



Wyniki przeprowadzonych w 2013 r.
przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
kontroli zamówień współfinansowanych
ze środków Unii Europejskiej

Spis treści:

Dział I – Zagadnienia ogólne.

I	Podstawa prawna prowadzenia kontroli przez Prezesa UZP	4
II	Statystyka kontroli za 2013 rok	5
III	Wyniki kontroli	8

Dział II – Przykłady naruszeń.

IV.1.	Naruszenia dotyczące szacowania wartości zamówienia oraz stosowania trybów niekonkurencyjnych	14
IV.1.1.	Szacowanie wartości zamówienia na usługi nadzoru inwestorskiego.....	14
IV.1.2.	Zamówienie na modyfikację systemu informatycznego, art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) Pzp.....	16
IV.1.3.	Zamówienie na usługi inżyniera kontraktu, art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp wraz z rozszerzeniem przedmiotu umowy w drodze aneksu.....	18
IV.1.4.	Zamówienie na usługi edukacyjne, art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.....	20
IV.1.5.	Zamówienie na roboty drogowe, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp.....	22
IV.2.	Naruszenia dotyczące oceny ofert	24
IV.2.1.	Niewykazanie wartości zamówienia, która nie była wskazana w opisie warunku.....	24
IV.2.2.	Nieuzupełnienie właściwego dokumentu, jeżeli był on dołączony do oferty.....	25
IV.2.3.	Złożenie nieprawdziwych informacji.....	27
IV.2.4.	Złożenie formularza oferty bez jednej strony i podpisu.....	29
IV.2.5.	Niezłożenie kosztorysu w formie elektronicznej.....	31
IV.2.6.	Niezaznaczenie w ofercie miejsca realizacji zamówienia.....	32
IV.2.7.	Wycena pozycji kosztorysu na 0 zł.....	33
IV.2.8.	Omyłki w kosztorysie.....	34
IV.3.	Podmioty trzecie	35
IV.3.1.	Zmiana podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia oraz forma zobowiązania i dokumentów podmiotowych dla podmiotów trzecich.....	35
IV.3.2.	Udostępnienie przez podmiot trzeci doświadczenia i wskazanie jako podwykonawcę jego spółkę córkę.....	39
IV.3.3.	Udostępnienie przez podmiot trzeci doświadczenia.....	41
IV.3.4.	Udostępnienie przez podmiot trzeci potencjału kadrowego warunkowo.....	42
IV.3.5.	Udostępnienie przez podmiot trzeci zdolności finansowej.....	44
IV.4.	Naruszenia dotyczące opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu kryteriów oceny ofert.....	45
IV.4.1.	Warunek dotyczący kierownika projektu.....	45
IV.4.2.	Warunek dotyczący zdolności ekonomicznej.....	46
IV.4.3.	Opis przedmiotu zamówienia na dostawę i wdrożenie platformy elektronicznej.....	48
IV.4.4.	Opis przedmiotu zamówienia na dostawę samochodu wyładowczego.....	50
IV.4.5.	Podmiotowe kryterium oceny ofert.....	52
IV.4.6.	Niedoprecyzowane kryteria oceny ofert.....	53

DZIAŁ I – Zagadnienia ogólne.

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

Ustawa Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp”, określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w tych sprawach. Zgodnie z art. 152 ust. 1 tejże ustawy centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Szczegółowe kompetencje Prezesa Urzędu wymienia art. 154 ustawy, w którym wskazano m.in., że Prezes czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą.

Prezes Urzędu posiada kompetencje kontrolne w stosunku do wszystkich zamówień publicznych bez względu na źródło ich finansowania. Zasady prowadzenia kontroli określone zostały w Rozdziale 3 Działu V ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z jej przepisami. Oznacza to, że Prezes Urzędu bada wyłącznie legalność udzielenia zamówienia, tj. zgodność prowadzonej procedury z przepisami ustawy. Kontrola odbywa się w siedzibie Urzędu na podstawie zgromadzonych w sprawie dokumentów, wyjaśnień oraz opinii biegłych i może mieć charakter kontroli uprzedniej (ex-ante, przed zawarciem umowy z wykonawcą) lub kontroli następczej (ex-post, po zawarciu umowy z wykonawcą).

W zakresie zamówień z udziałem środków unijnych Prezes Urzędu prowadzi:

- kontrole uprzednie obowiązkowe, jeżeli wartość zamówienia jest równa bądź przekracza 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych (art. 169 ust. 1 i 2 ustawy),
- kontrole doraźne uprzednie lub następcze wszczynane z urzędu lub na wniosek, jeżeli zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 i 4 ustawy Pzp).

Kontrolę doraźną może poprzedzić postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy w postępowaniu doszło do naruszenia mogącego mieć wpływ na wynik postępowania, a zatem – czy zasadne jest wszczęcie kontroli doraźnej.

Kontrola kończy się doręczeniem zamawiającemu informacji o wyniku, w której Prezes Urzędu stwierdza brak naruszeń bądź wskazuje wykryte nieprawidłowości. W przypadku kontroli uprzedniej, przeprowadzanej przed zawarciem umowy z wykonawcą, Prezes Urzędu może dodatkowo wydać zalecenia pokontrolne usunięcia stwierdzonych naruszeń lub unieważnienia postępowania. Natomiast kontrola następcza odbywa się po zawarciu umowy z wykonawcą, dlatego niemożliwe jest wydanie po jej przeprowadzeniu zaleceń wykonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu.

W razie stwierdzenia nieprawidłowości w wyniku przeprowadzenia kontroli 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 (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 168),
- nałożyć karę pieniężną, jeżeli zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 – 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, o których mowa w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, a także o unieważnienie zmiany umowy, jeżeli w toku kontroli stwierdzono naruszenie art. 144 ust. 1 Pzp.

W przypadku przeprowadzenia kontroli zamówienia współfinansowanego ze środków UE, o wyniku kontroli – poza podmiotami, na wniosek których kontrola została wszczęta - zawsze informowana jest właściwa instytucja zarządzająca i instytucja pośrednicząca.

II. Statystyka kontroli za 2013 rok.

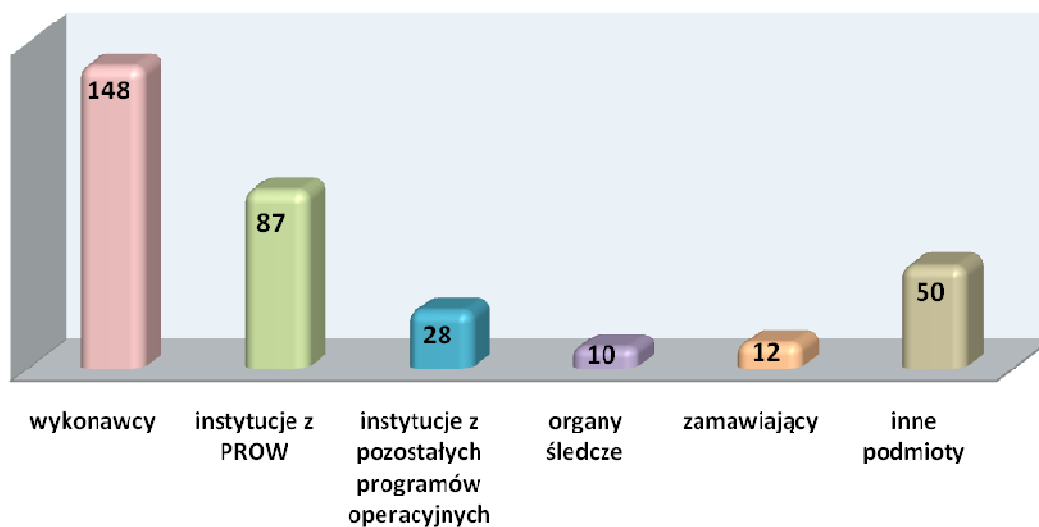
W 2013 r. do Urzędu Zamówień Publicznych **wpłynęło 335 wniosków o kontrolę** zamówień współfinansowanych ze środków UE. Wnioski te kierowali przede wszystkim wykonawcy (148 wniosków), ale także instytucje zaangażowane we wdrażanie funduszy unijnych w Polsce (115 wniosków), wśród których większość wniosków (87, tj. 75% ze 115) złożyły instytucje zajmujące się Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich, tj. Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, urzędy marszałkowskie oraz Agencja Modernizacji i Restrukturyzacji Rolnictwa. Pozostałe wnioski składały m.in. inne organy administracji, organy ścigania, sami zamawiający.

Ww. wnioskodawcy podnosili zarzuty¹:

- dotyczące oceny ofert – 143 wnioski,
- dotyczące opisu warunków udziału w postępowaniu – 37 wniosków,
- dotyczące opisu przedmiotu zamówienia – 54 wnioski,
- dotyczące trybu udzielenia zamówienia – 10 wniosków,
- dotyczące braku stosowania ustawy Pzp – 13 wniosków,
- dotyczące unieważnienia postępowania – 7 wniosków,
- dotyczące zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub siwz – 39 wniosków,
- dotyczące zmian umowy – 10 wniosków,
- dotyczące realizacji umowy – 25 wniosków,
- dotyczące innych kwestii (np. szacowanie wartości zamówienia, termin składania ofert, powiązania między zamawiającym a wykonawcą) – 63 wnioski,
- dotyczące innych kwestii niż regulowane przepisami ustawy Pzp – 7 wniosków.

¹ Łączna liczba zarzutów jest większa niż 335, gdyż w jednym wniosku może być zawartych kilka różnych zarzutów.

Podmioty wnioskujące o kontrolę zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej



W badanym okresie Prezes Urzędu rozpatrzył **358² wniosków o wszczęcie kontroli doraźnych** zamówień współfinansowanych ze środków UE. W ramach rozpatrywania ww. wniosków przeprowadzono **165 postępowań wyjaśniających** mających na celu ustalenie, czy zachodzi podstawa do wszczęcia kontroli doraźnej. Dodatkowo przeprowadzono też 8 postępowań wyjaśniających wszczętych z urzędu.

