskową;

2. Wykonanie otworu drzwiowego do sanitariatu – wykonane zostało w związku ze zgłoszonymi przez Gminny Ośrodek Kultury (użytkownik) i sołectwo wsi, potrzebami dostosowania funkcji obiektu do możliwości jednoczesnej organizacji w tym samym czasie (bez zakłóceń) dwóch lub więcej uroczystości lub spotkań, z tytułu nowych inicjatyw ww. podmiotów. Roboty należało wykonać przed wykonaniem robót podstawowych polegających na wykonaniu termomodernizacji i zmianie kolorystyki elewacji budynku Sali wiejskiej. Oddzielenie tych robót dodatkowych od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, związanych z odtworzeniem uszkodzonej części nowej elewacji budynku świetlicy wykonanej w ramach zamówienia podstawowego;

3. Wykonanie schodów betonowych do kawiarni i kotłowni gazowej – uzasadnienie wykonania tych robót podyktowane zostało bezpieczeństwem korzystających osób z kawiarni oraz osób sprawujących dozór nad kotłownią. Podczas wykonywania odkrywki ścian fundamentowych celem wykonania docieplenia, stwierdzono bardzo zły stan techniczny tych schodów tj. schody były wykonane bez fundamentów i posadowione w strefie przemarzania gruntu, co powodowało osiadanie gruntu (pękanie schodów i wykruszanie się stopni). Stan ten zagrażał bezpieczeństwu korzystających osób. Wykonanie schodów wyeliminowało również konieczność dokonywania częstych napraw oraz wpłynęło na estetykę całego budynku;

4. Wzmocnienie belek stropowych i końcówek krokwi jedno i dwustronnie – po demontażu pokrycia dachowego stwierdzono duże zużycie końcówek krokwi oraz belek stropowych, które należało wzmocnić przed ułożeniem nowego pokrycia dachowego;

5. Wyprostowanie połaci dachowej nad salą widowiskową – konieczność wykonania tych robót stwierdzona została po dokonaniu rozbiórki istniejącego pokrycia dachowego i stwierdzeniu dużego ugięcia powierzchniowego połaci dachowej nad świetlicą. W tej sytuacji konieczne było jej wyprostowanie, celem właściwego odprowadzenia wód opadowych. Roboty należało wykonać przed wykonaniem nowego pokrycia dachowego objętego zamówieniem podstawowym;

6. Przemurowanie kominów cegłą klinkierową – podyktowane zostało złym stanem technicznym kominów. W ramach robót podstawowych w obiekcie nastąpiła wymiana instalacji centralnego ogrzewania i instalacji gazowej. Konieczność wykonania tych robót została stwierdzona po dokonaniu rozbiórki pokrycia dachowego, co umożliwiło dostęp do kominów, celem stwierdzenia ich stanu technicznego, których okazał się bardzo zły (kominy były popękane i brak było zaprawy w spoinach, cegły były popękane i powykruszone);

7. Ułożenie otoku z bednarki – podczas odkopania fundamentów stwierdzono brak otoku, który wykonano dla bezpieczeństwa obiektu;

8. Montaż okien połaciowych – wykonano na wniosek sołectwa wsi przedstawiony w trakcie realizacji zadania (robót podstawowych) przez sołtysa wsi. Wykonanie tych robót uzasadniała zgłoszona przez ww. jednostkę pomocniczą nowa, nieznaną dotychczas zamawiającemu, potrzeba wykonania poddasza na nowe projekty Rady Sołectkiej.

Wykonanie tych robót pozwoliło na doświetlenie dodatkowej części poddasza. Wykonanie przedmiotowych robót przed wymianą pokrycia dachowego, wpłynęło na obniżenie kosztów robót, a tym samym oszczędność środków publicznych. Oddzielenie tych robót dodatkowych od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernych kosztów związanych z koniecznością rozbiórki części dachu i jego ponownym ułożeniem.

Ponadto zamawiający poinformował, że ww. roboty dodatkowe nie były ujęte w projekcie budowlanym i wykonawczym zamówienia podstawowego, gdyż konieczność ich wykonania pojawiła się w trakcie realizacji robót podstawowych i dokonanych odkrywek istniejącego obiektu świetlicy.

Udzielenie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego. Konieczność jego udzielenia musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji podstawowego zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Zamówienie dodatkowe będzie występowało zawsze wtedy, kiedy bez jego wykonania niemożliwym będzie zrealizowanie zamówienia podstawowego. Sytuacja ta nie powinna być jednak wynikiem zaniedbań lub niestaranności zamawiającego. Nie będzie zatem zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego (por. wyrok NSA z dnia 22 marca 2000 r. sygn. akt II SA 2169/99).

Mając na uwadze powyższe oraz ustalony w toku kontroli doraźnej następczej stan faktyczny przedmiotowego postępowania należy zauważyć, co następuje:

W zakresie robót dodatkowych wskazanych w pkt 1 i 7, tj.:

1. Wykonanie żelbetowej ścianki dociskowej gr. ok. 30 cm;
2. Ułożenie otoku z bednarki,

w odniesieniu do złożonych wyjaśnień, należy uznać że zachodzą wszystkie przesłanki wymienione w powyższym przepisie. Zamawiający słusznie argumentuje, iż niemożliwa była ocena stanu technicznego fundamentów budynku, przed ich odkopaniem.

Natomiast odnosząc się do pozostałych zadań, tj.:

1. Wykonanie otworu drzwiowego do sanitariatu;
2. Wykonanie schodów betonowych do kawiarni i kotłowni gazowej;
3. Wzmocnienie belek stropowych i końcówek krokwi jedno i dwustronnie;
4. Wyprostowanie połaci dachowej nad salą widowiskową;
5. Przemurowanie kominów cegłą klinkierową;
6. Montaż okien połaciowych,

należy wskazać, że z wyjaśnień zamawiającego nie wynika, że ich wykonanie stało się konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. W szczególności nie można uznać, że w wyniku prac przygotowawczych i oceny budynku na którym miały być wykonane prace budowlane, zamawiający nie był w stanie przewidzieć konieczności wzmocnienia belek stropowych i końcówek krokwi jedno i dwustronnie, oraz wyprostowania połaci dachowej nad salą widowiskową, jak również konieczności przemurowania kominów cegłą klinkierową, mając na uwadze fakt, iż budynek został wybudowany przed 1945 rokiem, a tym samym zachodziło duże prawdopodobieństwo wykonania wskazanych prac. Należy stwierdzić, że dochowując należytej staranności zamawiający powinien był na etapie przygotowania dokumentacji projektowej przewidzieć konieczność wykonania ww. wskazanych prac.

W zakresie robót dotyczących wykonania otworu drzwiowego do sanitariatu, schodów betonowych do kawiarni i kotłowni gazowej oraz montażu okien połaciowych, w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez zamawiającego należy zauważyć, iż wykonanie ww. prac budowlanych nie stało się konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a jedynie wynikało z wniosków sołectwa wsi złożonych na etapie realizacji zamówienia podstawowego, mających na celu zagospodarowanie poddasza

remontowanego budynku. Tym samym, nie zachodziły przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, wobec czego zamawiający naruszył dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.1.8. Przedmiot zamówienia: Remont pomieszczeń poddasza Budynku J1

Wartość zamówienia: 234 524,85 zł (61 090,09 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp
Regionalny **Program** Operacyjny na lata 2007-2013

Z analizy dokumentacji niniejszego postępowania wynika, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 67 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. w szczególności zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki dotyczącej okoliczności, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Należy również podkreślić, iż niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi mieć charakter obiektywny. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek swych zaniechań, czy też zaniedbań powstaje konieczność rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia innego niż pierwotnie zakładany.

Celem ustalenia, czy wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek okoliczności niemożliwych wcześniej do przewidzenia należy ustalić, co było bezpośrednią przyczyną niezgodności dokumentacji projektowej ze stanem rzeczywistym, a w szczególności, czy przyczyna ta nie wynikała z niezachowania należytej staranności przy tworzeniu dokumentacji lub przy przeprowadzaniu badań stanowiących podstawę dla jej sporządzenia lub formułowaniu wniosków tam zapisanych. Dopiero potwierdzenie, że projekt został sporządzony starannie i prawidłowo, z zachowaniem wszelkich standardów i zasad wynikających z wiedzy i doświadczenia w tej dziedzinie, albo ustalenie, że nawet przy zachowaniu należytej staranności nie byłoby możliwe przewidzenie konieczności remontu poddasza, może uprawniać zamawiającego do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Należy przy tym zauważyć, że także fakt zlecenia wykonania dokumentacji projektowej podmiotowi profesjonalnemu, posiadającemu niezbędną wiedzę i doświadczenie w tej materii, nie może być uznany za wystarczający powód dla uznania, że zamawiający dochował należytej staranności na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Zamawiający jest bowiem odpowiedzialny za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również dostarczenie dokumentacji umożliwiającej realizację zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przekazanej do kontroli (tj. projektu budowlanego) ustalono, że zamówienie podstawowe pn. *Przebudowa pododdziału patologii ciąży i noworodków septycznych* swoim zakresem obejmuje remont 3 piętra w trójkondygnacyjnym budynku szpitala oraz zabudowę tarasu. Na etapie sporządzania dokumentacji projektowej zamówienia podstawowego cały budynek szpitala poddany został ekspertyzie technicznej. Oględziny i pomiary stanowiące podstawę opracowania dokumentacji projektowej zamówienia podstawowego przeprowadzono w maju 2008 r. W wyniku oględzin oceny stanu technicznego budynku ogólny stan więźby dachowej oceniono jako dobry (podstawowe elementy nośne nie wskazują widocznych wyboczeń, konstrukcja wiązarów ma odpowiednią sztywność, nie stwierdzano zawilgoceń oraz śladów korozji biologicznej). Istniejące stropy nie wykazują spękań ani rys wskazujących o przeciążeniu lub nadmiernym ugięciu. Nie stwierdzono zjawiska „klawiszowania” stropu. W trakcie oględzin nie stwierdzono spękań i

rys spowodowanych nadmiernym obciążeniem ścian, lub ich nierównomiernym osiadaniem, jak i niewłaściwym oparciem nadproży i podciągów. W ocenie stopnia zużycia technicznego wskazano zaś, iż okres trwałości budynków murowanych z cegły określa się na 130-150 lat. Obecnie budynek użytkowany jest 90 lat i jego stan techniczny określa się jako dobry, nie powodujący zagrożenia dla użytkowników tego obiektu ani obniżenia jego przydatności do użytkowania po planowanej modernizacji.

