

**Sygn. akt KIO/KD 37/16**

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 30 maja 2016 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 6 maja 2016 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Sypniewo w Sypniewie, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 4 maja 2016 r. (znak: UZP/DKUE/KD/34/2015) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i montaż kontenerów modułowych służących jako zaplecze sanitarne boiska sportowego na Stadionie Sportowym w Sypniewie,

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Członkowie: Izabela Kuciak  
Emil Kuriata**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia do wyniku kontroli są niezasadne**

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Sypniewo w Sypniewie, przeprowadził na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub “Pzp” – w trybie z wolnej ręki, postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup i montaż kontenerów modułowych służących jako zaplecze sanitarne boiska sportowego na Stadionie Sportowym w Sypniewie.

Po przeprowadzeniu kontroli ww. zamówienia, w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* z dnia 4 maja 2016 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, m.in.:

„[...]”

Wszczęcie w dniu 27 sierpnia 2014 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (oznaczenie sprawy nr UG.271.8.1.2014) pn.: *„Zakup i montaż kontenerów modułowych służących jako zaplecze sanitarne boiska sportowego na Gminnym Stadionie Sportowym w Sypniewie”* zamawiający w protokole postępowania uzasadnił faktem, iż *„przeprowadzono dwa postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie w żadnym postępowaniu nie wpłynęła ani jedna oferta”*. Analogiczne uzasadnienie wskazano w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 sierpnia 2014 r. pod nr 285532-2014.

Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu nie dokonał opisu sposobu oceny spełniania szczegółowych warunków udziału w postępowaniu (tj. w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców oraz w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia). Wykonawca został zobowiązany do złożenia oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231), dalej jako „rozporządzenie”.

Na podstawie przekazanej przez zamawiającego dokumentacji ustalono, iż w dniu 8 lipca 2014 r. zamawiający wszczął w trybie przetargu nieograniczonego (oznaczenie sprawy nr UG.271.7.2014) pierwsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Zakup i*

*montaż kontenerów modułowych służących jako zaplecze sanitarne boiska sportowego na Gminnym Stadionie Sportowym w Sypniewie”.*

Przedmiotem zamówienia był „demontaż i przestawienie istniejących kontenerów modułowych w ilości 4szt. w miejsce wskazane przez zamawiającego. Rozbiórka betonowych schodów i płyty żelbetowej oraz ścian z cegły do poziomu terenu. Zasypanie piwnicy z zagęszczeniem do ID=0,9 gruzem z rozbiórki oraz piaskiem. Następnie wylewka płyty z betonu B-10 gr. 5cm i izolacja przeciwwilgociowa dyspersyjną masą asfaltowo-kauczukową oraz posadowienie nowych kontenerów modułowych wraz z wyposażeniem i podłączeniem mediów typu: elektryczność, instalacja wodno-kanalizacyjna.”

Termin wykonania zamówienia określono - „od dnia podpisania umowy do 31 października 2014 r.”

Wartość zamówienia ustalono na kwotę 143.526,02 zł na podstawie kosztorysów inwestorskich.

W zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 6.1.b) siwz wymagał od wykonawców wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych za kwotę 175.000,00 zł, z których każda polegała na budowie zaplecza sanitarnego na obiektach sportowych w ramach jednego kontraktu.

W zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 6.1.d) siwz wymagał od wykonawców dysponowania przynajmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia ogólnobudowlane do kierowania robotami budowlanymi. Zamawiający wskazał, że „w zakresie wyżej wymienionych uprawnień zamawiający uzna równoważne kwalifikacje zawodowe (dyplomy) wydawane przez inne niż Rzeczpospolita Polska państwa członkowskie Unii Europejskiej, konfederacji szwajcarskiej oraz państwa członkowskie europejskiego porozumienia o wolnym handlu (EFTA). Powyższa osoba zostanie przez wykonawcę wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy.”

W celu potwierdzenia spełniania opisanych powyżej warunków zamawiający żądał złożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2, 7 i 8 rozporządzenia.

Wykonawca został zobowiązany także do złożenia oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia.

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. 23 lipca 2014 r. nie wpłynęła żadna oferta. W tym samym dniu, zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dokonał unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym, w dniu 23 lipca 2014 r. zamawiający wszczął ponownie w trybie przetargu nieograniczonego (oznaczenie sprawy nr UG.271.8.2014) postępowanie pn.: *„Zakup i montaż kontenerów modułowych służących jako zaplecze sanitarne boiska sportowego na Gminnym Stadionie Sportowym w Sypniewie”*.