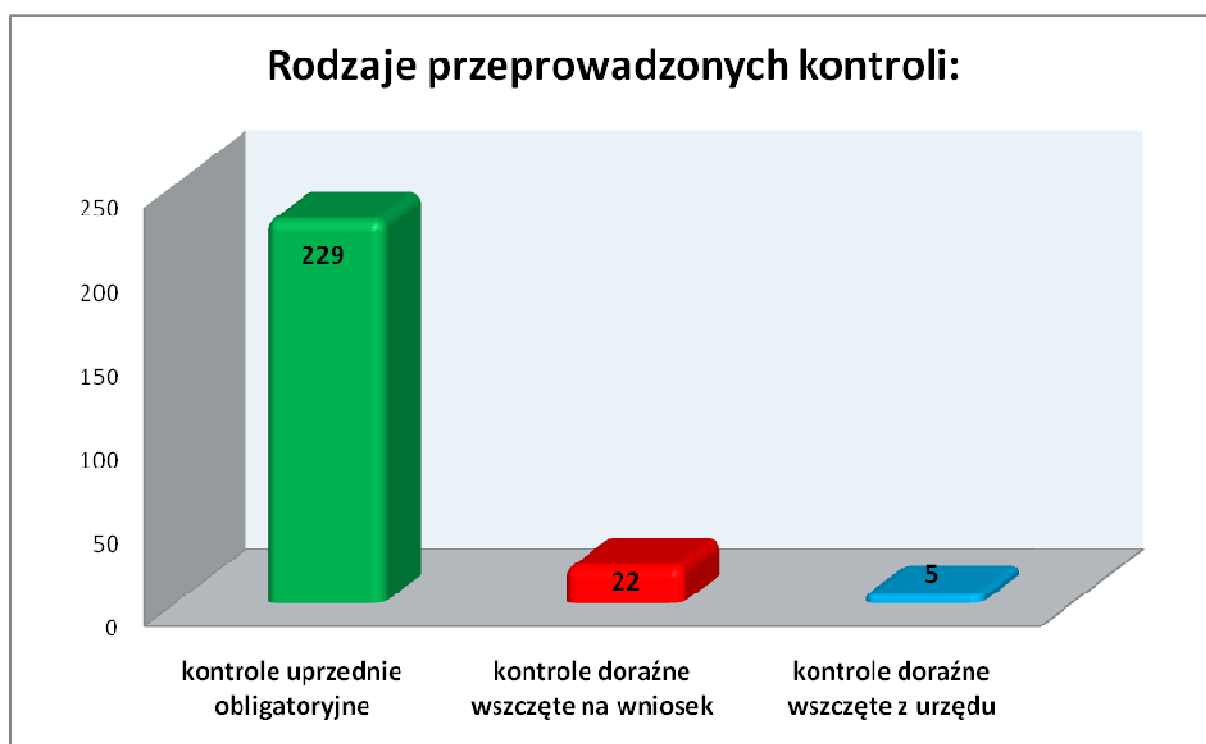
Ostatecznie przeprowadzono **27 kontroli doraźnych** następczych zamówień współfinansowanych ze środków UE. Kontrole te zostały wszczęte na wniosek: wykonawców (9 kontroli), instytucji zaangażowanych we wdrażanie programów unijnych (11 kontroli), policji (1 kontrola) i Komisji Europejskiej (1 kontrola), ponadto 5 kontroli doraźnych następczych zostało wszczętych z urzędu przez Prezesa Urzędu z powodu uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu doszło do naruszeń mogących mieć wpływ na jego wynik z powodu zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. Kontrole doraźne dotyczyły zamówień o wartościach na ogół nie przekraczających tzw. progów unijnych³. Były to głównie zamówienia na roboty budowlane w zakresie modernizacji przestrzeni publicznej (np. budowy budynku rekreacji, przebudowy świetlicy wiejskiej, rewitalizacji Starego Miasta, rewitalizacji parku miejskiego, czy budowy ścieżek rowerowych wokół jeziora), ale też rozbudowy lub przebudowy infrastruktury publicznej (np. systemu ciepłowniczego, oczyszczalni ścieków, czy drogi). W przypadku usług dominowały zamówienia na usługi inżyniera kontraktu, nadzoru inwestorskiego i usługi edukacyjne. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom doraźnym wyniosła ponad 560 mln zł (w 2012 r. – ok. 400 mln zł).

² Część rozpatrzonych wniosków o kontrolę została wniesiona w 2012 r.

³ Zgodnie z obowiązującym w 2013 r. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16.12.2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 282, poz. 1649) progi te wynosiły 130.000 euro lub 200.000 euro lub 400.000 euro dla dostaw i usług – w zależności od rodzaju zamawiającego oraz 5.000.000 euro dla robót budowlanych.

Ponadto przeprowadzono **229 kontroli uprzednich**, prowadzonych przez Prezesa Urzędu obligatoryjnie ze względu na udział środków unijnych w finansowaniu zamówienia oraz ze względu na jego wartość równą lub przekraczającą 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych. Zamówienia te dotyczyły przede wszystkim inwestycji kolejowych, drogowych, wodociągowo-kanalizacyjnych, budowy sieci szerokopasmowych oraz dostaw tramwajów, czy elektrycznych zespołów trakcyjnych i były najczęściej współfinansowane w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom obligatoryjnym uprzednim wyniosła ponad 40,5 mld zł (w 2012 r. – 39,5 mld zł).

W sumie w 2013 r. Prezes Urzędu przeprowadził **256 kontroli zamówień współfinansowanych ze środków unijnych** (w 2012 r. – 232 kontrole). **Łączna wartość objętych kontrolą zamówień wyniosła ponad 41 mld zł.**

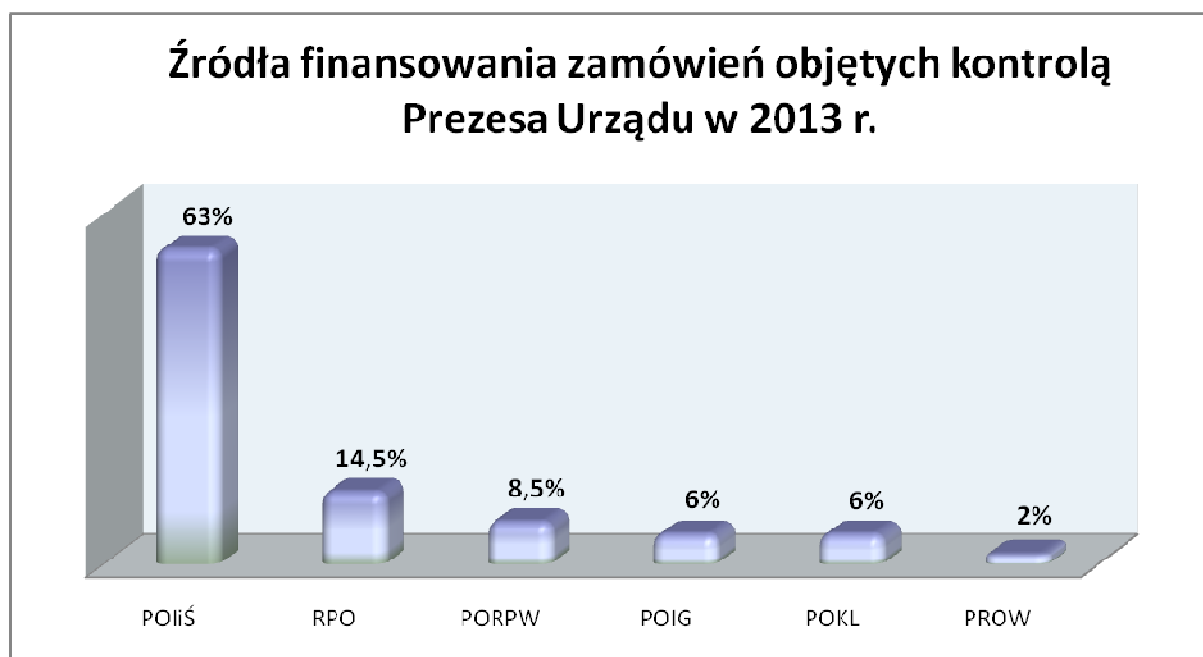


Kontrole przeprowadzone przez Prezesa Urzędu dotyczyły zamówień objętych następującymi programami operacyjnymi:

- 160 zamówień (ok.63%) z PO Infrastruktura i Środowisko,
- 21 zamówień (ok.8,5%) z PO Rozwój Polski Wschodniej,
- 17 zamówień (ok.6%) z PO Innowacyjna Gospodarka,
- 6 zamówień (ok.2%) z PROW,
- 16 zamówień (ok.6%) z PO Kapitał Ludzki,
- 37 zamówień (ok.14,5%) z Regionalnych Programów Operacyjnych, w tym:
 - 7 zamówień z RPO Województwa Wielkopolskiego,
 - 5 zamówień z RPO Województwa Warmińsko-Mazurskiego,

- 5 zamówień z RPO Województwa Podkarpackiego,
- 4 zamówienia z RPO Województwa Łódzkiego,
- 3 zamówienia z RPO Województwa Zachodniopomorskiego,
- 3 zamówienia z RPO Województwa Mazowieckiego,
- 3 zamówienie z RPO Województwa Kujawsko-Pomorskiego,
- 2 zamówienia z RPO Województwa Małopolskiego,
- 2 zamówienia z RPO Województwa Śląskiego,
- 1 zamówienie z RPO Województwa Dolnośląskiego,
- 1 zamówienie z RPO Województwa Lubuskiego,
- 1 zamówienie z RPO Województwa Pomorskiego.

Ponadto przeprowadzono 1 kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia finansowanego w ramach Instrumentu Finansowego na rzecz Środowiska LIFE+.



III. Wyniki kontroli.

Łączne wyniki przeprowadzonych w 2013 r. wszystkich 256 kontroli dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków unijnych przedstawiały się następująco:

W 138 kontrolach (54% z 256) nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp. Przy czym absolutna większość takich przypadków (133) dotyczyła największych zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych.

W 118 skontrolowanych postępowaniach (46% z 256) stwierdzono naruszenia ustawy Pzp, w tym 67 kontroli (26% z 256) wykazało naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania, natomiast 51 kontroli (20% z 256) wykazało naruszenia mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W związku z wykryciem w toku kontroli nieprawidłowości mogących mieć wpływ na wynik postępowania:

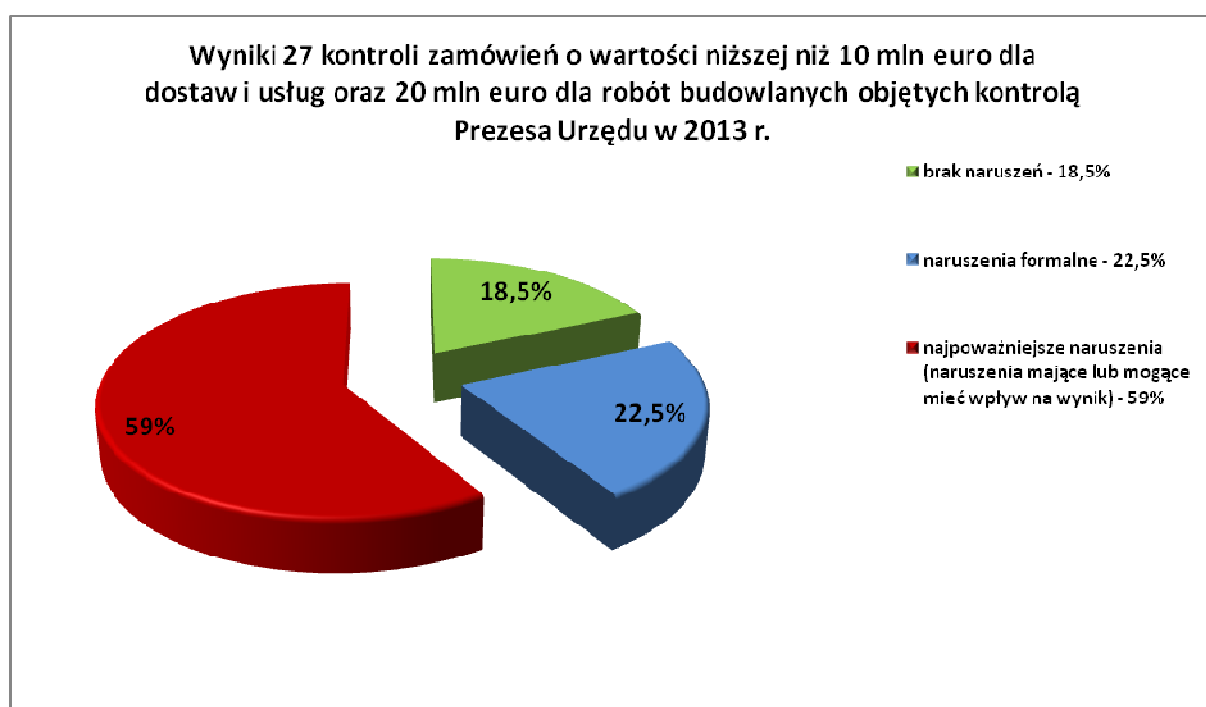
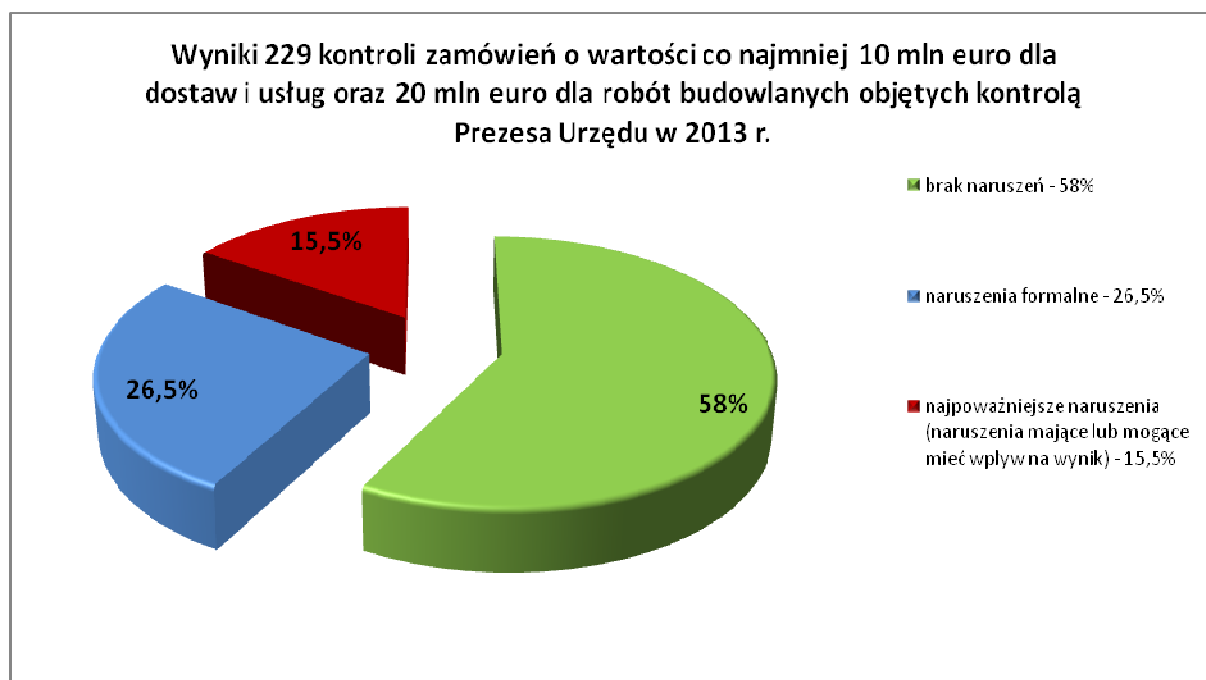
- w przypadku 16 kontroli doraźnych następczych w zależności od rodzaju zamawiającego i rodzaju stwierdzonych naruszeń zawiadamiano rzeczownika dyscypliny finansów publicznych lub wnioskowano o nałożenie kary pieniężnej oraz wnioskowano o wystąpienie do sądu o unieważnienie umowy,
- w przypadku 35 kontroli uprzednich wydawano zalecenia usunięcia ww. naruszeń. Wszystkie zalecenia, z jednym wyjątkiem, zostały przez zamawiających wykonane i tym samym przywrócono stan zgodności z prawem.

Ponadto, o wyniku każdej kontroli zawsze informowana była właściwa instytucja zarządzająca i instytucja pośrednicząca, a w przypadku regionalnych programów operacyjnych – właściwa instytucja zarządzająca oraz instytucja koordynująca. W uzasadnionych przypadkach, Prezes Urzędu informował o nieprawidłowościach także prokuraturę oraz Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Wyżej opisane łączne wyniki kontroli, w podziale na rodzaje kontroli przedstawiały się następująco:

Wynik kontroli	Kontrole uprzednie obowiązkowe (229) zamówień o wartości min. 20 mln euro dla robót budowlanych oraz 10 mln euro dla dostaw i usług	Kontrole doraźne (27) zamówień o wartości zwykle nie przekraczającej tzw. progów unijnych
Brak naruszeń	133 (58% ze 229)	5 (18,5% z 27)
Naruszenia formalne (nie mające wpływu na wynik postępowania)	61 (26,5% ze 229)	6 (22,5% z 27)
Najpoważniejsze naruszenia (mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania)	35 (15,5% ze 229)	16 (59% z 27)

Ww. wyniki obrazują poniższe diagramy:



Podsumowując wyniki kontroli zamówień współfinansowanych ze środków UE przeprowadzonych w 2013 r., należy zauważyć, że zmniejszyła się liczba kontroli, które nie wykazały żadnych naruszeń ustawy Pzp z 64% wszystkich przeprowadzonych kontroli w 2012 r. do 54% w 2013 r.

Analiza wyników kontroli wskazuje, że głównym powodem spadku odsetka kontroli nie wykazujących naruszeń ustawy Pzp jest wzrost liczby naruszeń dotyczących sposobu udowadniania przez wykonawców, że zasoby podmiotów trzecich, na które powołują się w

celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, będą im faktycznie dostępne na etapie realizacji zamówienia.

Przewidziana przez Ustawodawcę możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich, ma na celu umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy sami nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, ale mając rzeczywisty dostęp do zasobów współpracujących z nimi podmiotów trzecich, będą w stanie należycie wykonać zamówienie publiczne. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie analizy zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci, pod kątem tego, czy będą wystarczające do należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Istotą korzystania z omawianej instytucji nie jest bowiem składanie przez wykonawców lakonicznych zobowiązań od podmiotów trzecich i bezkrytyczne uznawanie ich przez zamawiających za wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunków, lecz udowodnienie zamawiającemu za pomocą składanych dokumentów, w tym zobowiązań, że określone zasoby, np. w zakresie doświadczenia, potencjału kadrowego, potencjału finansowego czy sprzętu, zostaną rzeczywiście udostępnione na etapie realizacji zamówienia, przy czym w przypadku udostępniania doświadczenia – może to nastąpić tylko przez udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Przed uznaniem, że wykonawca spełnia warunek poprzez korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, zamawiający musi zatem wiedzieć, jakie konkretnie zasoby zostaną udostępnione, w jakim zakresie i na jakich zasadach, a po powzięciu tych informacji (także w trybie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp), musi ocenić, czy przy takim korzystaniu z zasobów podmiotu trzeciego, wykonawca daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. Jeśli zamawiający uzna zakres i sposób korzystania z zasobów podmiotu trzeciego za niewystarczający do realizacji zamówienia, ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania jako wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

Jeżeli natomiast zamawiający uzna sposób udostępnienia zasobów za wystarczający do należytego wykonania zamówienia, konsekwencją wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, jest następnie faktyczne użyczenie wykonawcy przez podmiot trzeci tych zasobów na etapie realizacji zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca nie posiada np. wymaganego w siwz doświadczenia, ale przewidział korzystanie w tym zakresie z zasobów podmiotu trzeciego, to na etapie realizacji ten podmiot trzeci musi brać udział w realizacji zamówienia w sposób przewidziany we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w ofercie, np. w charakterze podwykonawcy. Istnieje możliwość korzystania na etapie realizacji zamówienia z potencjału innego podmiotu trzeciego, niż wskazany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile jednak podmiot ten spełnia ten sam warunek udziału w postępowaniu, co podmiot wskazany pierwotnie. Brak rzeczywistego korzystania z potencjału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia oznaczałoby pozorne udostępnienie zasobów na etapie postępowania i wykonywanie zamówienia przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Stawiałoby to również pod znakiem zapytania celowość opisanego ww. warunków, skoro do wykonania zamówienia nie byłoby potrzebne realne posiadanie wymaganego doświadczenia, potencjału kadrowego, potencjału finansowego, czy sprzętu.

Stwierdzone w trakcie przeprowadzonych kontroli naruszenia polegały na zaniechaniu dokonania przez zamawiających analizy zobowiązań podmiotów trzecich dołączanych przez wykonawców do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zobowiązania te zawierały najczęściej zdawkowe informacje o udostępnieniu zasobu określonego jedynie co do rodzaju (np. doświadczenie), nie wskazywały natomiast jakie konkretnie zasoby, w jakim zakresie i na jakich zasadach (prawnych, organizacyjnych) będą udostępnione, w szczególności – w jaki sposób i w jakim zakresie podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia udostępniając swoje doświadczenia, czy też w jaki sposób udostępni posiadane przez siebie środki finansowe, w tym np. zdolność kredytową. Brak dokonania przez zamawiającego takiej analizy, tj. brak wezwania wykonawcy do wyjaśnień

lub do uzupełnienia dokumentów w tej materii i brak dokonania oceny uzyskanych informacji, prowadzi do sytuacji, w której zamówienie będzie wykonywał wykonawca, który faktycznie nie spełnia postawionych w postępowaniu warunków, co w efekcie naraża zamawiającego na problemy z należyłą realizacją tego zamówienia. W związku z powyższym w wyniku prowadzonych kontroli Prezes Urzędu wskazywał ww. nieprawidłowości, a w przypadku gdy dotyczyły one wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – wydawał zalecenia pokontrolne wezwania wykonawcy do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Przykłady naruszeń związanych z korzystaniem z zasobów podmiotów trzecich zostały opisane w pkt IV.3. niniejszego opracowania.

Odnosząc się do ww. problemu należy także zauważyć, że celowym byłoby, dla zapewnienia należytego wykonania zamówienia, aby kwestie dotyczące rzeczywistego korzystania z potencjału podmiotów trzecich na zasadach przedstawionych przez wykonawcę w toku postępowania, były dodatkowo regulowane przez zamawiających w umowie zawartej z wykonawcą.