W przekazanych wyjaśnieniach zamawiający powołał się na zapis z dokumentacji zamówienia podstawowego zgodnie z którym „*wobec braku możliwości wejścia na część strychu w trakcie inwentaryzacji ewentualne decyzje wymiany podłogi, ocieplenia zostaną podjęte w trakcie realizacji zakresu robót*”.

Przywołana przez zamawiającego adnotacja projektanta w pełnym brzmieniu stanowi natomiast, iż „*wobec braku możliwości wejścia na część strychu w trakcie inwentaryzacji ewentualne decyzje wymiany podłogi, ocieplenia zostaną podjęte w trakcie realizacji a w kosztorysie zostanie przewidziana rezerwa kosztów na ten cel*”. Zatem ww. roboty zostały uwzględnione w zakresie zamówienia podstawowego oraz były przewidziane na etapie jego udzielania.

Uzasadniając wybór trybu zamówienia z wolnej ręki w ramach postępowania pn. *Remont pomieszczeń poddasza Budynku J1* zamawiający wskazał, iż w trakcie realizacji zamówienia podstawowego, podczas wykonywania robót rozbiórkowych i przygotowania obiektu do remontu zamawiający przy udziale nadzoru i osób odpowiedzialnych za sprawy BHP i p.poż. oraz utrzymanie budynków szpitalnych stwierdził:

- liczne przecieki dachu, które spowodowały zniszczenie elementów konstrukcji drewnianych dachu i stropu, elementów ścian i instalacji,
- skorodowanie i nieszczelności, instalacji wewnętrznych na poziomie strychu i poddasza,
- niezachowanie norm obowiązujących przepisów Ministerstwa Zdrowia dla budynków ochrony zdrowia.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że okolicznością niemożliwą do przewidzenia nie jest fakt, aby w związku z realizowaną inwestycją polegającą na wykonaniu robót budowlanych zachowane zostały normy określone przepisami szczegółowymi (przywołane przez zamawiającego Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 10.11.2006 r. w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia ZOZ), gdyż niniejszy wymóg wynika wprost z litery prawa. Treść przedmiotowego rozporządzenia była znana zamawiającemu na etapie przeprowadzania zamówienia podstawowego i opracowywania dokumentacji projektowej. Chęć dostosowania istniejących pomieszczeń do stanu zgodnego z wymogami określonymi w ww. rozporządzeniu nie może zatem stanowić podstawy do wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (brak spełnienia przesłanki nieprzewidywalności).

Fakt, iż zlokalizowane na poddaszu budynku szpitala instalacje nie były remontowane od ponad 30 lat oznacza, że zachodziło duże prawdopodobieństwo konieczności wykonania ich remontu. Należy zatem stwierdzić, że dochowując należytej staranności zamawiający powinien był na etapie przygotowywania dokumentacji projektowej przewidzieć konieczność wykonania ww. prac.

Mając ponadto na uwadze powiązanie funkcjonalne 3 piętra budynku szpitala oraz poddasza, na których znajduje się pododdział patologii ciąży i noworodków septycznych, trudno podzielić argumentację zamawiającego, iż na etapie udzielania zamówienia podstawowego nie można było przewidzieć, że uruchomienie remontowanego oddziału bez wyremontowania poddasza jest niemożliwe ze względu na zachowanie aseptyki pomieszczeń i ciągów odcinków medycznych. Nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że zamawiający nie dysponował taką wiedzą przed wszczęciem zamówienia podstawowego.

Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, że zakres prac zleconych w trybie zamówienia z wolnej ręki obejmował kompleksowy remont jednej z kondygnacji (poddasza) budynku szpitala (rozbiórkę części ścian działowych, poszerzenie niektórych otworów drzwiowych w ścianach istniejących, nowy podział ścianek działowych, wymianę parapetów i okien wew. i zew., wymianę drzwi wraz z ościeżnicami, nowe drzwi p.poż., wykonie posadzek i okładzin

podłogowych, wymiana instalacji w poziomie kondygnacji, ochrona poż.). Analiza zakresu ww. robót (kompleksowy remont) udzielonych w ramach zamówienia dodatkowego również prowadzi do stwierdzenia, iż wykonanie zamówienia dodatkowego nie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Reasumując, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.2. Naruszenia dotyczące szacowania wartości zamówienia:

IV.2.1. Przedmiot zamówienia: wykonawstwo generalne Gazociągu Włocławek – Gdynia na terenie Gminy G. oraz wykonawstwo generalne Gazociągu Włocławek – Gdynia na terenie Gminy P.

Wartość zamówienia: łącznie 26.000.000,00 PLN (tj. 6.706.045,18 euro)

Data zawarcia umów: 12 marca 2008 r.

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013

Zamawiający zawarł umowy na realizację następujących zamówień:

- wykonawstwo generalne Gazociągu Włocławek – Gdynia na terenie Gminy G.,
- wykonawstwo generalne Gazociągu Włocławek – Gdynia na terenie Gminy P.

bez stosowania przewidzianej ustawą Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą Pzp) procedury udzielania tych zamówień.

Wartość zamówień 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 Włocławek – Gdynia 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,
- wartość szacunkowa dla zamówienia realizacji na zasadach generalnego wykonawstwa zadania inwestycyjnego pn. „Gazociąg w/c Włocławek – Gdynia 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.

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 dnia 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.

Z powyższych względów, istotne znaczenie ma stwierdzenie, czy wartość przedmiotowych zamówień na wykonawstwo generalne Gazociągu Włocławek – Gdynia na terenie Gminy G. oraz wykonawstwo generalne Gazociągu Włocławek – Gdynia 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.

Zamawiający wyjaśniając przyczyny zaniechania łącznego szacowania wartości dla obu zamówień zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

- dysponowanie oddzielnymi dokumentacjami projektowymi oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych,
- dysponowanie odrębnymi projektami budowlanymi,
- samodzielność techniczna w rozumieniu Prawa budowlanego (każdy z odcinków gazociągu posiada status obiektu budowlanego),
- istnienie podziału administracyjnego, który jednoznacznie określa zakres i zasięg takiego zamówienia (jeden obiekt = jedna gmina).

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.

Zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać 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, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. 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.

W przedmiocie sztucznego podziału zamówienia na części wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 5 października 1998 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). 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. ETS wskazał ponadto, 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 podział administracyjny nie może stanowić podstawy do podzielenia zamówienia na części.

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 omińnięcia stosowania ustawy Pzp jest także bliskość terytorialna przedmiotu zamówień.

W odniesieniu do stanu faktycznego należy stwierdzić, że:

- zamówienia na wykonawstwo generalne Gazociągu Włocławek – Gdynia na terenie Gminy G. oraz na terenie Gminy P. są tożsame podmiotowo. 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,
- zamówienia zostały udzielone w tym samym dniu tj. 12 sierpnia 2008 r. – tożsamość czasowa zamówienia,
- oba odcinki gazociągu zostały zrealizowane przez tego samego zamawiającego,
- odcinki nie pełnią samodzielnej funkcji gospodarczej i technicznej (są zwykłymi rurociągami, dopiero budowa kolejnych elementów nieobjętych przedmiotem ww. zamówień sprawi, że zaczną pełnić funkcję, do której zostały przeznaczone).

Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający udzielając zamówień na wykonawstwo generalne Gazociągu Włocławek – Gdynia na terenie Gminy G. oraz wykonawstwo generalne Gazociągu Włocławek – Gdynia na terenie Gminy P. dopuścił się niedozwolonego podziału zamówienia na części, nie sumując wartości obu 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 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, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.2.2. Przedmiot zamówienia: Dostawa 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego

Wartość zamówienia: 515.000,00 PLN netto (co stanowi równowartość 132.831,24 euro)

Data wszczęcia postępowania: 24 kwietnia 2009 r.

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-13; Projekt: Krajowy System Bezpieczeństwa Morskiego – etap I

Zamawiający przeprowadził postępowania na:

- dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego,

- instalację 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach.

Szacunkowa wartość zamówień została ustalona przez zamawiającego odrębnie i wyniosła odpowiednio:

- dla postępowania na dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego: 515.000,00 zł (132.831,24 euro),

- dla postępowania na instalację 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach: 650.000,00 zł (167.651,08 euro) – postępowanie rozstrzygnięte

co łącznie daje kwotę: 1.165.000,00 zł (300.482,32 euro).

Postępowanie na dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego zostało wszczęte w kwietniu 2009 r., natomiast na instalację 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach w grudniu 2009 r. Postępowanie na dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać 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, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. 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.

W celu stwierdzenia, czy wartość kontrolowanego zamówienia na dostawę należy zsumować z wartością zamówienia na usługę instalacji tej dostawy (innymi słowy uznać za jedno zamówienie, choć udzielone w częściach), należy wziąć pod uwagę zaistnienie w konkretnych okolicznościach faktycznych następujących przesłanek:

- dostawy i usługi mają takie same lub podobne przeznaczenie,
- dostawy i usługi są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia,
- dostawy i usługi są dostępne u jednego wykonawcy,
- dostawy i 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.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, że odrębne oszacowanie zamówień na dostawę stacji bazowych i ich instalację 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 i faktycznie zostały udzielone temu samemu wykonawcy. Usługi były przewidywalne w określonej perspektywie czasowej. Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający wszczynając postępowanie w przedmiocie dostawy 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego i instalacji 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach dopuścił się podziału zamówienia na części, nie sumując wartości wszystkich części. Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanego zamówienia w zakresie dostawy 5 stacji bazowych AIS oraz zamówienia na instalację tych baz wynosiła 300.482,32 euro, co obligowało zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego

dostawy w Dzienniku Urzędowym UE a nie Biuletynie Zamówień Publicznych 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 nie opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu na dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stanowiło naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyznaczenie 14-dniowego terminu składania ofert stanowiło naruszenie art. 43 ust. 2 ww. ustawy.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.3. Naruszenia przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

IV.3.1. Przedmiot zamówienia: Perła Tenczynka - odnowa i zabezpieczenie stawu Wrońskiego na terenie Tenczyńskiego Parku Krajobrazowego
Wartość zamówienia: 221.723,20 zł (57.187,90 euro)
Data wszczęcia postępowania: 17.08.2009 r.
Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 – 2013

Złożona w przedmiotowym postępowaniu oferta wykonawcy (...) nie zawierała wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykonawca nie załączył do oferty zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzających odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne.