Przedmiot zamówienia, jego wartość szacunkowa, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz inne warunki zamówienia nie uległy zmianie w stosunku do pierwszego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Termin wykonania zamówienia ponownie określono „od dnia podpisania umowy do 31 października 2014 r.”

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. 8 sierpnia 2014 r. nie wpłynęła żadna oferta.

W dniu 26 sierpnia 2014 r., zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, po raz drugi unieważnił przedmiotowe postępowanie.

Z opisanego powyżej stanu faktycznego wynika zatem, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający ograniczył stawiane warunki udziału w stosunku do przetargów nieograniczonych (oznaczonych numerami UG.271.7.2014 oraz UG.271.8.2014), nie formułując warunków szczególnych w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców (podczas gdy w obydwu przetargach nieograniczonych zamawiający wymagał *wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych za kwotę 175.000,00 zł, z których każda polegała na budowie zaplecza sanitarnego na obiektach sportowych w ramach jednego kontraktu*) oraz w zakresie wymaganego personelu (podczas gdy w obydwu przetargach nieograniczonych zamawiający wymagał, *aby wykonawca wykazał, iż dysponuje przynajmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia ogólnobudowlane do kierowania robotami budowlanymi*). Zamawiający również nie żądał *przedłożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert* (tj. żadanego w obydwu przetargach nieograniczonych dokumentu określonego w § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia).

Natomiast przedmiot zamówienia, jego wartość szacunkowa oraz inne warunki zamówienia (poza opisanymi powyżej) nie uległy zmianie w stosunku do postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. Termin wykonania zamówienia ponownie określono „od dnia podpisania umowy do 31 października 2014 r.”

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

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

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

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

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

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

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

Mając na uwadze powyższe oraz dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać, iż zamawiający dokonując zmiany pierwotnych warunków zamówienia w postępowaniu przeprowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki w stosunku do postępowań przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, naruszył postanowienia ustawy Pzp w powyższym zakresie. Oznacza to, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

[...]

Pismem z dnia 6 maja 2016 r. Zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia wobec ww. wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach wskazano, że przedmiotowe zamówienie zostało udzielone po przeprowadzonych z wykonawcą negocjacjach, który przedstawił wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykaz osób oraz wykaz trzech robót budowlanych.

Wskazane dokumenty załączono do pisma

Pismem z dnia 16.05.2016 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że nie uwzględni ww. zastrzeżeń oraz o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosnie zastrzeżeń w ww. piśmie wskazano:

„[...]”

W ww. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następnie wskazano, iż działanie Zamawiającego polegające na zmianie pierwotnych warunków zamówienia w postępowaniu przeprowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, poprzez rezygnację z wymogu wykazania się przez wykonawcę określonym doświadczeniem oraz dysponowaniem wymaganym personelem, w stosunku do postępowań przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, stanowi naruszenie ustawy Pzp w zakresie dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wnosząc zastrzeżenia, Zamawiający wyjaśnił, że *„wykonawca robót został wybrany w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki po zbadaniu oferty, jak również po przeprowadzonych z wykonawcą negocjacjach. Podczas negocjacji na ww. zadanie, w dniu 2 września 2014 r. wykonawca robót przedstawił wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunku określonego w zamówieniu, tj. wykaz osób biorących udział bezpośrednio w realizacji zadania oraz wykaz trzech robót budowlanych za ogólną kwotę 2.540.516,50 zł potwierdzonych protokołami odbioru z dnia 8 czerwca 2011 r., 9 lipca 2012 r. i 9 października 2013 r. Co miało znaczący wpływ na decyzję o wyborze wykonawcy i zlecenie realizacji zadania zgodnie z wcześniej określonymi dokumentami.*

*Na tę okoliczność, w dniu przeprowadzonych negocjacji została spisana odpowiednia notatka służbowa, zawierająca zobowiązanie wykonawcy do przedłożenia wymaganych dokumentów, odnoszących się do posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim personelem”.*

Do ww. pisma Zamawiający załączył m.in. notatkę służbową sporządzoną w dniu 2 września 2014 r., wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz wykaz robót budowlanych wraz z protokołami odbiorów wykazanych robót budowlanych.

**Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Urząd Zamówień Publicznych informuje, co następuje.**

Odnosząc się do ww. zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, a w szczególności do przedłożonych nowych dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania należy przede wszystkim wskazać, że po pierwsze, Zamawiający był proszony pismem z dnia 14 kwietnia 2016 r. o uzupełnienie dokumentacji postępowania w celu przeprowadzenia kontroli doraźnej i nie przekazał Prezesowi Urzędu notatki służbowej sporządzonej w dniu 2 września 2014 r. oraz ww. dokumentów przedłożonych przez wykonawcę. Zamawiający załączył ww. notatkę i dokumenty dopiero do zastrzeżeń, przez co Prezes Urzędu prowadząc kontrolę nie miał dostępu do pełnej dokumentacji postępowania.