Niezależnie od nieprawidłowości dotyczących korzystania z zasobów podmiotów trzecich, w wyniku kontroli prowadzonych w 2013 r. stwierdzano w szczególności następujące naruszenia:

- 1) naruszenia ustawy Pzp mogące mieć lub mające wpływ na wynik postępowania dotyczyły:
 - dzielenia zamówienia na części, w wyniku czego nie stosowano przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej jego wartości,
 - niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki,
 - niezgodnego z przepisami ustawy Pzp odrzucenia najkorzystniejszej oferty lub wykluczenia wykonawcy, który złożył taką ofertę,
 - wyborze oferty wykonawcy, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu,
 - opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję,
 - zmiany umowy poprzez zmianę na etapie realizacji zamówienia podmiotu trzeciego na podmiot, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.
- 2) naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania polegały w szczególności na:
 - wadliwej treści ogłoszeń o zamówieniu lub siwz, szczególnie w zakresie żądanych od wykonawców dokumentów,
 - zaniechaniu wezwania wykonawcy do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli nie dotyczyło to najkorzystniejszej oferty,
 - nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisie sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu,
 - wadliwym opisie kryteriów oceny ofert,
 - bezpodstawnym ograniczeniu możliwości korzystania z podwykonawstwa.

Podsumowując ogólne wyniki kontroli, należy zauważyć, że kontrole uprzednie obligatoryjne wykazują mniej naruszeń niż kontrole doraźne. Innymi słowy: więcej nieprawidłowości wykrywanych jest w kontrolach zamówień o mniejszej wartości (kontrolach doraźnych), niż w kontrolach największych zamówień o wartości co najmniej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych (kontrolach uprzednich obligatoryjnych). Teza ta pozostaje niezmienna od kilku lat, co potwierdzają wyniki kontroli:

Rok	Odsetek kontroli, w których stwierdzono naruszenia ustawy Pzp (zarówno formalne, jak i mogące lub mające wpływ na wynik postępowania)	
	Kontrola uprzednia obligatoryjna	Kontrola doraźna
2009	36%	74%
2010	45%	100%
2011	30%	83%
2012	24%	91%
2013	42%	81,5%

Przyczyny takiej rozbieżności w wynikach obu rodzajów kontroli wynikają po pierwsze z przesłanek wszczęcia tych kontroli. Kontrola uprzednia obligatoryjna wszczynana jest wobec wszystkich postępowań, które spełniają warunki dotyczące udziału środków UE oraz wartości zamówienia (art. 169 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), niezależnie od ryzyka wykrycia w danym postępowaniu naruszenia. Natomiast kontrola doraźna wszczynana jest wyłącznie w przypadku istnienia uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu doszło do naruszenia ustawy Pzp, w dodatku zaś takiego naruszenia, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 i 4 ustawy Pzp). Tym samym kontrole doraźne wszczynane są w przypadku postępowań, co do których Prezes Urzędu dysponuje już informacjami, pozwalającymi uznać je za dotknięte wysokim ryzykiem nieprawidłowości, co następnie znajduje najczęściej potwierdzenie w wyniku kontroli.

Po drugie, zamawiający udzielający zamówienia, które współfinansowane jest ze środków UE i ma wartość co najmniej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych, z góry wiedzą, że zamówienie to zostanie obligatoryjnie objęte kontrolą uprzednią. Świadomość ta przyczynia się do zachowania większej staranności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania. Zamawiający, którzy udzielają zamówień o tak wysokiej wartości, są też najczęściej jednostkami dysponującymi doświadczoną i kompetentną w zakresie zamówień publicznych kadrą. Z kolei dla zamawiających udzielających zamówień o mniejszych wartościach, kontrola doraźna ma charakter nieprzewidywalny, ponadto jednostki te posiadają mniejsze doświadczenie w udzielaniu zamówień publicznych. Powyższe okoliczności przekładają się na wyniki prowadzonych kontroli zależnie od ich rodzaju, ale pokazują też, że do zamawiających stanowiących mniejsze jednostki organizacyjne powinna być skierowana większa oferta edukacyjna z zakresu stosowania procedur zamówień publicznych.

DZIAŁ II – Przykłady naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV.1. Naruszenia dotyczące szacowania wartości zamówienia oraz stosowania trybów niekonkurencyjnych:

IV.1.1. Przedmiot zamówienia: nadzór inwestorski nad przebudową drogi

Wartość zamówienia: łącznie 180.614,98 zł (47.047,40 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji ustalono, że zamawiający przeprowadził bez stosowania przepisów ustawy Pzp cztery postępowania na usługi nadzoru inwestorskiego dla projektu dotyczącego przebudowy drogi, w wyniku których w dniu 25 lipca 2011 r. zawarł cztery umowy, tj.:

- na nadzór inwestorski branży elektrycznej, energetycznej i teletechnicznej, umowa na kwotę 39 360,00 zł brutto (32 000,00 zł netto). Szacunkowa wartość zamówienia ustalona na podstawie Wniosku o wybór trybu udzielenia zamówienia wynosi 39 836,16 zł (tj. 10 376,70 euro). Zaprośzenie do złożenia oferty cenowej przekazano wykonawcom w dniu 6 czerwca 2011 r.
- na nadzór inwestorski branży wodno – kanalizacyjnej oraz organizacji ruchu, umowa na kwotę 44 280,00 zł brutto (36 000,00 zł netto). Szacunkowa wartość zamówienia ustalona na podstawie Wniosku o wybór trybu udzielenia zamówienia wynosi 43 155,84 zł (tj. 11 241,43 euro). Zaprośzenie do złożenia oferty cenowej przekazano wykonawcom w dniu 6 czerwca 2011 r.
- na nadzór inwestorski na obsługę geodezyjną kontrolną, umowa na kwotę 62 730,00 zł brutto (51 000,00 zł netto). Szacunkowa wartość zamówienia ustalona na podstawie Wniosku o wybór trybu udzielenia zamówienia wynosi 47 827,78 zł (tj. 12 458,40 euro). Zaprośzenie do złożenia oferty cenowej przekazano wykonawcom w dniu 6 czerwca 2011 r.
- na nadzór inwestorski branży drogowej i zagospodarowania terenu, umowa na kwotę 62 730,00 zł brutto (51 000,00 zł netto). Szacunkowa wartość zamówienia ustalona na podstawie Wniosku o wybór trybu udzielenia zamówienia wynosi 49 795,20 zł (tj. 12 970,88 euro). Zaprośzenie do złożenia oferty cenowej przekazano wykonawcom w dniu 6 czerwca 2011 r.

Wszystkie ww. usługi nadzoru miały być pełnione nad robotami budowlanymi polegającymi na przebudowie tej samej drogi. W ocenie zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia ustalona dla każdej z podpisanych umów nie przekroczyła wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, tj. 14 000 euro i w związku z tym zamawiający nie zastosował przepisów ustawy Pzp dla udzielenia zamówień na usługi nadzoru inwestorskiego, w tym m. in. nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Należy zauważyć, że szacunkowa wartość zamówienia na ww. usługi nadzoru ustalona na podstawie wniosków o wybór trybu udzielenia zamówienia na usługi nadzoru wynosiła łącznie 180 614,98 zł netto, tj. 47 047,40 euro – na podstawie kursu złotego w stosunku do euro właściwego na dzień wszczęcia przedmiotowych postępowań wynoszącego 3,839 zł (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych – Dz. U. z 2009 r. Nr 224, poz. 1796).

Mając na względzie powyższe wskazać należy, iż ustawodawca zastrzegł na etapie czynności przygotowawczych poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązek ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia (art. 32 – 35 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z przepisu tego wynika zatem obowiązek dołożenia przez zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia. Jednocześnie, w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. 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. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w ogóle albo przepisów właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, ale wartością każdej z części zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działanie zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 2 ustawy Pzp.

Należy również wskazać, iż zgodnie z art. 40 ust. 2 ustawy Pzp, w sytuacji gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tzw. „progów unijnych”), zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się kryteriami (tożsamość przedmiotowa zamówienia – przedmiot tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, tożsamość czasowa zamówienia – funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej, tożsamość podmiotowa – możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę).

W stanie faktycznym sprawy przedmiotem zawartych umów cywilnoprawnych były usługi nadzoru inwestorskiego z podziałem na cztery branże.

Zważając na zakres czynności przypisany poszczególnym inspektorom stwierdzić należy, iż okolicznością wyodrębniającą poszczególnych inspektorów nadzoru jest ich specjalność. Jednakże każdy z ww. nadzorów inwestorskich odznacza się takim samym zakresem obowiązków i dotyczy nadzoru nad tym samym zadaniem inwestycyjnym, tj. przebudowa drogi, co w konsekwencji wpływa na tożsamość przedmiotową niniejszych zamówień. Ponadto w odniesieniu do kryterium tożsamości przedmiotowej nie ulega wątpliwości, że zamówienia na usługę inspektorów nadzoru na poszczególne branże są względem siebie identyczne. Ich celem była kontrola oraz czuwanie nad prawidłowym przebiegiem ww. zadania inwestycyjnego w poszczególnych branżach nadzoru.

Ponadto, odnosząc się do aspektu tożsamości czasowej powyższych zamówień, należy wskazać, iż były one nabywane w tym samym czasie (umowy z dnia 25.07.2011 r.), w

określonej perspektywie czasowej, jednoznacznie zdeterminowanej założeniami, celami oraz czasem trwania projektu.

Zważając na tożsamy zakres czynności inspektorów nadzoru w poszczególnych branżach można stwierdzić, iż zachodzi także tożsamość podmiotowa zamówień. Zamawiający sam wskazał, że „nie ma zakazu łączenia się kilku czy też kilkunastu osób uprawnionych w celu wspólnego wykonywania tych funkcji, jak również występowania w obrocie gospodarczym podmiotów dysponującymi takimi osobami.” Na rynku funkcjonują bowiem wykonawcy zdolni do realizacji usługi nadzoru we wszystkich ww. specjalnościach jednocześnie.

Reasumując, z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, że odrębne oszacowanie zamówień na inspektorów nadzoru w ww. projekcie, a w konsekwencji udzielenie przedmiotowych zamówień bez stosowania ustawy Pzp było nieprawidłowe. 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 w Biuletynie Zamówień Publicznych, stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, w zw. z art. 40 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 15/13).

IV.1.2. Przedmiot zamówienia: modyfikacja systemu informatycznego

Wartość zamówienia: 576.000,00 zł (148.693,61 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

Podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na usługę modyfikacji działania systemu, był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Z przepisu wynika zatem, że stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na jego podstawie jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie: istnienia 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.