W związku z powyższym, w dniu 8 września 2009 r. zamawiający wezwał wykonawcę (...) do uzupełnienia ww. dokumentów.

W dniu 14 września 2009 r. wykonawca uzupełnił ofertę o wymagane przez zamawiającego dokumenty, potwierdzające niezaleganie z opłacaniem podatków na dzień 9 września 2009 r. oraz niezaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne na dzień 8 września 2009 r., przy czym wyznaczony przez zamawiającego termin składania ofert upłynął w dniu 7 września 2009 r.

W myśl art. 26 ust. 3 ustawy, 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (w

brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania). Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3. Tym samym, należy stwierdzić, iż zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

IV.3.2. Przedmiot zamówienia: budowa nawierzchni dróg lokalnych łączących drogi – krajową 27, wojewódzką – 289 i powiatową 1140F

Wartość zamówienia: 1 592 220,58 zł (410 673,08 euro)

Data wszczęcia postępowania: 12.08.2008 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 – 2013

Zamawiający, pismem z dnia 23 września 2008 r. wykluczył z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wykonawcę (...), a także odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Uzasadniając wykluczenie wykonawcy, zamawiający wskazał na załączenie do oferty informacji banku potwierdzającej wysokość środków, jakimi dysponuje wykonawca, nie zawierającej daty jej wystawienia. Zdaniem zamawiającego taki dokument nie spełnia wymagań określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. nr 87, poz. 605), a także wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie w pkt 17f zamawiający wymagał by dokument ten był wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 29 września 2008 r. wykonawca (...) wniósł protest na powyższą czynność zamawiającego. Protestujący podniósł, że obowiązkiem zamawiającego było wezwać protestującego do uzupełnienia tego dokumentu. Nadto protestujący wskazał, iż sporządził kwestionowany dokument na wzorze załączonym przez zamawiającego do siwz, gdzie nie było miejsca na datę. W celu wykazania, że protestujący spełnia warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, załączył do protestu informację banku z której jednoznacznie wynika, iż na dzień składania ofert spełniał przedmiotowy warunek.

W dniu 10 października 2008 r. zamawiający oddalił powyższy protest. Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz pkt 17f siwz, wykonawcy mieli załączyć informację banku wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wskazał też, że złożona przez protestującego informacja banku nie zawierała błędów lub omyłki, którą zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp można poprawić. Zamawiający nadto wskazał na treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą w toku badania ofert niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści złożonej oferty. Zdaniem zamawiającego w niniejszej sprawie nie zaszły podstawy do wezwania wykonawcy do uzupełnienia daty wystawienia załączonej do oferty informacji z banku, ponieważ dokument ten nie zawiera błędów ani wykonawca nie zapomniał załączyć go do oferty, nadto nie występują w nim oczywiste omyłki pisarskie. Przedmiotowy dokument jest niezgodny z ww. rozporządzeniem i siwz i jako taki, zdaniem zamawiającego, nie podlegał uzupełnieniu ani poprawieniu.

Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy. Zgodnie natomiast z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia

kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub 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, wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Stosownie do przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokumentami takimi są dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. informacja banku.

Nadto wskazać należy, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wypowiedzianym w wyroku z dnia 21 sierpnia 2008 r., sygn. KIO/UZP 814/08: „*Ratio legis* ww. przepisu wskazuje na możliwość uzupełnienia dokumentów przez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści. Intencją ustawodawcy było niewątpliwie wyeliminowanie sytuacji, w której poszczególni wykonawcy zostaliby wykluczeni z postępowania z powodu uchybień, które mogą być naprawione. Z treści ww. przepisu jednoznacznie wynika, iż uzupełnieniu podlegają oświadczenia i dokumenty wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie złożone i takie, które zawierają jakiegokolwiek błędy, bez wskazania czy chodzi w tym miejscu o błędy natury formalnej czy merytoryczne błędy w zawartości dokumentu.”

Obowiązkiem zamawiającego było zatem wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia ww. dokumentu. Zamawiający zaniechał tego obowiązku, czym naruszył powyższy przepis. Ponadto wskazać należy, że wykonawca sam przedłożył prawidłowy dokument, załączając go do protestu. Zamawiający powinien był uznać ten dokument jako potwierdzający spełnianie warunku i unieważnić czynność wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty, z uwagi na fakt, iż nie istniały przesłanki uzasadniające wykluczenie. Zamawiający jednak podtrzymał swoją decyzję, czym naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (a także art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 85 ust. 1 pkt 5 podane jako podstawa prawna w postępowaniu), przy czym zauważyć należy, że oferta wykonawcy (...) była ofertą najkorzystniejszą cenowo w przedmiotowym postępowaniu (a jedynym kryterium oceny ofert była cena z wagą 100%).

IV.3.3. Przedmiot zamówienia: dostawa 8 sztuk wagonów tramwajowych wieloczlónowych, częściowo niskopodłogowych, jednokierunkowych

Wartość zamówienia: 23 450 000,00 zł (6 108 362,00 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 – 2013

Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, że wykonawca winien być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 3 000 000 PLN. W celu potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku, zamawiający zażądał, zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W toku kontroli stwierdzono, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez wykonawcę (...) nie zawierał wymaganych przez zamawiającego dokumentów

potwierdzających spełnienie warunku w zakresie sytuacji finansowej, tj. wykonawca nie załączył do wniosku dokumentu potwierdzającego opłaconą polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 3 000 000 PLN. Pismem z dnia 10.09.2010 r. Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, czy ww. wykonawca na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawił dokumenty potwierdzające opłaconą polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 3 000 000 PLN. Pismem z dnia 14.09.2010 r. zamawiający wyjaśnił, iż kopię polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej wystawionej dla wykonawcy (...) przekazał w całości do kontroli.

W toku czynności kontrolnych stwierdzono, że we wniosku znajdowała się jedynie umowa ubezpieczenia – polisa nr OPO 5454 0001 wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Oddział w Poznaniu, bez dowodu, że została ona opłacona. W tym miejscu należy wskazać, że poprzez zwrot „opłaconą polisę” należy rozumieć taką polisę (umowę ubezpieczenia), z której jednoznacznie wynika, że wykonawca opłaca także składki na ubezpieczenie zgodnie z treścią tej umowy. W sytuacji zaś gdy nie wynika to z jej treści (jak w niniejszej sytuacji), wykonawca powinien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itd.).

Zgodnie z dyspozycją 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Reasumując, zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

IV.3.4.Przedmiot zamówienia: Zadanie Nr V – System wodociągowo - kanalizacyjny – zadanie 1e, kanalizacja sanitarna oraz przebudowa i rozbudowa wodociągu

Wartość zamówienia: 45.343.577,35 zł (11.811.299,12 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 – 2013

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał przedstawienia na stanowisko Kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych osoby posiadającej ważne uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – bez ograniczeń, wydanych na podstawie ustawy - Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z 28.4.2006r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub ważnych odpowiadających im uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunku zamawiający wskazał, że wykonawca winien przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z

informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

Z wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia załączonego do wniosku wykonawcy konsorcjum firm (...) wynika, że Pan Bogdan P. wskazany przez wykonawcę na stanowisko Kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie obejmujące kierowanie robotami konstrukcyjnymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń. Natomiast z dołączonego do wniosku dokumentu „Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie” wynika, że ww. osoba posiada wykształcenie średnie techniczne oraz uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności architektonicznej i konstrukcyjno – budowlanej, wydane w dniu 16 września 1991 r. przez Urząd Wojewódzki w Katowicach. Z ww. dokumentu wynika, że pan Bogdan P. posiada uprawnienia do kierowania, nadzorowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych dróg oraz nawierzchni lotniskowych, mostów, budowli hydrotechnicznych i melioracji wodnych. Należy zauważyć, że w dacie wydania ww. uprawnień obowiązywało Rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.). Zgodnie z § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia, osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne (...), wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, co oznacza, że osoby te posiadają uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Należy ponadto zauważyć, że pomimo tego, iż przepisy ww. rozporządzenia nie dzieliły uprawnień na uprawnienia bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie, tak jak jest to obecnie, odniesienie w treści uprawnień do „powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych”, wskazuje na ograniczony zakres tych uprawnień. Zatem nie można uznać, że p. Bogdan P., posiadający średnie wykształcenie techniczne oraz posiadający uprawnienia do pełnienia funkcji technicznych przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych dysponuje uprawnieniami budowlanymi w nieograniczonym zakresie, równoznacznym do nadawanych w obecnym stanie prawnym uprawnień w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, wymaganych przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Stosownie zaś 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie wykonawcy spełniającego opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i

gwarantującego należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Realizując ten cel zamawiający ma obowiązek dołożenia należytej staranności w zakresie weryfikacji spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany przez zamawiającego. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający, w sytuacji powzięcia wiadomości o rozbieżnościach pomiędzy oświadczeniem wykonawcy o posiadanych przez wskazaną przez niego kadre uprawnieniach i wykazem osób (które wskazywały na nieograniczony zakres uprawnień), a załączonym dodatkowo do wniosku wykonawcy konsorcjum firm (...) dokumentem pn. „Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie” (który, jak wyjaśniono powyżej, jednoznacznie wskazuje na ich ograniczony charakter) powinien był dokonać ich analizy i wezwać wykonawcę o udzielenie wyjaśnień w powyższym zakresie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 11 maja 2010 r. (sygn. KIO/UZP 669/10) Izba stwierdziła, że dokumenty przedłożone przez wykonawców muszą potwierdzać w sposób niezbity, nie pozostawiający wątpliwości, spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność spełniania bądź nie warunków udziału w postępowaniu nie może być pozostawiona interpretacji zamawiającego ani jego dobrej woli, lecz musi wynikać jednoznacznie z załączonych do wniosku dokumentów. W innym wyroku z dnia 12 stycznia 2010 r. (sygn. 1817/09) Izba wskazała, że zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować wszelkich oświadczeń wykonawców, lecz ma obowiązek weryfikować je w oparciu o informacje, które są powszechnie dostępne, jak również informacje, oświadczenia i dokumenty składane przez inne podmioty. Zamawiający w celu weryfikacji złożonych przez wykonawców oświadczeń o posiadaniu kwalifikacji przez osoby wskazane do realizacji zamówienia powinien był zatem tym bardziej przeanalizować dokumenty przedłożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na potwierdzenie posiadania tych kwalifikacji. Niedopełnienie ww. obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Dalsze czynności zamawiającego uzależnione będą od stwierdzenia, czy przedłożone wyjaśnienia wykonawcy usunęły rozbieżności o jakich mowa powyżej. Jeżeli rozbieżności nie zostaną usunięte (tj. wykonawca pozostawi Pana Bogdana P., jako osobę przewidzianą na stanowisko kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych, nie udowadniając w sposób należyty posiadania przez ww. osobę uprawnień w nieograniczonym zakresie) zamawiający winien będzie skorzystać z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób, które będą wykonywały zamówienie o osobę kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych, który spełni warunek opisany przez zamawiającego, wraz z oświadczeniem o posiadanych uprawnieniach.