Po drugie, w obu postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający opisał warunek wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym wykonawcy winni się wykazać, iż *„wykonali co najmniej dwie roboty budowlane za kwotę 175.000,00 zł, z których każda polegała na budowie zaplecza sanitarnego na obiektach sportowych w ramach jednego kontraktu”*. Tymczasem z notatki służbowej z dnia 2 września 2014 r. wynika, że Zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki ograniczył wyżej opisany warunek udziału w postępowaniu do dwóch robót budowlanych za kwotę 175.000,00 zł każda. Tym samym Zamawiający zrezygnował z wymogu, aby każda robota dotyczyła budowy zaplecza sanitarnego w ramach jednego kontraktu, w dodatku na obiektach sportowych.

Również z treści dokumentów przedłożonych przez wykonawcę wynika, iż wykazane roboty dotyczą innych robót, tj.:

- 1) *„Rozbudowa i modernizacja Centrum Kultury”* – roboty sanitarne, elektryczne, budowlane i wentylacyjne;
- 2) *„Rozbudowa i nadbudowa Gminnej Biblioteki Publicznej w Czerwonym”* – roboty sanitarne, elektryczne, budowlane, wentylacyjne i drogowe;



- 3) „Urządzenie bazy kulturalno-turystycznej w centrum wsi Brodowe Łąki, poprzez remont budynków użyteczności publicznej wraz z zagospodarowaniem terenu” – roboty sanitarne, elektryczne, budowlane i drogowe.

Mając na uwadze powyższe, należy ponownie wskazać na przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp zgodnie z którym, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Zakwestionowana w wyniku kontroli przesłanka, że „pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione” to konieczność wykazania, że pierwotne warunki zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie zostały w istotny sposób zmienione w stosunku do wcześniejszych postępowań. Należy zauważyć, że ustawodawca w art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp założył, że Zamawiający w sposób istotny nie będzie dokonywał zmian pierwotnych warunków zamówienia. Za warunki zamówienia należy uznać zarówno elementy opisu przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe kwalifikujące wykonawców pod tym względem do udziału w postępowaniu co do ich potencjalnych możliwości realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga okoliczność, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, w którym konkurencja jest wyłączona poprzez negocjacje wyłącznie z jednym wykonawcą. Przesłanki do zastosowania tego trybu są w przepisach ustawy Pzp ściśle określone.

W związku z powyższym należy uznać, iż w świetle dołączonych do zastrzeżeń dokumentów nadal uprawniona jest teza, że doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający dokonał obniżenia w ramach postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wymagań stawianych wykonawcom w stosunku do postępowań prowadzonych uprzednio w jednym z trybów podstawowych, poprzez rezygnację z wymogu wykazania się robotami budowlanymi polegającymi na „(...) *budowie zaplecza sanitarnego na obiektach sportowych w ramach jednego kontraktu*”. Trzeba przy tym podkreślić, że jest to wymóg istotny, gdyż dotyczy konkretnego rodzaju robót, w dodatku na specyficznych obiektach, jakimi są obiekty sportowe. Skoro Zamawiający na etapie postępowań prowadzonych w

trybie konkurencyjnym uznał, że tylko wykonawca, który wykaże się wyżej opisanym doświadczeniem może podjąć się realizacji przedmiotu zamówienia, analogiczne wymagania Zamawiający powinien był przedstawić wybranemu przez siebie wykonawcy, z którym prowadził negocjacje w sprawie zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Takiego warunku w zakresie doświadczenia Zamawiający nie określił wobec wykonawcy zaproszonego do negocjacji, a tym samym nie dopełnił ustawowego wymogu i nie wykazał spełnienia przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż niewykluczone jest, że w warunkach niniejszej sprawy, gdyby Zamawiający w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego opisał sposób oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, analogicznie do postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, wykonawcy złożyliby oferty i postępowanie konkurencyjne zakończyłoby się wyborem oferty najkorzystniejszej.

[...]"

**Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Stan faktyczny sprawy został zreferowany w treści pism i dokumentów przytoczonych powyżej. Podano tam również i zacytowano wszystkie adekwatne przepisy prawa znajdujące zastosowanie w sprawie.

Izba w całości podziela stanowisko Prezesa UZP, co do oceny ustalonego stanu faktycznego i stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeń wskazanych przepisów ustawy.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....