W związku z okolicznością, że analiza stanowiska zamawiającego wymaga posiadania wiadomości specjalnych z zakresu teleinformatyki, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego sądowego z prośbą o opinię, czy wykonawca, którego zamawiający zaprosił do negocjacji, jest istotnie jedynym zdolnym do wykonania ww. zamówienia z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Odnosząc się do kwestii możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia na usługę utrzymania i modyfikacji Systemu biegły stwierdził jednoznacznie, że nie istnieją w przedmiotowym stanie faktycznym żadne okoliczności techniczne uzasadniające konieczność udzielenia zamówienia ww. wykonawcy. Po pierwsze cecha złożoności technicznej w ocenie biegłego nie stanowi i nie może stanowić w żadnych okolicznościach uzasadnienia dla powierzenia go usługom utrzymania i modyfikacji wykonywanym przez jeden konkretny podmiot. Nie stanowi ona przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. W badanym przypadku występują luźne z technicznego punktu widzenia powiązania pomiędzy poszczególnymi elementami Systemu, umożliwiające wyodrębnienie z niego indywidualnych podsystemów mogących być utrzymywanymi oraz w razie konieczności modyfikowanymi przez niezależne podmioty. Przykładami takich niezależnych podsystemów w badanym systemie są (wbrew twierdzeniu zamawiającego oraz autora opinii wydanej na zlecenie zamawiającego): sieć VPN, system łączności telefonicznej, Data Center, Baza Wiedzy, Portal

UPP, system poczty elektronicznej, itp. Każdy z wymienionych wyżej systemów w ocenie sporządzającego opinię może być bez przeszkód natury technicznej utrzymywany, modyfikowany oraz serwisowany przez niezależne podmioty posiadające wiedzę, narzędzia oraz uprawnienia do wykonywania poszczególnych czynności.

Biegły zakwestionował także okoliczność, jakoby przesłanką o charakterze technicznym wskazującą na konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki ww. wykonawcy, było posiadanie przez tego wykonawcę szerokiego zakresu możliwości technicznych oraz kwalifikacji do wykonania przedmiotowej usługi utrzymania Systemu. W ocenie biegłego wskazać należy, że istnieją na rynku oraz istniały na daty badanych postępowań podmioty - inne niż zaproszony do realizacji zamówień - posiadające w swej ofercie wszystkie wymienione możliwości i kwalifikacje. Biegły zwrócił jednak przy tym uwagę, że: rozdzielanie poszczególnych podsystemów Systemu pozwoliłoby poszerzyć krąg potencjalnych wykonawców usługi utrzymania poszczególnych elementów systemu. Biegły uznał za niepotwierdzone jakimikolwiek badaniami rynku usług oraz innymi analizami, stwierdzenia dotyczące opłacalności świadczenia usługi utrzymania Systemu, przy czym stwierdził, że głównym czynnikiem blokującym możliwość świadczenia oczekiwanych usług przez innych wykonawców jest zawarcie w opisie utrzymywanego Systemu m. in. podsystemu łączący telefonicznych oraz numerów dostępowych (...)

Za niezasadne biegły uznał także argumenty odnoszące się do zapewnienia sieci VPN: Sieć VPN jest infrastrukturą całkowicie niezależną z technicznego punktu widzenia od jakichkolwiek innych części składowych Systemu. Jej jedynymi zadaniami są: ujednoczenie adresacji sieci (a przez to utworzenie spójnej sieci) oraz zabezpieczenie przesyłanych danych przed nieuprawnionym dostępem. Sieć VPN może być wykonana w różnych technologiach zarówno sprzętowych jak i programowych. W badanym systemie oparta ona została na urządzeniach Cisco. Wyłączenie tego podsystemu z Systemu po nieznacznej rekonfiguracji innych elementów systemu nie spowodowałoby zmian w sposobie użytkowania całego systemu oraz zmian w jego funkcjonowaniu. Nie znajduje uzasadnienia w rzeczywistości również stwierdzenie, jakoby tylko podmiot zaproszony do realizacji usługi był w stanie realizować usługę utrzymania tego podsystemu. Sieci VPN są i były na datę badanych postępowań realizowane przez wiele innych podmiotów przy spełnieniu wszystkich oczekiwanych przez Zamawiającego parametrów VPN.

Uwzględniając powyższą opinię biegłego, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały wykazane przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższej konkluzji w zakresie niezasadności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, należy zauważyć, że zamawiający nie wykazał także, że uzasadnione było zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

Wedle art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie może być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Za odrębne regulacje w zakresie ochrony praw wyłącznych należy uznać w szczególności ustawę z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, ze zm.) oraz ustawę z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117, ze zm.). Tym samym, stwierdzić należy, że przesłanka wskazana w ww. regulacji, tj. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp występuje wówczas, kiedy przedmiot zamówienia ingeruje w ww. prawa wyłączne. A zatem przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, które uzasadniają udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny.

Analizując stan faktyczny i prawny niniejszej sprawy, zwrócić należy uwagę, że zamawiający (co sam przyznaje) dysponuje pełnymi prawami autorskimi i autorskimi prawami zależnymi do całości oprogramowania konstytuującego System. Powyższe potwierdzają liczne zapisy umowy na budowę Systemu z 2007 r. wskazujące na swobodne dysponowanie wiedzą, narzędziami oraz uprawnieniami do wszystkich wymienionych wyżej czynności. Nie istnieją żadne przeszkody prawne uniemożliwiające zamawiającemu zarówno przekazanie innym wykonawcom dokumentacji Systemu, jak też bezpośrednio wykonywanie usług modyfikacji i utrzymania. Powyższe potwierdza także biegły sądowy, który ocenił, że istniejące zapisy gwarantują Zamawiającemu swobodne dysponowanie wiedzą, narzędziami oraz uprawnieniami do wszystkich części dedykowanego oprogramowania, a ponadto do dokumentacji projektowej i powykonawczej, praw wyłącznych, numerów dostępowych itp. Nie znaleziono w materiale obostrzeń dotyczących możliwości swobodnego dysponowania licencjami związanymi z wykorzystywanym oprogramowaniem narzędziowym. Należy zatem stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały wykazane także przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

Reasumując, okoliczności faktyczne niniejszej sprawy wskazują, że ww. wykonawca nie jest jedynym podmiotem zdolnym do zrealizowania przedmiotu zamówienia zarówno z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jak też z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych. Powyższe oznacza, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki zarówno na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a), jak i lit. b) ustawy Pzp. Powyższe oznacza z kolei, że bezpodstawne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki naruszyło zasady naczelne zamówień publicznych wyrażone w treści art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i prymatu trybów przetargowych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 66/13).

IV.1.3. Przedmiot zamówienia: pełnienie funkcji inżyniera kontraktu

Wartość zamówienia: łącznie 222.573,77 zł (57.977,02 euro)

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego

Podstawą wszczęcia obu postępowań o udzielenie zamówień publicznych w trybie zamówienia z wolnej ręki na: „Pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu dla zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja gospodarki cieplnej” oraz „Świadczenie przez Inżyniera kontraktu usług polegających na zarządzaniu projektem: Zabezpieczenie energetyczne i ciepłe”, będących przedmiotem niniejszej kontroli, był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zamawiający argumentując zasadność udzielenia obu zamówień w trybie z wolnej ręki zwrócił uwagę, że przesłanki udzielenia zamówień w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp wynikały ze szczególnego charakteru każdego z zamówień, specyficznych cech i złożoności zamówień ze względu na ich długotrwały charakter, wielość i zróżnicowanie źródeł finansowania, dysponowanie szczegółową i unikatową bazą danych przez wykonawcę, wiedzą i doświadczeniem w realizowaniu wszystkich elementów składowych projektu, co powodowało, że mogły być one zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę. Podstawą do udzielenia zamówień w tym trybie była zatem ich współzależność z innymi podobnymi zamówieniami udzielonymi w ciągu ostatnich lat temu samemu wykonawcy.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Z przepisu wynika zatem, że stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na jego podstawie jest uzależnione

od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: istnienia 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.

Analizując argumentację zamawiającego należy stwierdzić, że po pierwsze, brak jest przywołania przez zamawiającego (tak w wyjaśnieniach, jak i ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia) przesłanek o charakterze technicznym uzasadniających udzielenie zamówień z wolnej ręki. Argumentacja zamawiającego o konieczności udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy, na skutek: niemożności prowadzenia usług nadzoru przez różnych wykonawców w zakresie zbliżonych, nakładających się na siebie projektów z uwagi na istotne trudności w zakresie przyszłego rozliczenia kilku podobnych projektów, zbieżności poszczególnych zamówień rozmieszczonych w różnych projektach, trudności w zakresie oceny spełnienia wskaźników realizacji projektów, czy problemów księgowo – budżetowych nie stanowi *per se* przesłanki o charakterze technicznym, a jedynie finansowo – organizacyjnym. Z kolei kwestie finansowo – organizacyjne nie stanowią przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Po drugie, konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie może, co do zasady, wynikać z wcześniej zawartych umów przez zamawiającego, tym bardziej jeśli wcześniejsze umowy na usługi były zawierane bez stosowania ustawy lub w oparciu o tryb niekonkurencyjny. Okoliczność zawarcia umów, na podstawie których zamawiający korzystał już z usług danego wykonawcy w danym zakresie przedmiotowym nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na usługę tożsamą. Fakt zatem, że wybrany wykonawca jest autorem opracowań dotyczących założeń technicznych, zakresu rzeczowego, sposobu finansowania, efektu ekologicznego i rozliczenia poszczególnych elementów projektu nie oznacza, że jest jedynym, który może pełnić na ww. inwestycjach funkcję inżyniera kontraktu, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Ponadto, zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch), dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączone.

Niewątpliwie na rynku istnieją inni wykonawcy, zajmujący się szeroko rozumianym zarządzaniem i rozliczaniem projektów, w tym także współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Oznacza to, że ww. wykonawca nie jest jedynym zdolnym do realizacji ww. zamówień. Ponadto nie istnieją przyczyny o charakterze technicznym, które wykluczają możliwość realizacji tych zamówień przez innych wykonawców.

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. Tym samym zamawiający naruszył ww. przepis oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

W niniejszej sprawie, zamawiający dodatkowo podpisał z wykonawcą aneks do umowy zawartej w trybie z wolnej ręki, zgodnie z którym rozszerzono przedmiot zamówienia. Ponadto zwiększono wynagrodzenie wykonawcy z kwoty 190.800,00 PLN brutto na kwotę 281.670,00 PLN brutto.