IV.3.5. Przedmiot zamówienia: rozbudowa budynku Ochotniczej Straży Pożarnej

Wartość zamówienia: 901.639,34 zł (232.555,09 euro)

Data wszczęcia postępowania: 22.04.2009 r.

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. 14 maja 2009 r., wykonawca (...) złożył ofertę z ceną 856.567,52 zł. W wyniku oceny ofert, zamawiający stwierdził oczywistą omyłkę rachunkową, polegającą na braku zsumowania załączonych do oferty kosztorysów ofertowych. Zamawiający zauważył, że w ofercie znajdują się dwie części kosztorysu ofertowego, pierwsza z ceną 856.567,52 zł, druga natomiast z kwotą 95.753,53 zł. Wykonawca jako łączną cenę ofertową podał kwotę z pierwszej części kosztorysu, tj. 856.567,52 zł i nie uwzględnił przy tym drugiej części.

W związku z powyższym, pismem z dnia 26 maja 2009 r. zamawiający poinformował ww. wykonawcę, iż poprawił w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, polegających na zsumowaniu dwóch

części kosztorysu ofertowego. Tym samym cena za realizację przedmiotu zamówienia wyniosła 952.321,05 zł. Pismem z dnia 27 maja 2009 r. zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyborze oferty złożonej przez (...) jako najkorzystniejszej z ceną 952.321,05 zł.

Następnie w wyniku wniesionych protestów na wybór oferty najkorzystniejszej, zamawiający pismem z dnia 9 lipca 2009 r. zwrócił się do wykonawcy (...) na podstawie art. 87 ustawy Pzp z prośbą m.in. o wyjaśnienie nieścisłości w związku z brakiem uwzględnienia w cenie oferowanej drugiej części kosztorysu. W wyznaczonym terminie wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia stwierdzając, iż „doszło w ww. zakresie do oczywistej omyłki, która polegała na braku zsumowania kosztorysów ofertowych, będących podstawą wyliczenia ceny ofertowej. Przedmiotowa oferta składała się z dwóch części kosztorysów, pierwsza na łączną kwotę brutto 856.567,52 zł oraz drugiego na łączną kwotę 95.753,53 zł. wykonawca podał jako łączną cenę ofertową jedynie kwotę wynikającą z pierwszej części kosztorysu (856.567,52 zł brutto).” Jednocześnie wykonawca wyjaśnił, iż „bezpośrednia przyczyna powstania odrębnego kosztorysu, dotyczącego robót instalacyjnych, wynika z dużej staranności przygotowania tej części oferty. ponadto rozdzielenie to, zgodnie z opinią kierownika robót wykonawcy, podyktowane było stopniem trudności i skomplikowania wykonanych w tym zakresie prac.”

W dniu 17 lipca 2009 r. zamawiający poinformował uczestników postępowania, iż dokonał ponownego badania złożonych ofert, w wyniku czego została wybrana jako najkorzystniejsza oferta wykonawcy (...) Sp. jawna – z ceną 1.075.773,78 zł, jednocześnie poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdzie jako uzasadnienie zamawiający wskazał, iż nie można uznać, że brak zsumowania dwóch części kosztorysu ofertowego stanowi oczywistą omyłkę rachunkową, którą można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którym, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W związku z powyższym, brak zsumowania dwóch przedłożonych kosztorysów ofertowych, można uznać za oczywistą omyłkę rachunkową, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp bowiem jest to widoczny niezamierzony błąd rachunkowy wykonawcy, który polega w szczególności na braku zsumowania ww. kosztorysów. Są to różne nie związane ze sobą wartości, których wysokość jest oczywista. Zamawiający jest więc w stanie dokonać właściwej oceny i doliczyć kwotę z nieuwzględnionego kosztorysu, a tym samym uznać to za oczywistą omyłkę. Zatem zakwalifikowanie popełnionego błędu jako oczywistej omyłki rachunkowej wskazuje na podstawę do dokonania jego poprawienia przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko znalazło potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 30 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1127/10), zgodnie z którym, „dopuszcza się możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. (...) „Oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p.”.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienie udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż zamawiający poprzez nie poprawienie omyłki rachunkowej polegającej na zsumowaniu dwóch kosztorysów ofertowych przedłożonych przez wykonawcę (...), naruszył dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy uznać, że oferta – najkorzystniejsza - wykonawcy (...) nie podlegała odrzuceniu. Dokonując odrzucenia ww. oferty, zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zaś opisane naruszenie w stanie faktycznym kontrolowanego

postępowania miało wpływ na jego wynik. Jak bowiem ustalono na podstawie przekazanej dokumentacji, nieprawidłowo odrzucona oferta ww. wykonawcy, powinna być uznana za najkorzystniejszą (z ceną 952.321,05 zł).

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które w przedmiotowym zakresie nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.3.6. Przedmiot zamówienia: Kontrakt nr 4 - "Modernizacja i rozbudowa SUW" projektu pn. "Modernizacja i rozbudowa systemu gospodarki wodno-ściekowej (...) z przyległymi terenami gmin sąsiednich"

Wartość zamówienia: 47 407 314,46 zł (12 348 870,66 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007-2013

Zamawiający informując o wyborze najkorzystniejszej oferty pismem z dnia 11 listopada 2010 r. poinformował jednocześnie, iż odrzucił m.in. ofertę Konsorcjum firm (...) – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi, iż treść oferty nie opowiada siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu do odrzucenia zamawiający wskazał, iż pismem z dnia 20 października 2010 r. wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących Tomu III – Osadniki pionowe i ostojniki popłuczyn – część elektryczna – pkt 1 Osadniki pionowe prosząc o wyjaśnienie:

- w jaki sposób została obliczona suma cen jednostkowych pozycji 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5 oraz pozycja o wartości 26 232,00 zł. Wykonawca w piśmie z dnia 25 października wyjaśnił, iż „nie wpisana do oferty wartość pkt 1.4 wynosi – 7 600,00 zł, pkt 1.5 – 480,00 zł (wartość elementu robót nie ulega zmianie)”. Udzielone wyjaśnienia uniemożliwiają zamawiającemu wyliczenie sumy pozycji 1. Osadniki pionowe.

- dotyczące Tomu IX Drogi i ogrodzenia – pkt 7 Drogi asfaltowe. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie jaka jest wartość netto robót w pkt 7.1.1 Karczowanie drzew i krzewów oraz sumę jakich pozycji stanowi wartość 664 738,70 netto. Wykonawca w piśmie z dnia 25 października wyjaśnił, iż „Tom IX wartość pkt 7.1.1. wynosi 137 046,00; wartość 664 738,70 netto stanowi sumę pkt 7.1, 7.2, 7.4, 7.4. Udzielone wyjaśnienia uniemożliwiają zamawiającemu wyliczenie sumy pozycji 7. Drogi asfaltowe.

Jak wynika z postanowień siwz, w ramach prowadzonej procedury zamawiający przyjął ryczałtową formę wynagrodzenia. Zgodnie z pkt 26 ppkt 1 Instrukcji dla wykonawców: *Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.* W ppkt 4 doprecyzowano natomiast, iż: *Ceną oferty jest kwota ryczałtowa brutto wymieniona w Formularzu Oferty.*

Natomiast zgodnie z pkt 16 ppkt 1 lit. m) Instrukcji dla wykonawców kompletna oferta musiała zawierać wypełnione tabele Wykazu Cen stanowiące załącznik nr 8 do IDW. Uzasadniając wprowadzenie niniejszego załącznika w pkt 3 Wykazu Cen – Informacje ogólne zamawiający wskazał, iż *zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. 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) z dn. 16 września 2004r, (§6), Zamawiający jest zobowiązany do przygotowania Przedmiaru robót. Zgodnie z tym Rozporządzeniem Przedmiar robót powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. W przypadku kontraktu ryczałtowego dokumentacja projektowa może nie*

obejmować przedmiaru robót (§4 pkt 3). W takich jednak wypadkach podstawą do określenia ceny całkowitej za przedmiot zamówienia powinien być Wykaz Cen, gdzie całkowita cena ryczałtowa rozbita jest na ceny ryczałtowe za poszczególne elementy robót. W ten sposób cena oferowana za Przedmiot Zamówienia jest sumą częściowych cen ryczałtowych za elementy Robót określone w Wykazie Cen. Wykaz Cen powinien być odczytywany w powiązaniu z Instrukcją dla Wykonawców, Warunkami Kontraktowymi, Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Dokumentacją Projektową, Rysunkami Wykonawczymi, Przedmiarami Robót oraz w oparciu o dokonaną wizję lokalną w terenie. Uważa się, że Wykonawca dokładnie zapoznał się ze szczegółowym opisem wykonania robót budowlanych. Całość robót ma być wykonana zgodnie z Kontraktem, wymogami Zamawiającego jak i obowiązującymi przepisami prawa budowlanego i sztuką budowlaną, z zachowaniem Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia, Ochrony Środowiska oraz Programem Zapewnienia Jakości.

Mając na uwadze powyższe, po pierwsze zauważyć należy, iż formą wynagrodzenia zastosowaną w ramach przedmiotowej procedury jest forma ryczałtowa. Zamawiający przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady nie powinien nakładać na wykonawców obowiązku przedłożenia szczegółowej kalkulacji kosztorysowej na udokumentowanie ceny oferowanej, żądając jedynie ceny całkowitej za realizację przedmiotu umowy, zgodnego z rysunkami, specyfikacjami technicznymi i warunkami umowy, a ewentualnie kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną. Zgodnie z postanowieniami siwz wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu zobligowania zostali do skalkulowania ceny ofertowej w oparciu o Wykaz cen. Zatem w ramach niniejszej procedury pełnił on funkcję kosztorysu ofertowego. Mając na względzie powyższe należy wziąć pod uwagę stanowisko przedstawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 899/08), zgodnie z którym: „jeżeli za wykonane roboty strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie kosztorysu ofertowego ma o tyle znaczenie, że dokument ów należy uznać za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez wykonawcę cenę za przedmiot zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest zaś wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji technicznej, dokumentacji projektowej tak pod względem podanych tam materiałów, ilości robót i zastosowanych technologii (z uwzględnieniem równoważności w przypadku, gdy zajądą ku temu podstawy). Zamawiający będzie miał obowiązek wyegzekwowania od wybranego wykonawcy takiego wykonania robót i ich jakości, jak przewiduje dokumentacja, którą określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072). Z postanowień § 12 rozporządzenia wynika, że specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót zawiera zbiór wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót w odniesieniu do właściwości zastosowanych materiałów jak i technologii”. Ponadto, jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1582/09), w przypadku zastosowania formy wynagrodzenia ryczałtowego dla oceny zgodności oferty z treścią siwz nie ma znaczenia, czy w określonych pozycjach (...) występują braki – bowiem co do zasady brak wyceny określonych pozycji przy ustaleniu ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia nie ma znaczenia.

Po drugie podnieść należy, iż wykonawca w treści formularza ofertowego zagwarantował wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią siwz, wyjaśnień do siwz oraz jej modyfikacji.

Po trzecie zauważyć należy, iż w Wykazie cen wykonawca ujął wszystkie wymagane pozycje, zaś wątpliwości zamawiającego dotyczyła wyłącznie ich wycena.

Uwzględniając wszystkie powyższe okoliczności tj. pomocniczy charakter kosztorysu w przypadku stosowania wynagrodzenia ryczałtowego oraz fakt, iż wykonawca zadeklarował w treści oferty wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem zamieszczonym w siwz, w opisywanych okolicznościach zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Konsorcjum firm (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czym naruszył dyspozycję niniejszego przepisu.

- IV.3.7. Przedmiot zamówienia:** Rewitalizacja EC – 1 i jej adaptacja na cele kulturalno – artystyczne – Zadanie nr 1
Wartość zamówienia: 308.400.000,00 PLN (79.543.989,06 euro)
Data wszczęcia postępowania: 15.07.2009 r.
Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania, w wyniku badania i oceny ofert zamawiający odrzucił w Zadaniu nr 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ofertę nr 6 złożoną przez (...). W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wyjaśnił, że oferta złożona została przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Zaproszenie do składania ofert zostało wysłane do wykonawcy (...) który potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, natomiast ofertę złożył wykonawca (...), który przejął spółkę (...) w trybie art. 492 § 1 pkt 1 Kodeksu spółek handlowych (Ksh). W ocenie zamawiającego przejęcie przez (...) spółki (...) w trybie art. 492 § 1 pkt 1 Ksh nie skutkuje przeniesieniem na (...) skutków złożenia przez (...) oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Na powyższe działanie zamawiającego wykonawca (...) złożył w dniu 11 marca 2010 r. protest, który został przez zamawiającego oddalony w całości jako bezzasadny.

W uzasadnieniu oddalenia protestu zamawiający wskazał, że przejęcie spółki w trybie art. 492 § 1 pkt 1 Ksh nie stanowi o przeniesieniu skutków złożenia przez spółkę przejmowaną na spółkę przejmującą oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Zdaniem zamawiającego złożenie ww. dokumentu przez (...) nie oznacza, że spółka przejmująca (...), która w miejsce spółki przejętej miałaby ubiegać się o udzielenie zamówienia i składać ofertę, także spełnia warunki wskazane w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, iż z uwagi na czynność przejęcia po upływie terminu na złożenie wniosków, zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez spółkę przejmującą (...), ze względu na brak złożenia wymaganego oświadczenia.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny należy zauważyć, co następuje.

Stosownie do art. 491 § 1 Ksh, spółki kapitałowe mogą się łączyć między sobą oraz ze spółkami osobowymi; spółka osobowa nie może jednakże być spółką przejmującą albo spółką nowo zawiązaną. Połączenie zgodnie z art. 492 § 1 Ksh może być dokonane przez przeniesienie całego majątku spółki (przejmowanej) na inną spółkę (przejmującą) za udziały lub akcje, które spółka przejmująca wydaje wspólnikom spółki przejmowanej (tzw. łączenie się przez przejęcie) albo przez zawiązanie spółki kapitałowej, na którą przechodzi majątek wszystkich łączących się spółek za udziały lub akcje nowej spółki (łączenie się przez zawiązanie nowej spółki). Tym samym, w sytuacji, w której majątek spółki przejmowanej przenoszony jest na istniejącą spółkę przejmującą albo majątek spółek łączących się na spółkę nowo zawiązaną, spółka przejmująca lub odpowiednio spółka nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki (art. 494 § 1 Ksh). W omawianej sytuacji mamy do czynienia z sukcesją uniwersalną w sferze praw i obowiązków cywilnoprawnych. Polega ona na tym, że w drodze jednego zdarzenia prawnego następcą prawnym wchodzi w ogół praw i obowiązków majątkowych swego poprzednika z dniem połączenia. Sukcesję uniwersalną charakteryzuje to, że nie jest konieczna zgoda wierzycieli łączących się spółek ani spółek przejmowanych na przejęcie długu. W przypadku łączenia się spółek nie ma problemu związanego z nie wykazaniem określonych składników majątkowych spółek łączących się. Nie ma więc potrzeby zamieszczania w planie połączenia dokładnego spisu składników majątkowych, gdyż łączące się majątki przejdą na jeden podmiot.

Jeżeli więc w skład majątku spółki przejmowanej albo spółek łączących się wchodzi także prawa i obowiązki wykonawcy z tytułu uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawartych umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, spółka przejmująca lub spółka nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia w wyniku sukcesji generalnej również w te prawa i obowiązki.

Podkreślić należy, iż dopuszczalność wstąpienia w prawa i obowiązki wykonawcy zamówienia publicznego w wyniku sukcesji uniwersalnej stanowi wyjątek od zasady niedopuszczalności zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy zamówienia publicznego, o której mowa w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, że przejęcie ogółu praw podmiotowych, jakie przysługiwały spółce przejmowanej zawiera w sobie również prawo nabyte przez spółkę przejętą na wcześniejszym etapie postępowania, polegające na prawie do złożenia oferty. Ponieważ I etap ww. trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został już zamknięty, a weryfikacja prawna podmiotu – spółki przejmowanej (...) została zakończona oceną pozytywną spełniania warunków udziału w postępowaniu, to nie istnieje prawne uzasadnienie ponownej oceny, tym razem oferty, w zakresie podmiotowym spółki przejmującej, tj. (...). W takim wypadku należy przyjąć, że złożenie przez spółkę przejmowaną oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na etapie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest prawnie skuteczne i nie ulega zniweczeniu z uwagi na dokonanie sukcesji generalnej (por. A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz do art. 301 – 633 K.S.H.* Zakamycze, Warszawa 2004 r. s. 926 – 927).

Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 526/10), który zapadł na tle analogicznego stanu faktycznego w zakresie zadania 2 kontrolowanego postępowania. W niniejszym wyroku KIO stwierdziła, że *następca prawny podmiotu dopuszczonego do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ma uprawnienia do złożenia oferty w przetargu, gdy jego poprzednik prawny zakwalifikował się do złożenia oferty, zaś następca prawny podmiotu dopuszczonego do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu nie podlega wykluczeniu z postępowania, z uwagi na przejęcie przez następcę prawnego prawa poprzednika do złożenia oferty, w tym wypadku nie mamy bowiem do czynienia ze złożeniem oferty przez wykonawcę, który nie złożył w ogóle wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

Należy zwrócić uwagę, że wydając ww. wyrok Izba podtrzymała w przedmiotowym stanie faktycznym ocenę skutków dokonanej zmiany podmiotowej na gruncie Kodeksu spółek handlowych w relacji do przepisów Pzp wynikającą z orzecznictwa (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 19.03.2010 r., sygn. akt: XII Ga 106/10, wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1210/09 oraz wyrok z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1946/09).

Przejęcie wszelkich praw i obowiązków w całości przez spółkę (...) oraz pozytywna ocena spółki przejmowanej (...) pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzi do wniosku, że odrzucenie oferty sukcesora generalnego, tj. spółki (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp naruszało ten przepis.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.3.8. Przedmiot zamówienia: Budowa obwodnicy południowej Etap I – Zadanie I (ul. W. Pola – ul. Sudecka)

Wartość zamówienia: 97.689.134,45 zł (25.196.444,36 euro)

Data wszczęcia postępowania: 10.12.2009 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 – 2013

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania, w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 22 stycznia 2010 r. zamawiający wskazał, że „ustala, że termin zamówienia wynosi 18 miesięcy od dnia przekazania wykonawcy placu budowy. Tak więc data zakończenia przedmiotu umowy określona w pkt 7 projektu umowy może ulec zmianie i ostatecznie zostać ustalona po przekazaniu placu budowy”. Wskazać jednak należy, że w formularzach ofertowych wszystkich ofert złożonych przez wykonawców, w tym również oferty konsorcjum (...) uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą, został

wskazany „termin realizacji - 30 września 2011 r.”, który był pierwotnym terminem realizacji zamówienia wskazywanym w siwz. Również w pkt 7 zapytania przez wykonawców wzoru umowy (zał. 14 do siwz) wskazano: „wykonawca zobowiązuje się niniejszym wobec zamawiającego do zakończenia przedmiotu umowy w terminie do 30 września 2011 r.” Z kolei w § 2 pkt 1 zapytania przez wykonawców „Istotnych dla stron postanowień umowy” wskazano: „Termin wykonania zamówienia wynosi nie mniej niż 18 miesięcy od dnia przekazania wykonawcy placu budowy i upływa z dniem 30 września 2011”.

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przedmiotową omyłkę należy oceniać w świetle obowiązującej w niniejszym zamówieniu ceny ryczałtowej, jak i – w świetle odpowiedzi zamawiającego z dnia 22 stycznia 2010 r. - niesprecyzowanego faktycznego czasu realizacji przyszłej umowy. Zauważyć należy, iż korekta polegająca na doprowadzeniu treści oferty z opisaną powyżej modyfikacją siwz w zakresie terminu realizacji zamówienia nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zmiana terminu nie wpłynie bowiem na ocenę oferty pod kątem kryteriów oceny ofert, a ponadto błędne wskazanie daty nie zwalnia wykonawcy od obowiązku wykonania zamówienia w terminie wskazanym przez zamawiającego. Fakt, iż wykonawca zaoferował termin realizacji zamówienia inny niż wymagany przez zamawiającego świadczy jedynie o wystąpieniu błędu.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu zalecił, aby zamawiający dokonał w ofercie konsorcjum (...) poprawy wskazanej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. tak, aby złożona oferta była zgodna z wymaganiami zamawiającego w zakresie terminu realizacji zamówienia określonymi w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 22 stycznia 2010 r.