Tryb zamówienia z wolnej ręki charakteryzuje się koniecznością przeprowadzenia przez zamawiającego negocjacji z jednym wykonawcą (art. 66 Pzp), którego zaprasza przekazując informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy (art. 68 ust. 1 Pzp). Należy zatem podkreślić, iż w trybie z wolnej ręki umowa o zamówienie publiczne jest zawierana nie w następstwie wyboru (przyjęcia) oferty przez zamawiającego, lecz w następstwie negocjacji zakończonych kompromisem, tj. porozumieniem odnośnie treści planowanej do zawarcia umowy. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, który zasadniczo reguluje problematykę zmian umowy o zamówienie publiczne, nie znajduje odpowiedniego zastosowania w odniesieniu do możliwości zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, ale też nie może stanowić zakazu dopuszczalności takiej zmiany. Należy zatem stwierdzić, iż w odniesieniu do umów zawartych w następstwie postępowania prowadzonego trybie z wolnej ręki, możliwość ich zmiany każdorazowo należy oceniać z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający w aneksie do umowy rozszerzył przedmiot zamówienia o kwestie dotyczące: a) opracowania materiałów, analiz i opinii finansowych oraz technicznych związanych z merytoryczną obsługą projektu, oraz b) koordynacji współfinansowania inwestycji ze źródeł zewnętrznych, w tym rozliczanie i nadzór nad realizacją umów na dofinansowanie projektu ze źródeł zewnętrznych, w tym z WFOŚiGW. Uwzględniając okoliczność, że powyższe elementy były nieobjęte przedmiotem zamówienia pierwotnego ustalonym w toku negocjacji, stwierdzić należy, że czynność podpisania przez zamawiającego aneksu do umowy nie miała charakteru „modyfikacji” zamówienia, ale była udzieleniem nowego zamówienia o wartości około 90.000 PLN brutto. Do udzielenia tego zamówienia (o wartości przekraczającej 14.000 euro) zastosowanie miały zatem przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranymi zgodnie z przepisami ustawy. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie udzielił ww. zamówienia w żadnym z podstawowych trybów przewidzianych w ustawie Pzp, ponadto nie zachodziła żadna z przesłanek udzielenia tego zamówienia w trybie z wolnej ręki. W szczególności nie zachodziła przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, ponieważ zamówienie nie posiada żadnych cech technicznych, które uniemożliwiłyby jego udzielenie innemu wykonawcy i wykonawca ten nie jest jedynym na rynku zdolnym do jego wykonania. W przypadku nieziszczenia się ustawowych przesłanek dopuszczających możliwość zastosowania trybów niekonkurencyjnych art. 10 ustawy Pzp wskazuje na konieczność przeprowadzenia postępowania w trybie przetargowym. W związku z powyższym należy uznać, że ww. aneksem zamawiający, z pominięciem zasad konkurencji, udzielił wykonawcy kolejnego zamówienia na pełnienie usługi Inżyniera kontraktu o wartości ok. 90.000 PLN brutto, z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 70/13).

IV.1.4. Przedmiot zamówienia: przeprowadzenie usług edukacyjnych w zakresie realizacji studiów podyplomowych

Wartość zamówienia: 745.630,00 zł (185.498,56 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, zamawiający zamierzając udzielić zamówienia publicznego na realizację zadania pn. *Zorganizowanie i przeprowadzenie*

usług edukacyjnych w zakresie realizacji studiów podyplomowych pierwotnie wybrał tryb przetargu nieograniczonego. Postępowanie w celu udzielenia powyższego zamówienia było wszczynane w powyższym trybie dwukrotnie (dnia 06.03.2012 r. oraz dnia 19.03.2012 r.). Zamawiający w obydwu przypadkach nie zdołał wyłonić wykonawcy. Trzecie w kolejności postępowanie zamawiający przeprowadził w trybie z wolnej ręki powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W dniu 24.04.2012 r. zamawiający zaprosił do negocjacji wykonawcę E. Negocjacje przeprowadzono 10.05.2012 r. oraz 09.07.2012 r. W efekcie prowadzonych negocjacji w dniu 11.07.2012 r. doszło do zawarcia umowy.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia 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.

Mając powyższe na względzie, po pierwsze podkreślenia wymaga fakt, iż przedstawione przez zamawiającego wyjaśnienia nie dają podstaw do uznania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z zaistnieniem sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć. Okoliczności nieprzewidywalne to m. in. zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego takie jak klęski żywiołowe (powódzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. W literaturze przedmiotu do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Nie można również uznać za nieprzewidywalne działania lub zaniechania organów publicznych, w przypadku, gdy realizacja danego zamówienia uzależniona jest od spełnienia pewnych dodatkowych obowiązków. Unieważnienie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie jest wyjątkową i nieprzewidywalną sytuacją, bo wynika wprost z obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Również konieczność spełnienia wymogów w zakresie ubiegania się o dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej nie stanowi takiej sytuacji, tym bardziej, że zamawiający wiedział o planowanym konkursie na dofinansowanie w Wojewódzkim Urzędzie Pracy. Zatem już co najmniej od grudnia 2011 r. wiedział o konieczności wszczęcia postępowania w celu wyłonienia wykonawcy zamówienia.

Jednocześnie, należy zwrócić uwagę na cel trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jest nim potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. 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. Przeprowadzenie studiów podyplomowych nie jest usługą niezbędną do ochrony ww. wartości, a w konsekwencji – nie uzasadnia zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z całkowitym wyłączeniem konkurencji.

Ponadto w niniejszej sprawie nie można uznać, że zachodziła konieczność natychmiastowej realizacji zamówienia, skoro umowę zawarto na okres 11.07.2012 – 02.12.2013 r. i negocjowano warunki umowy przez 2,5 miesiąca od dnia zaproszenia do negocjacji. Na marginesie – biorąc pod uwagę termin zawarcia umowy (11.07.2012 r.), nie można także przyjąć wyjaśnień zamawiającego, że potrzebne były do końca 2013 r. 4 półrocza na realizację zamówienia.

Ponadto 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). Art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, czyli pilnej potrzeby zawarcia umowy z wykonawcą (przepis ten nie odnosi się do czasu trwania realizacji zamówienia), natomiast art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia, czyli jego realizacji niemal „z dnia na dzień”. Zawarcie umowy na ponad rok i 4 miesiące oznacza, że od początku nie było mowy o natychmiastowej realizacji zamówienia.

Niezależnie od powyższego, zamawiający w dniu 3 kwietnia 2012 r. unieważniając drugie z postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, w dniu 24 kwietnia (a więc po 21 dniach od unieważnienia) wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy wysyłając do wykonawcy zaproszenie do negocjacji. Negocjacje odbyły się w dniu 10 maja 2012 r. Kolejne negocjacje odbyły się w dniu 9 lipca 2012 r. W efekcie prowadzonych negocjacji w dniu 11.07.2012 r. doszło do zawarcia umowy. Od momentu unieważnienia postępowania do momentu zawarcia umowy minęło przeszło 3 miesiące. Biorąc pod uwagę fakt, że zamówienie jest o wartości poniżej progów unijnych i nie ma potrzeby stosować terminów, jak dla postępowań o wyższych wartościach, tym bardziej, że jest to usługa o charakterze niepriorytetowym (art. 5 ust. 1 ustawy Pzp) – zamawiający mógł co najmniej kilkakrotnie wszcząć postępowanie w trybach konkurencyjnych.

Ponadto należy zauważyć, że z danych zawartych w Sprawozdaniach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2010 i 2011 roku wynika, że przeciętny czas trwania postępowania na usługi o wartości nie przekraczającej progów UE, liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy wskazanej w ogłoszeniu o udzieleniu odpowiednio trwał 30 i 28 dni. Powyższe potwierdza także faktyczny czas trwania drugiego postępowania prowadzonego przez zamawiającego pierwotnie w trybie przetargu nieograniczonego: 16 dni (19.03.2012 r. – 03.04.2012 r.) Powyższe oznacza, iż gdyby zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na przedmiotowe usługi w dniu 4 kwietnia 2012 r. (tj. bezpośrednio po unieważnieniu drugiego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego), umowę w sprawie zamówienia mógłby podpisać już pod koniec tego miesiąca lub na początku maja (a zatem 2 miesiące wcześniej niż miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu – 11.07.2012 r.).

W związku z czym w przedmiotowej sprawie nie została także spełniona przesłanka niemożności dochowania terminów właściwych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Biorąc pod uwagę fakt, iż możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp występuje wyłącznie w przypadku spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Tym samym zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 28/13).

IV.1.5. Przedmiot zamówienia: roboty w ramach poprawy układu komunikacyjnego

Wartość zamówienia: 408.573,22 zł (106.426,99 euro)

Projekt Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego

Przedmiotem zamówienia były roboty dodatkowe przy realizacji inwestycji „Poprawa układu komunikacyjnego miasta”. Umowa o udzielenie zamówienia podstawowego została zawarta w dniu 12.05.2010 r., a termin zakończenia robót budowlanych ustalono na dzień 30.06.2011 r. Aneks nr 6/2011 z dnia 28.06.2011 r. termin zakończenia robót budowlanych zmieniono na dzień 15.09.2011 r. Umowa nr 7b/2011 o udzielenie kontrolowanego zamówienia dodatkowego została zawarta z ww. wykonawcą w dniu 16.11.2011 r. Termin rozpoczęcia robót ustalono na dzień 16.11.2011 r., a zakończenia - na dzień 19.12.2011 r.

Przedmiot kontrolowanego zamówienia obejmował:

- wykonanie dodatkowych miejsc parkingowych (wartość 69 556,99 zł brutto), zgodnie z wystąpieniem kierownika budowy nr 5/2011 z dnia 10.10.2011 r. (uzasadnienie: *„wykonanie dodatkowych miejsc postojowych na ulicy Wyszyńskiego oraz zmiany rodzaju nawierzchni na kostkę betonową na parkingu przy ulicy Jana Pawła II podyktowane jest lepszym wykorzystaniem terenu oraz zwiększeniem trwałości ww. parkingów”*);
- przełożenie kostki kamiennej na betonową i skrócenie wyspy rozdzielczej na przejściach dla pieszych (wartość: 71 694,00 zł brutto), zgodnie z wystąpieniem kierownika budowy nr 6/2011 z dnia 12.10.2011 r. (uzasadnienie: *„prace wynikają z konieczności dostosowania przebiegu ciągów pieszych w obrębie przebudowywanych skrzyżowań oraz poprawy płynności ruchu samochodowego w obrębie skrzyżowania ulic Wyszyńskiego, Lipowej i Jana Pawła II”*);
- tarasy komunikacyjne oraz wzmocnienie i odnowa mostu (wartość: 337 634,45 zł brutto), zgodnie z wystąpieniem kierownika budowy nr 7/2011 z dnia 20.10.2011 r. (uzasadnienie: *„poprawa zagospodarowania skarp i ciągów pieszych położonych na tych skarpach przy ulicy Wyszyńskiego oraz wzmocnienie i odnowa mostu na rzece Nizicy ciągu ulicy Jana Pawła II”*);
- oznakowanie pionowe i poziome (wartość: 23 659,62 zł brutto), zgodnie z wystąpieniem kierownika budowy nr 8/2011 z dnia 20.10.2011 r. (uzasadnienie: *„oznakowanie poziome i pionowe wykonanych dodatkowo lewoskrętów”*).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Z analizy dokumentacji zgromadzonej w toku niniejszego postępowania wynika, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp. W szczególności ustalony powyżej stan faktyczny nie wskazuje, że wykonanie robót dodatkowych było:

1. ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, a tym samym wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego – możliwe było bowiem wykonanie zamówienia podstawowego bez wykonania zamówienia dodatkowego. Na powyższe wskazują daty realizacji zamówienia podstawowego i dodatkowego – termin realizacji zamówienia podstawowego został wyznaczony na dzień 15.09.2011 r., natomiast realizacja zamówienia dodatkowego rozpoczęła się w dniu 16.11.2011 r.
2. niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego – zamówienie dodatkowe służyło rozszerzeniu jego zakresu o dodatkowe elementy, bez których zamówienie podstawowe

może funkcjonować, tj. o dodatkowe miejsca parkingowe i dodatkowe pasy do lewoskrętu, na których wykonano oznakowanie (pkt 1 i 4). Świadczy o tym także uzasadnienie wykonania robót dodatkowych, w którym mowa jest o „lepszym wykorzystaniu terenu oraz zwiększeniu trwałości parkingów” oraz o „poprawie zagospodarowania skarp”. Uzasadnienie takie wskazuje na udzielenie robót dodatkowych w celu polepszenia funkcjonalności inwestycji, nie zaś w celu ich wykonania w zakresie niezbędnym dla zamówienia podstawowego. Również w udzielonych wyjaśnieniach zamawiający nie udowodnił w żaden sposób, że elementy te były niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego;

3. konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia - zamawiający przygotowując dokumentację dotyczącą zamówienia podstawowego powinien był uwzględnić stan skarp i mostu (pkt 3), zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że w okresie od 1999 r. nie był wykonywany żaden remont mostu. W udzielonych wyjaśnieniach zamawiający nie uzasadnił także przesłanki nieprzewidywalności przełożenia kostki kamiennej na betonową i skrócenia wyspy rozdzielczej (pkt 2). W odniesieniu do wykonania dodatkowych miejsc postojowych również nie można mówić o nieprzewidywalności ich wykonania, ponieważ stan natężenia ruchu w danej okolicy i związane z nim potrzeby mieszkańców dotyczące miejsc parkingowych powinny być zamawiającemu znane przed udzieleniem zamówienia podstawowego.

Reasumując należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający naruszył ww. przepis oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.2. Naruszenia dotyczące oceny ofert.

IV.2.1. Przedmiot zamówienia: przygotowanie i realizacja kursu doskonalącego dla opiekunów medycznych w zakresie opieki geriatrycznej

Wartość całego projektu: 56.765.586,45 zł (14.122.197,84 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polegający na wykazaniu się wykonaniem minimum 2 usług polegających na prowadzeniu kształcenia dla kadr medycznych w grupach, co najmniej 20-osobowych, w okresie ostatnich trzech lat. Opis powyższego warunku został zawarty w opisie żądanego dokumentu, w którym wskazano, że na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku doświadczenia należy przedłożyć *wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług (minimum 2 usługi) polegających na prowadzeniu kształcenia dla kadr medycznych w grupach, co najmniej 20-osobowych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wzór wykazu usług stanowi załącznik nr 5 do oferty.* Jednocześnie należy zauważyć, że opis warunku nie odnosił się do wartości usług. Również załącznik nr 5 dotyczący wykazu usług nie zawierał kolumny, w której nakazane było wskazać wartość usług.

Pismami z dnia 28.05.2013 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się m.in. do 7 wykonawców z żądaniem uzupełnienia załączonych do ofert wykazów wykonanych usług o informację na temat ich wartości. Następnie zamawiający wykluczył na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp 2 wykonawców z uwagi na nieprzekazanie w terminie uzupełnienia wykazu usług o wartość tych usług.

Zamawiający – zgodnie z ustawą Pzp – opisuje warunki udziału w postępowaniu, w granicach proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz w zakresie, który uzna za niezbędny do zapewnienia rzetelnego wykonania zamówienia przez wykonawcę. W przedmiotowym stanie faktycznym warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dotyczył wyłącznie: liczby wymaganych usług (2 usługi), zakresu przedmiotowego usług (kształcenie dla kadr medycznych) oraz liczby przeszkolonych osób (co najmniej 20 w ramach każdej usługi).

Powyższe oznacza, że niedopuszczalne było wezwanie wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie wykazu usług o informację na temat ich wartości. Zgodnie bowiem z treścią 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 (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Powyższe wezwanie może dotyczyć zatem jedynie dokumentów, o jakich mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, czyli dokumentów żądanych w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz, a jak zostało wykazane powyżej informacja o wartościach ww. usług była tym elementem wykazu, który nie odnosił się do potwierdzenia spełniania warunków. Tym samym wzywanie wykonawców o uzupełnienie dokumentów w ww. zakresie naruszyło treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie implikowało kolejne, jakim było bezpodstawne wykluczenie w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawców z uwagi na nieprzekazanie w terminie uzupełnienia wykazu usług o wartość tych usług. W myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z przepisu wynika, że wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunku. Nie jest natomiast dopuszczalne wykluczenie wykonawcy, który nie przedstawił informacji, które nie były wymagane w opisie warunku. W konsekwencji brak ww. informacji w wykazie usług złożonych przez wykonawców pozostaje bez wpływu na ocenę w przedmiocie spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem w zakresie wartości usług warunku nie opisano. Wykluczenie wykonawców, którzy spełnili opisany przez zamawiającego warunek narusza treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W wyniku przeprowadzenia kontroli uprzedniej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uchylenie decyzji o wykluczeniu jednego z ww. wykonawców (drugi podlegał wykluczeniu ze względu na niespełnienie innego warunku) i ponowny wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty przywróconej do postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli i wykonał zalecenie pokontrolne.

IV.2.2. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi wojewódzkiej

Wartość zamówienia: 42.161.654,87 zł (10.489.017,53 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej

Pismem z dnia 25.01.2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo B., w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp m. in. o wyjaśnienia, czy uprawnienia posiadane przez panią Janinę M. są uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył nowy załącznik H, tj. oświadczenie o posiadaniu uprawnień przez osoby wskazane w wykazie osób. Wzór załącznika przewidywał

wpisanie informacji na temat m.in. kierownika branży elektroenergetycznej, kierownika robót branży drogowej, kierownika robót branży konstrukcyjno – budowlanej. W ww. oświadczeniu wykonawca wskazał zamiast Janiny M. osobę pana Mariusza K. Jednocześnie, w uzupełnionym wykazie wykonawca nie wskazał nazwisk osób zdolnych do pełnienia funkcji kierownika robót branży drogowej i kierownika robót branży konstrukcyjno – budowlanej.

Pismem z dnia 13.02.2013 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy Przedsiębiorstwo B. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający wskazał, że na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia w zakresie uprawnień pani Janiny M. wykonawca ten złożył nowy załącznik H, w którym wskazał zamiast ww. osoby pana Mariusza K. „W w/w. nowo złożonym Załączniku H (...) Wykonawca nie wskazał nazwisk osób zdolnych do pełnienia funkcji kierownika robót branży drogowej i kierownika robót branży konstrukcyjno – budowlanej. Ponadto brak jest kompletnych informacji dot. uprawnień ww. osób (...) uzupełnienie dokumentów bez wezwania Zamawiającego, obciąża ryzykiem Wykonawcę, który nie może być ponownie wezwany do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów (...) W związku z tym, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, zdecydował się na uzupełnienie oświadczeń, podlegały one ocenie, chociaż formalnie procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy nie została przez zamawiającego wszczęta. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający stwierdza, iż Wykonawca nie potwierdził w złożonych oświadczeniach spełniania warunku udziału określonego w SIWZ polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.”

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z załącznika H, tj. „Oświadczenia o posiadaniu wymaganych uprawnień” dołączonego przez wykonawcę do oferty wynika, że spełnił on warunek opisany w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz w zakresie dysponowania kierownikiem robót branży drogowej i kierownikiem robót branży konstrukcyjno – budowlanej. Z kolei z Załącznika H uzupełnionego przez wykonawcę wynika, iż spełniał on warunek dysponowania kierownikiem branży elektroenergetycznej (panem Mariuszem K.). Nawet w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do spełniania wymagań odnośnie kierowników robót branży drogowej i robót branży konstrukcyjno – budowlanej, zamawiający miałby obowiązek zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w tym zakresie wykonawca nie był wzywany o uzupełnienie dokumentów, ani też ich nie uzupełniał.

Wynikiem tak poczynionej oceny, stało się błędne stanowisko zamawiającego odnośnie braku spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ww. wykonawcę. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca Przedsiębiorstwo B. w załączniku H załączonym do oferty wykazał spełnianie warunków w zakresie dysponowania kierownikiem robót branży drogowej i kierownikiem robót branży konstrukcyjno – budowlanej. Tym samym wykonawca nie miał obowiązku uzupełniać załącznika H w zakresie dysponowania ww. kierownikami i fakt, że to uczynił przedstawiając w tym zakresie niepełne dane, nie miał w tej sytuacji znaczenia dla oceny spełniania warunku kadrowego przez tego wykonawcę. Innymi słowy: z załącznika H dołączonego do oferty wynikało, że wykonawca spełnił warunek w zakresie dysponowania ww. kierownikami, a zatem nie zachodziła przesłanka wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, niezależnie od (zbędnych) kolejnych czynności wykonanych w tym zakresie przez tegoż wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe podnieść należy, iż wykluczając z udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawcę Przedsiębiorstwo B. zamawiający naruszył dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż łącznie z dokumentu załączonego do oferty i uzupełnionego wynika, że spełniał on opisany warunek. Zważywszy jednak na fakt, iż niniejsza oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, nie było konieczności wydawania zaleceń pokontrolnych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 32/13).

IV.2.3.Przedmiot zamówienia: rewitalizacja zabytkowego parku miejskiego

Wartość całego projektu: 19.879.335,00 zł (4.950.078,37 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego

W przedmiotowym postępowaniu w zakresie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali m.in., że wykonali należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 dokumentacje projektowe rewaloryzacji zabytkowych parków o powierzchni min. 15 ha każdy.

Analiza ofert złożonych w postępowaniu (oraz uzupełnień) wykazała, że wykonawca TB w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu przedłożył wykaz wykonanych usług, w którym wyszczególniono n.w. usługi:

- projekt rewaloryzacji i adaptacji zabytkowego parku Zespołu Sanatoryjnego w R. o powierzchni 20 ha. Robota obejmowała w swym zakresie wykonanie dokumentacji projektowej rewaloryzacji zabytkowego parku o powierzchni 15 ha;
- projekt rewaloryzacji i adaptacji Zespołu Pałacowo – Parkowego w M. o powierzchni ponad 21 ha. Robota obejmowała w swym zakresie wykonanie dokumentacji projektowej rewaloryzacji zabytkowego parku o powierzchni powyżej 15 ha;
- projekt rewaloryzacji zabytkowego Parku Planty w B. o powierzchni około 15 ha. Projekt był realizowany w okresie 20.10.2006 - 30.04.2007.
- Park Solankowy w J. Wykonawcą dokumentacji był podmiot trzeci - Pracownia Wanda D.– pozycja przedstawiona przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp,
- Parki Uzdrawiskowe w G. – pozycja przedstawiona przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- Zabytkowy Park w O. – Wykonawcą dokumentacji był podmiot trzeci - Pracownia Wanda D.– pozycja przedstawiona przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W toku badania i oceny ofert zamawiający zwrócił się do instytucji wystawiających referencje z prośbą o udzielenie informacji, w jakim okresie były wykonane usługi oraz jaki był zakres wykonanych prac.