IV.4. Naruszenia w siwz dotyczące kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia.

IV.4.1. Przedmiot zamówienia: prowadzenie usług doradczych wynikających z głównych celów projektu Kompleksowy system Usług Doradczych (finansowanych ze środków SPO WKP) w zakresie:

- a) doradztwo bezpośrednie w zakresie prowadzenia negocjacji,
- b) doradztwo bezpośrednie w zakresie public relations,
- c) doradztwo bezpośrednie w zakresie rozwiązywania konfliktów,
- d) doradztwo w zakresie opracowania dokumentów wewnętrznych,
- e) doradztwo w zakresie zarządzania nieruchomościami

Wartość zamówienia: 90 000,00 zł (22 239,80 euro)

Data wszczęcia postępowania: 10.03.2006 r.

Projekt SPO Wzrost Konkurencyjności Przedsiębiorstw, lata 2004-2006

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 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.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.4.2. Przedmiot zamówienia: wykonanie badania ewaluacyjnego Projektu „Program Rozwojowy”

Wartość zamówienia: 409.836,06 zł (105.706,86 euro)

Data wszczęcia postępowania: 24.08.2009 r.

Projekt Europejski Fundusz Społeczny, PO Kapitał Ludzki

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz określił następujące kryteria oceny ofert:

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

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

1. Kryterium „koncepcja badania”:

- sposób, w jaki poszczególne elementy łączą się ze sobą prowadząc do realizacji celów badania;
- zrozumienie celów i zakresu badania;

- dobór wskaźników do mierzenia jakości, skuteczności i użyteczności rezultatów projektu;
- dodatkowe pytania badawcze poparte rzetelnym uzasadnieniem dotyczącym celów badania;
- uzasadnienie rzetelności/przydatności przyjętej koncepcji badawczej, spójność i jasność planu pracy (harmonogram działań – podzielony na etapy pracy);
- adekwatność dostosowania planu pracy do zaproponowanej metodologii;
- adekwatność dostosowania planu pracy do harmonogramu wymaganego przez zamawiającego.

2. Kryterium „metodologia badania”:

- dostosowanie do celu badania, koncepcji i celów badawczych;
- zastosowanie dodatkowych narzędzi badawczych w stosunku do podstawowych narzędzi badawczych wskazanych w siwz, wraz z uzasadnieniem celowości ich zastosowania;
- sposób doboru próby badawczej;
- rodzaje i rzetelność narzędzi badawczych do zbierania i analizy danych;
- spójność metodologiczna i adekwatność wobec celów i zakresu badania.

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

W toku postępowania powołano biegłych z zakresu ewaluacji, którzy wyrazili opinię o wadliwym określeniu kryteriów oceny ofert, jak również braku przypisania punktacji/wag poszczególnym podkryteriom, co powoduje trudność w obiektywnej ocenie ofert. Konsekwencją powyższego jest ustalanie przez osobę oceniającą oferty indywidualnych i subiektywnych skal, co może prowadzić do braku spójności ocen końcowych. Wobec powyższego kryteria oceny ofert przyjęte w przedmiotowym postępowaniu, nie zostały sformułowane z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W takiej sytuacji, mamy do czynienia z brakiem jednolitego, spójnego systemu oceny ofert, co niedopuszczalne jest z perspektywy regulacji ustawy Pzp, która w art. 36 ust. 1 pkt 13 wprost stanowi, że w siwz należy podać znaczenie kryteriów i sposób ich oceny. Sposób oceny ofert był niejednoznaczny, pozwalał na kierowanie się zasadami niejednolitymi dla wszystkich ofert oraz utrudniający zweryfikowanie prawidłowości dokonanej oceny.

Wobec braku z góry ustalonego systemu wartościowania poszczególnych podkryteriów, potencjalnie każda z osób oceniających złożone oferty mogłaby przyznać inną punktację.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Realizację ww. zasady ma zapewnić m. in. spoczywający na zamawiającym obowiązek opisu kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp). Sposób oceny ofert powinien być tak sformułowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, że powinna zostać ograniczona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwi każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny oraz hierarchizacji w rankingu ofert.

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

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez

Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.4.3. Przedmiot zamówienia: Rewitalizacja EC – 1 i jej adaptacja na cele kulturalno – artystyczne – Zadanie nr 1

Wartość zamówienia: 308.400.000,00 PLN (tj. 79.543.989,06 euro)

Data wszczęcia postępowania: 15.07.2009 r.

Projekt EFRR w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013

Jednym z opisanych przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu warunków udziału w postępowaniu była konieczność osiągnięcia w okresie ostatnich 3 lat (2006, 2007, 2008), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, łącznego przychodu netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów, stanowiących roboty budowlane sklasyfikowane w sekcji F w dziale 45 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, ujętej w załączniku do Rozporządzenia w sprawie PKWiU lub odpowiadającej sekcji ujętej w Nomenklaturze Działalności we Wspólnocie Europejskiej (NACE) bądź Klasyfikacji Produktów wg Rodzajów Działalności (CPA), nie mniejszy niż 200.000.000,00 zł (dla zadania 1), 400.000.000,00 zł (dla zadania 2). Na potwierdzenie spełniania opisanego w powyższy sposób warunku wykonawcy przedstawić mieli sprawozdanie finansowe albo inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności (w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego), potwierdzające wysokość osiągniętego przychodu w latach 2006, 2007, 2008. Należy zauważyć, że dokumenty jakich zażądał zamawiający na potwierdzenie spełniania opisanego warunku, tj. sprawozdanie finansowe albo inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności, nie muszą w swej treści zawierać informacji dotyczących przychodu ze sprzedaży ww. konkretnych robót. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że w niniejszym postępowaniu zamawiający wezwał sześciu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania powyższego warunku, gdyż z dokumentów załączonych do ofert przez nich złożonych informacje te nie wynikały. Warunek postawiony przez zamawiającego został sformułowany w sposób nie pozwalający na jednoznaczną ocenę jego spełniania przez wykonawców, z uwagi na to, iż dokumenty jakich zamawiający może żądać zgodnie z *Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., nr 87, poz. 605 ze zm.)*, nie zawierają odpowiednich informacji (w zakresie przedmiotowego warunku). Należy przy tym zwrócić uwagę na cel żądania dokumentów w postępowaniu – potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, którego opis sposobu oceny spełniania został dokonany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub siwz. Warunek zaś powinien być opisany jasno i precyzyjnie, tak aby weryfikacja jego spełniania odbywała się w sposób obiektywny. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający dokonuje opisu sposobu oceny spełniania warunku w sposób, którego spełniania nie można zweryfikować na podstawie dokumentów wymienionych w ww. rozporządzenia. Tym samym, warunek nie może być opisany w sposób wywołujący niepewność co do jego spełniania przez wykonawców, ze względu na to, że w żądanych przez zamawiającego dokumentach (tu w sprawozdaniu finansowym) wymaganych przez zamawiającego informacji nie zawiera się. W takich bowiem okolicznościach, ocena spełniania tego warunku byłaby uznaniowa.

Rozważając treść przedmiotowego warunku w kontekście problemu jego weryfikacji w oparciu o żądane dokumenty, należy zauważyć, że określany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest rozwinięciem warunków ogólnie sformułowanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca dał zamawiającemu możliwość swobodnego (co rzecz jasna nie oznacza dowolnego, naruszającego ramy uczciwej konkurencji) wyrażenia oczekiwań w stosunku do wykonawców w okolicznościach

konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający zatem wszczynając postępowanie, dokonać powinien konkretyzacji ogólnych warunków art. 22 ust. 1, tj. ich opisu w sposób, który pozwoli mu dokonać obiektywnej klasyfikacji wykonawców – dopuścić do postępowania tych, którzy spełniają oczekiwania zamawiającego i wyeliminować wykonawców nie spełniających tych oczekiwań. Należy podkreślić, że aby klasyfikacja ta przebiegała w warunkach obiektywnych z zachowaniem uczciwej konkurencji, konieczne jest żądanie załączenia do oferty dokumentów, z których jednoznacznie wynikają informacje potwierdzające spełnianie postawionego warunku. W przeciwnym razie, nie jest możliwe obiektywne stwierdzenie, czy wykonawcy spełniają warunek czy też nie.

Zamawiający poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób niepozwalający na jego weryfikację w oparciu o żądane dokumenty, naruszył art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 3 pkt 1 *Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2006 r., nr 87, poz. 605 ze zm.).

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.4.4. Przedmiot zamówienia: Niskoenergetyczne budynki użyteczności publicznej – termomodernizacja budynku I Liceum Ogólnokształcącego

Wartość zamówienia: 4 016 393,44 zł (co stanowi równowartość 1 035 927,22 euro)

Data wszczęcia postępowania: 03.03.2009 r.

Regionalny **Program** Operacyjny na lata 2007 -2013

W Rozdziale IX siwz - „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków”, w pkt 2 - „Warunki posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”, zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku, zgodnie z którym wykonawca winien był posiadać doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał z należytą starannością, co najmniej dwie roboty w każdym z wymienionych zakresów: wymiana stolarki okiennej, wymiana stolarki drzwiowej, roboty dociepleniowe ścian, docieplenie i krycie dachów, instalacje wodno-kanalizacyjne, instalacje centralnego ogrzewania, kompaktowa stacja wymienników, instalacje elektryczne, instalacje odgromowe. W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku doświadczenia zamawiający żądał załączenia referencji, które miały dotyczyć obiektów użyteczności publicznej z podaniem wielkości i wartości wykonywanych robót. Wymóg wykazania przez wykonawcę konkretnie zadań wykonanych na obiektach użyteczności publicznej mógł zatem ograniczyć uczciwą konkurencję, ponieważ zawężenie to uniemożliwiało ubieganie się o zamówienie wykonawców, którzy mają doświadczenie w przebudowie i rozbudowie obiektów innego rodzaju, ale w zakresie prac o zbliżonym charakterze i funkcji, których sposób realizacji i poziom skomplikowania jest taki sam, jak w przypadku inwestycji objętej niniejszym zamówieniem. Jak wynika z treści art. 22 ust. 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis sposobu oceny spełniania przez wykonawcę warunków dokonany przez zamawiającego powinien mieć na celu jedynie ustalenie zdolności danego podmiotu do wykonania zamówienia – nie może natomiast prowadzić do nieuzasadnionego

preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Każde odstępianie od naczelných zasad udzielania zamówień, poprzez opisywanie warunków nadmiernych należy uznać za naruszenie obowiązujących przepisów. Opisany przez zamawiającego w warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia ograniczony do zadań na obiektach użyteczności publicznej jest nieuzasadniony ze względu na możliwość wykonania prac objętych przedmiotowym zamówieniem również przez podmioty mające doświadczenie w przebudowie i rozbudowie obiektów innych niż obiekty użyteczności publicznej.

Powyższy opis sposobu oceny spełniania warunku mógł utrudnić uczciwą konkurencję, a więc naruszył art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.4.5. Przedmiot zamówienia: Dostawa nowego taboru tramwajowego dla MPK S.A. w ilości 24 sztuk

Wartość zamówienia: 315 000 000 PLN tj. 81 246 292,33 EUR

Data wszczęcia postępowania: 24.06.2009 r.

Projekt: Fundusz Spójności, w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013, oś priorytetowa VII „Transport Przyjazny Środowisku”, działanie 7.3 „Transport miejski w obszarach metropolitalnych”

Zamawiający w siwz dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia żądając, by wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonali dostawy co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych, napędzanych silnikami prądu zmiennego, z udziałem minimum 60% niskiej podłogi.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Innymi słowy opisane przez zamawiającego podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Opis sposobu oceny spełniania warunków powinien mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie może natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Sposób opisu warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Należy przy tym zauważyć, że art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Użyte przez Ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia.

Nie bez znaczenia jest także fakt, iż niniejsze zamówienie będzie współfinansowane ze środków Unii Europejskiej. Oznacza to, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu należy interpretować również przez pryzmat praktyki wypracowanej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości na gruncie stosowania prawa UE. Przykładowo wskazać można orzeczenie ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN AG I*

Wienstrom GmbH, gdzie zostało stwierdzone, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję.

Nie można uznać, że opisany w przedmiotowym postępowaniu warunek wykazania doświadczenia w zakresie należycie zrealizowanych dostaw co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych, został określony na poziomie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia. Przede wszystkim nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na dostawie 24 ww. pojazdów, jest niezbędnym posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia co najmniej takiej samej liczby tych pojazdów. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca mający doświadczenie w dostarczeniu mniejszej liczby tego rodzaju pojazdów, byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich pojazdów oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia. Te czynniki natomiast nie są zależne od ilości dotychczas wykonanych pojazdów, gdyż można je wykazać już po jednorazowej realizacji i dostawie wymaganego pojazdu. Tym samym dla wykazania zdolności do wykonania zamówienia w zakresie dostawy 24 pojazdów, nie jest niezbędne posiadanie wiedzy i doświadczenia w realizacji również co najmniej 24 takich pojazdów.

Podobne stanowisko zostało zawarte w zapadłym w niniejszym postępowaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2009 r. (Sygn. akt KIO/UZP 1053/09). Wprawdzie odwołujący nie podniósł zarzutu dotyczącego liczby wymaganych tramwajów w opisie warunku doświadczenia niemniej jednak KIO w uzasadnieniu wyroku dodała, że „niezasadne jest postawienie warunku udziału – równego wykazaniem zrealizowanych dostaw, na poziomie ilości tramwajów, odpowiadających ściśle przedmiotowi zamówienia (24 sztuki), którego to zarzutu, ostatecznie przy formułowaniu swoich żądań, odwołujący nie podtrzymał. Świadczy to w ocenie Izby o wymaganiu wykazania doświadczenia tożsamego, a nie odpowiadającego swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Wykonawca, który wykonał np. 20 wagonów, zdolny będzie wykonać je zarówno w ilości 24 sztuk. Ponadto, skoro ilość zrealizowanych dostaw stanowi element oceny, a wykonawca legitymujący się większą ilością dostarczonych tramwajów, otrzyma stosowną punktację, zwiększając tym samym swoje szanse zakwalifikowania się do etapu zaproszenia do złożenia oferty, to w ten sposób wymienione kryterium uwzględnienia ilości udokumentowanych dostaw, zostało uwzględnione”.

Stawianie zatem wymogu, aby wykonawca wykonał w przeszłości co najmniej taką samą liczbę dostaw, jak przy udzielanym zamówieniu, nie służy w istocie potwierdzeniu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, lecz potwierdzeniu tego, czy potencjał techniczny i kadrowy wykonawcy gwarantuje realizację przedmiotowego zamówienia. W tym celu zaś zamawiający powinien żądać innych dokumentów, jak choćby dotyczących liczby pracowników, kwalifikacji kadry, czy sprzętu, jakim dysponują wykonawcy, itp. Powyższe jest szczególnie istotne w przypadku udzielania zamówień publicznych o charakterze niestandardowym, a z takim właśnie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Ponadto należy podkreślić, że żądanie przez zamawiającego, aby wykazane przez wykonawcę w ramach doświadczenia tramwaje posiadały takie same parametry, jak tramwaje, które stanowią przedmiot zamówienia, stanowi również wymóg nie służący weryfikacji spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Jeśli bowiem wykonawca dostarczył 24 tramwaje (niezależnie od niezasadności stawiania takiego wymagania), to tym samym wykazał, że posiada doświadczenie w realizacji dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom będącym przedmiotem zamówienia, jak wymaga tego Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. Dla wykazania się doświadczeniem w realizacji zamówień o podobnym charakterze nie jest bowiem konieczne wykazanie realizacji dostaw o dokładnie takich samych parametrach, jak zamawiane tramwaje (np. 60% niskiej podłogi). Za słuszne w ocenie Prezesa Urzędu należy w związku z tym uznać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w wyroku z dnia 26 sierpnia 2009 r. (Sygn. akt

KIO/UZP 1053/09), w którym stwierdzono: „W ocenie Izby, ze względu na podanie wyróżniających cech technicznych (tramwaj przegubowy, niskopodłogowy), zamawiający nie wymagał doświadczenia w dostawie tego samego „rodzaju dostaw”, a więc tramwajów do przewozu osób, ale wymagał doświadczenia w dostawie tego samego „typu tramwaju” jak przedmiot zamówienia. (...) Zamawiający bezpodstawnie stwarza utrudnienia dostępu do rynku, dzieląc potencjalnych wykonawców na takich którzy mają doświadczenie w produkcji konkretnego typu tramwaju oraz na takich którzy mają doświadczenie przy produkcji tramwajów – jako rodzaju dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia i dyskryminując tych ostatnich.” Powyższe wymaganie dotyczące parametrów tramwajów wykazywanych w ramach doświadczenia, również w ocenie Prezesa Urzędu, nie służy weryfikacji wiedzy i doświadczenia, lecz może prowadzić do ograniczenia konkurencji.

Opis sposobu oceny spełniania warunku doświadczenia w zakresie realizacji co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych z udziałem minimum 60% niskiej podłogi jak w udzielanym zamówieniu, należy uznać za nadmierny, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom. Opis taki zatem stanowi naruszenie art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, Prezes UZP uwzględnił zastrzeżenia do wyniku kontroli w zakresie dotyczącym doświadczenia w dostawie tramwajów niskopodłogowych, natomiast nie uwzględnił zastrzeżeń w zakresie doświadczenia w dostarczeniu liczby - 24 tramwajów. KIO nie uwzględniła zastrzeżeń do naruszenia dotyczącego warunku doświadczenia w dostawie liczby - 24 tramwajów (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.4.6. Przedmiot zamówienia: remont budynku i pomieszczeń Gminnego Centrum Kultury, Sportu, Turystyki i Rekreacji

Wartość zamówienia: 140.369,15 zł (tj. 36.204,67 euro)

Data wszczęcia postępowania: 10.08.2009 r.

Projekt Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

W pkt V.2 b siwz zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia żądając od wykonawców wykazania się, iż w ciągu ostatnich 5 lat zrealizowali co najmniej 1 zamówienie publiczne o wartości min. 150.000,00 zł, na potwierdzenie czego winni przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Opisanie przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy na inwestycjach realizowanych w systemie zamówień publicznych, spowodowało iż wykluczony został udział w postępowaniu podmiotów, które posiadały doświadczenie w zakresie prac objętych niniejszym zamówieniem, ale na obiektach realizowanych w innym systemie, np. na podstawie umowy cywilnoprawnej, czy też np. w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego itd. Prace wchodzące w zakres przedmiotowego zamówienia, takie jak: roboty rozbiórkowe, roboty murowe, tynki wewnętrzne i zewnętrzne, montaż stolarki okiennej i drzwiowej, roboty malarskie, itp., mogą być wykonywane w różnego rodzaju obiektach i nie ma powodu, dla którego wykonawca posiadający doświadczenie w zakresie ww. prac zrealizowanych w obiekcie innym niż realizowanym w zamówieniach publicznych, nie mógł ich wykonać także w przedmiotowym postępowaniu. Opisany przez zamawiającego warunek ograniczony do zadań realizowanych w systemie zamówień publicznych jest nieuzasadniony ze względu na możliwość wykonania prac objętych przedmiotowym zamówieniem również przez podmioty mające doświadczenie na obiektach realizowanych na podstawie innej umowy niż umowa o zamówienie publiczne.

Powyższy opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu mógł utrudnić uczciwą konkurencję, a tym samym, zamawiający poprzez powyższy opis mógł naruszyć art. 22 ust. 2 w związku art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu i przez Krajową Izbę Odwoławczą (informacja o wyniku kontroli na stronie www.uzp.gov.pl, w zakładce Kontrola).

IV.4.7. Przedmiot zamówienia: przebudowa Gminnego Centrum Kultury

Wartość zamówienia: 643.000,00 zł (tj. 165.845,61 euro)

Data wszczęcia postępowania: 14.08.2009 r.

Projekt Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

Zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia żądając od wykonawców wykazania się, iż zrealizowanie w okresie ostatnich trzech lat co najmniej 3 zamówienia tożsame z przedmiotem zamówienia i których należyte wykonanie potwierdzone zostało referencjami poprzednich zamawiających. W celu potwierdzenia spełniania opisanego w powyższy sposób warunku zamawiający wymagał przedłożenia wykazu zamówień tożsamych i rodzajowo zbliżonych o zakresie, charakterze złożoności i wartości porównywalnej z przedmiotem zamówienia zrealizowanych w okresie ostatnich 3 lat.

Tym samym, żądanie przez zamawiającego, aby wykonawcy wykazali się robotami budowlanymi zrealizowanymi w okresie ostatnich 3 lat jest niezgodne z § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. nr 87, poz. 605 ze zm.), zgodnie z którym zamawiający może żądać „wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania ...”. Dniem wszczęcia postępowania był 14 sierpnia 2009 r., co oznacza, że okres ten powinien być oznaczony od 14 sierpnia 2004 r. do 14 sierpnia 2009 r.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie może też określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania). Żądanie wykazania spełnienia opisanego warunku doświadczenia z okresu ostatnich 3 lat ograniczało liczbę wykonawców, którzy mogli wziąć udział w postępowaniu przetargowym, bowiem uniemożliwiło złożenie oferty wykonawcom, którzy byliby w stanie wykazać wymagane doświadczenie z dłuższego okresu – 5 lat. Tym samym zawężenie okresu, w ramach którego możliwe było wykazanie spełnienia opisanego warunku doświadczenia stanowiło naruszenie § 1 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia oraz prowadziło do utrudnienia uczciwej konkurencji, a zatem stanowiło też naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.4.8. Przedmiot zamówienia: dostawa i instalacja sprzętu i oprogramowania, modernizacja oprogramowania, prace wdrożeniowe, szkolenia użytkowników oraz opracowanie danych tematycznych

Wartość zamówienia: 9 003 606,56 zł (2 052 337,94 euro)

Data wszczęcia postępowania: 30 sierpnia 2007 r.

Projekt Priorytet 1 ZPORR – Rozbudowa i modernizacja infrastruktury służącej wzmocnieniu konkurencyjności regionów

Przedmiotem zamówienia kontrolowanego postępowania była dostawa i instalacja sprzętu i oprogramowania, modernizacja oprogramowania, prace wdrożeniowe, szkolenia użytkowników oraz opracowanie danych tematycznych. Zakres niniejszego zamówienia składał się również z zakupu sprzętu (m.in. serwerów, stacji GIS) oraz zakupu oprogramowania narzędziowego a także z dostaw oprogramowania aplikacyjnego.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię. Ze sporządzonej ekspertyzy wynika, że: „W przedmiocie zamówienia znajduje się sprzęt komputerowy, taki jak serwery i komputery osobiste, oraz oprogramowanie systemowe i aplikacyjne oraz inne usługi. Analizując opis przedmiotu zamówienia zauważono sformułowania określone w Rekomendacji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczącej zasad formułowania wymagań zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego jako co do zasady niepoprawne. Poniżej zebrano reprezentatywne przykłady takich określeń.

- 1) „Płyta główna musi być produkowana przez producenta serwera i oznaczona jego znakiem firmowym” SIWZ str. 51/85
- 2) „Dwa procesory czterordzeniowe klasy x86 dedykowane do pracy w serwerach, zaprojektowane do pracy w układach dwuprosesorowych, taktowane zegarem co najmniej 2,0GHz, ...” SIWZ str. 51/85
- 3) „Zaprojektowana przez producenta jednostki centralnej komputera, posiadająca 1 złącze PCI Express x16, 2 wolne złącza PCI, 1 złącze PCI Express x1, 4 złącza DIMM, płyta musi być trwale oznaczona logo producenta komputera” SIWZ str. 54/85
- 4) „Klawiatura USB - markowana przez producenta komputera, trwale oznaczona logo producenta” SIWZ str. 54/85
- 5) „Mysz optyczna USB z pięcioma klawiszami oraz scroll ⁶ - markowana przez producenta komputera, trwale oznaczona logo producenta” SIWZ str. 54/85
- 6) „Obudowa w jednostce centralnej musi być otwierana bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycia wkrętów, śrub motylkowych) oraz powinna posiadać czujnik otwarcia obudowy współpracujący z oprogramowaniem zarządzającym komputerem” SIWZ str. 54/85

Faktycznym potwierdzeniem dokonania opisu wymagań technicznych w sposób, który może naruszać zasady uczciwej konkurencji jest fakt, że wszyscy oferenci zaoferowali ten sam sprzęt, którego producentem jest firma (...).”

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający zobowiązany jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 tegoż artykułu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w

⁶ Mysz o 5 klawiszach i scroll oznaczona własnym logo oferowana jest praktycznie wyłącznie przez jednego producenta komputerów – firmę Dell. Standardowa mysz ma dwa przyciski. Myski o wielu przyciskach znajdują zastosowanie głównie w grach.

której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.). Zamawiający powinien zatem unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Także KIO w wyroku z 20 stycznia 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 2/09) wyraźnie wskazała, iż „swoboda Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty”. Natomiast w wyroku z dnia 20 listopada 2008 roku (KIO/UZP 1273/08) Izba stwierdziła, że „zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.” Ponadto należy dodać, iż „do naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p. może dojść w sytuacji, w której istnieje jedynie możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji” (wyrok KIO z 18 listopada 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 1240/08).

W związku z tym, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję, tj. opis parametrów technicznych wskazuje na rozwiązania firmy (...), co wynika wprost z przygotowanej w tej sprawie ekspertyzy, należy uznać, iż zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

IV.4.9. Przedmiot zamówienia: przebudowa Gminnego Centrum Kultury

Wartość zamówienia: 643.000,00 zł (tj. 165.845,61 euro)

Data wszczęcia postępowania: 14 sierpnia 2009 r.

Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania ustalono, iż przedmiar robót zawiera określenia wskazujące na opisanie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego poprzez wskazanie nazw konkretnych produktów. Zamawiający posługiwał się m.in. następującym opisem przedmiotu zamówienia:

- „Kocioł olejowy firmy Viessman typ Vitola ...”;
- „Filtr paliwa firmy Oventrop”;
- „Naczynie wzbiorcze N80 firmy Reflex”;
- „Automatyczny zawór odpowietrzający dn15 firmy Taco Hy-Vent”;
- „Pompa obiegowa (...) firmy Grundfos”;
- „Kolektor słoneczny Vitosol”;
- „Izolacja rur (...) firmy Amstrong”;
- „Zawory napowietrzające Mini Vent dn50”;
- „Głowica termostatyczna firmy Danfoss”;
- „Zawór odcinający Regulux”;
- „Grzejniki stalowe konwekcyjne Purmo”;
- „(...) pod posadzki z zaprawy Atlas”.

Art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Treść przytoczonego przepisu jednoznacznie wskazuje, że na zamawiającym ciąży obowiązek maksymalnie precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, w taki sposób, żeby stworzyć wykonawcom szanse złożenia, a sobie otrzymania rzetelnie opracowanych i porównywalnych oraz korzystnych cenowo ofert.

Wskazany przepis służy również realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie, zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyjątek dopuszczający opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został określony w art. 29 ust. 3 ustawy. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach - gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Ponadto w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych konieczne jest dopuszczenie składania ofert równoważnych, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Należy jednak zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w ogóle nie przewidział możliwości składania ofert równoważnych. Wskazując w siwz na konkretny produkt lub producenta poprzez wskazanie znaku towarowego, pomimo istnienia możliwości opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych, zamawiający naruszył art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

IV.4.10. Przedmiot zamówienia: wykonanie robót budowlanych polegających na zrealizowaniu ściany szczelinowej – Etap 1

Wartość zamówienia: 271 337 337 zł (70 679 181,30 euro)

Data wszczęcia postępowania: 10 marca 2010 r.

Regionalny Program Operacyjny na lata 2007 – 2013

W ogłoszeniu o zamówieniu dla przetargu ograniczonego w pkt II.3) zamawiający wskazał czas trwania zamówienia na okres 12 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia. Natomiast w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 4 zamawiający określił termin wykonania zamówienia w następujący sposób: „wykonawca zobowiązany będzie wykonać Elementy od 1 do 4a wskazane w Tabeli Elementów stanowiącej załącznik siwz w terminie 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zamawiający zobowiązany będzie do dokonania odsłonięcia całości wykonanej przez wykonawcę ściany szczelinowej w terminie 8 miesięcy od daty zakończenia wykonania przez wykonawcę Elementów wskazanych w punkcie wyżej, a wykonawca zobowiązany będzie wykonać w tym samym terminie Element 4b wskazany w Tabeli Elementów”.

Zgodnie z art. 38 ust. 4b ustawy Pzp 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.

A zatem należy wskazać, iż skoro powyższy przepis zakazuje zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia, to tym bardziej nieuprawnione jest zamieszczanie odmiennych postanowień w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu od początku, tj. od jej przekazania wykonawcom.

Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisy niezgodne z treścią ogłoszenia o zamówieniu uchybił treści art. 38 ust. 4b ustawy Pzp.

IV.4.11. Przedmiot zamówienia: Dostawa 11 szt. nowych, dwukabinowych lokomotyw elektrycznych

Wartość zamówienia: 182 000 000,00 zł (46 942 302,24 euro)

Data wszczęcia postępowania: 6 listopada 2009 r.
Regionalny Program Operacyjny 2007-2013

Zgodnie z treścią ogłoszenia termin składania ofert w postępowaniu został wyznaczony na dzień 16 grudnia 2009r. W dniu 17 listopada 2009r. do zamawiającego wpłynęło pismo wykonawcy, zawierające prośbę o przedłużenie terminu składania ofert do dnia 23 grudnia 2009r. ze względu na dodatkowy czas potrzebny na tłumaczenie oferty. Zamawiający częściowo przychylił się do prośby wykonawcy w piśmie z dnia 26 listopada 2009r., zmieniając termin składania ofert na dzień 22 grudnia 2009r. Informacja o zmianie terminu składania ofert została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego oraz przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Zgodnie z art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 ustawy.

Na podstawie art. 11 ust. 7 ustawy Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia przekazuje się, zgodnie z wzorami określonymi w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 257 z 01.10.2005, str. 1), jeżeli wartość zamówienia lub konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8. Zgodnie z pkt IV.3.4) formularza stanowiącego załącznik II do ww. rozporządzenia w ogłoszeniu o zamówieniu należy podać termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający jest więc ustawowo zobowiązany do zamieszczenia sprostowania ogłoszenia będącego konsekwencją zmiany treści SIWZ, w zakresie terminu składania ofert, który stanowi informację obowiązkowo publikowaną w ogłoszeniu o zamówieniu.

W związku z powyższym brak zamieszczenia sprostowania ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w zakresie terminu składania ofert, stanowi naruszenie dyspozycji art. 38 ust. 4a ustawy Pzp.