W odpowiedzi na powyższe Dyrektor z R. udzieliła wyjaśnień, iż Biuro A. (podmiot trzeci, na którego zasoby powoływał się wykonawca) wykonało projekt rewaloryzacji i adaptacji zabytkowego parku w R., który obejmował powierzchnię 6,47 ha.

Z pisma Dyrektora z M. wynika, że Biuro A. opracowało projekt rewaloryzacji i adaptacji Zespołu Pałacowo – Parkowego w M., który obejmował powierzchnię 21,3289 ha, a wykonany był w 2007 roku.

Ponadto wykazana w wykazie usług rewaloryzacja zabytkowego Parku Planty w B. opracowana przez Pracownię Wandę D. nie spełnia wymogów zamawiającego ze względu na powierzchnię 14,90 ha i termin opracowania 20.10.2006 r. - 30.04.2007 r.

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał wykonawcę TB do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. W odpowiedzi na wezwanie TB udzielił wyjaśnień oraz przedłożył nowe referencje i nowy wykaz usług. W dniu 23.07.2012 r. zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą złożoną przez wykonawcę TB.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do inwestorów wystawiających referencje z prośbą o udzielenie informacji, w jakim okresie były wykonane usługi oraz jaki był zakres wykonanych prac.

W odpowiedzi na powyższe Zastępca Prezydenta Miasta J. udzielił wyjaśnień, iż projekt ogrodów zapachowych w Parku Solankowym wykonany przez Pracownię Wanda D. ma powierzchnię 3,5 ha. Wyjaśnienie nie potwierdza zatem spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę TB, ponieważ zamawiający w SIWZ wymagał, aby dokumentacja projektowa rewaloryzacji zabytkowych parków miała powierzchnię min. 15 ha.

Prezydent Miasta G. poinformował, że dokumentacja projektowa rewaloryzacji/rewitalizacji parków uzdrowiskowych opracowana była od dnia 22.08.2008 r. do dnia 14.05.2009 r. (data podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego), a powierzchnia opracowanej dokumentacji wynosi łącznie 32 h. W związku z tym wykonawca TB wykazał usługę starszą niż 3 lata wstecz licząc od daty upływu terminu składania ofert (tj. przed dniem 26 czerwca 2009 r.) i nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na pismo skierowane do Dyrektora Muzeum w O. udzielono wyjaśnień, że usługa – projekt rewaloryzacji zabytkowego Parku w O. wykonanego przez Pracownię Wanda D. obejmował powierzchnię 22 ha, a prace związane z opracowaniem przedmiotowej dokumentacji zakończyły się dnia 16.02.2011 r. (protokół odbioru). W związku z tym wykonawca TB właściwie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z analizy dokumentacji postępowania, jak i wyjaśnień uzyskanych na etapie postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż tylko jedna pozycja - Zabytkowy Park w O. potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę TB. Natomiast w opisie warunku zamawiający wymagał wykazania 3 takich usług. W związku z tym zaniechanie powyższego obowiązku, tj. niewykluczenie wykonawcy – TB stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykonawca TB w wykazie usług złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie powierzchni rewaloryzacji i adaptacji zabytkowego parku Zespołu Sanatoryjnego w R. – 6,47 ha (w ofercie powierzchnia powyżej 15 ha) oraz w zakresie okresu, w którym wykonał koncepcję rewaloryzacji i adaptacji parku zabytkowego w M. Uzupełniony na wezwanie zamawiającego wykaz usług także zawierał informację, która nie znalazła potwierdzenia w stanie faktycznym – termin wykonania usługi Koncepcji rewaloryzacji parków uzdrowiskowych w G., zgodnie z wykazem to 11.2008 – 07.07.2009 r., natomiast z wyjaśnień otrzymanych od wystawcy referencji wynika, iż projekt opracowano od dnia 22.08.2008 r. do dnia 14.05.2009 r. (data podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego). W odniesieniu do Projektu rewaloryzacji zabytkowego Parku Solankowego w J. z uzyskanych wyjaśnień wynika, iż projekt ogrodów zapachowych w Parku Solankowym ma powierzchnię 3,5 ha. Przedmiotowe informacje miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ służyły wykonawcy do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, czego następstwem było uznanie oferty wykonawcy TB za najkorzystniejszą.

Jak wynika z dokumentacji, zamawiający nie wykluczył wykonawcy TB z postępowania, lecz dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz zawarł z nim umowę sprawie przedmiotowego zamówienia. Tym samym udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego nastąpiło z naruszeniem także przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 108/13).

IV.2.4. Przedmiot zamówienia: budowa budynku rekreacji indywidualnej

Wartość zamówienia: 114.284,98 zł (28.431,93 euro)

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Zamawiający poinformował wykonawców m.in. o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty złożonej przez M. (oferta z najniższą ceną, przy czym jedynym kryterium oceny ofert była cena – waga: 100%) w uzasadnieniu wskazując, iż „*przedmiotowa oferta nie spełniała wymogów formalnych, oferta nie zawiera strony nr 2 formularza ofertowego. Brak całościowo wypełnionego formularza ofertowego nie pozwala na ustalenie przez zamawiającego takich informacji jak: termin wykonania zamówienia, okres gwarancji, warunki płatności. Oferta nie zawiera również podpisu osoby uprawnionej do reprezentowania podmiotu w postępowaniu o udzielenie zamówienia*”.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż w pkt IV siwz zamawiający zapisał:

- „*Wymagany termin realizacji zamówienia: do dnia 28 czerwca 2013 r.;*
- *Czas trwania rękojmi i gwarancji: 3 lata od daty końcowego odbioru robót;*
- *Termin płatności: 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury przez zamawiającego;*
- *Warunki płatności: zgodnie z projektem umowy*”.

Ponadto, z załącznika nr 5 do siwz – „projekt umowy” wynika, że powyższe informacje wskazano także odpowiednio w § 2, § 8 oraz § 5 projektu. Jednocześnie należy zauważyć, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz „formularz ofertowy” – składającym się z dwóch stron, zamawiający na str. 1 wymagał, aby wykonawcy złożyli oświadczenie o treści: „*zapoznaliśmy się ze siwz, przedmiotem robót, dokumentacją projektową oraz terenem, gdzie mają być prowadzone roboty objęte przedmiotem zamówienia i nie wnosimy żadnych zastrzeżeń oraz uzyskaliśmy informacje niezbędne do przygotowania ofert*”.

Z analizy oferty wykonawcy M. wynika, że „formularz ofertowy” zawierał tylko pierwszą stronę, która została podpisana nieczytelnym podpisem (parafą), przy którym nie przybito pieczętki. Wykonawca nie załączył drugiej strony „formularza ofertowego”, gdzie powinny zostać wpisane m.in. następujące dane: termin wykonania zamówienia, okres rękojmi i gwarancji oraz warunki płatności.

Ponadto, do oferty ww. wykonawca załączył podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentowania M. - Prezesa Zarządu Remigiusza X. „projekt umowy” o treści identycznej jak załącznik nr 5 do siwz, z którego wynika m. in., że:

- w § 2 wykonawca zobowiązał się do wykonania umowy do dnia 28 czerwca 2013 r.;
- w § 5 zostały określone warunki płatności;
- w § 8 został wskazany okres, na jaki wykonawca udzieli gwarancji i rękojmi – 3 lata od daty podpisania przez zamawiającego i wykonawcę protokołu odbioru końcowego.

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny, w odniesieniu do uzasadnienia odrzucenia ww. oferty ze względu na brak drugiej strony, a tym samym niemożność ustalenia przez zamawiającego terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności należy wskazać na przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp przedstawiający katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji, obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt 2 wskazana została okoliczność, kiedy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią siwz, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada siwz pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom.

W świetle powyższego należy wskazać, że brak drugiej strony „formularza ofertowego” gdzie powinny zostać wpisane m.in.: termin wykonania zamówienia, okres rękojmi i gwarancji oraz warunki płatności, przy jednoczesnym oświadczeniu o braku zastrzeżeń do siwz, a przede wszystkim wskazaniu żądanych informacji (zgodnych z wymogami siwz) w załączonym do oferty ww. wykonawcy „projekcie umowy”, oznacza iż wykonawca nie zaoferował świadczenia nie odpowiadającego wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Tym samym, nie zachodziła podstawa do odrzucenia przedmiotowej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z przytoczonych powyżej przyczyn.

Odnosząc się z kolei do uzasadnienia, iż *„oferta nie zawiera również podpisu osoby uprawnionej do reprezentowania podmiotu w postępowaniu o udzielenie zamówienia”* należy wskazać, co następuje.

Oferty wykonawcy M. zawiera tylko pierwszą stronę, która została pod tekstem podpisana nieczytelnym podpisem (parafą), przy którym nie przybito pieczętki. Jednakże taki sposób podpisania oświadczenia woli w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa uznać należy za dopuszczalny i odpowiadający wymogom formy pisemnej, gdyż obowiązujące przepisy nie określają znaczenia terminu podpis, który jest niezbędnym elementem zachowania formy pisemnej w rozumieniu art. 78 k.c. Podstawową funkcją podpisu jest identyfikowanie osoby składającej oświadczenie woli. W doktrynie wskazuje się, że podstawową cechą podpisu jest to, iż stanowi on powtarzalny, słowny znak graficzny, stosowany dla potwierdzenia tożsamości osoby znakiem tym się posługującej, który powinien być postawiony własnoręcznie (tak: Strzebińczyk w: „Kodeks cywilny. Komentarz” pod red. E. Gniewka, Komentarze Kodeksowe, Wyd. CH Beck, Warszawa 2011 str. 218).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego ugruntowany jest pogląd, że podpis może być nieczytelny, jeśli tylko został napisany w sposób charakterystyczny dla osoby podpisanej. Wyraża on bowiem nazwisko podpisującego i pełni funkcję identyfikacyjną. Dla osób, którym taka forma podpisu nie jest znana, złożenie podpisu nieczytelnego jest natomiast podstawą domniemania, że został złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę. Stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 30 grudnia 1993 r. III CZP 146/93, która co prawda wydana została na gruncie prawa wekslowego, jednak wywody w niej zawarte pozostają aktualne w stanie faktycznym niniejszej sprawy, mają bowiem charakter ogólny w kontekście wyjaśnienia pojęcia podpisu. Pogląd, że podpis w rozumieniu art. 78 k.c. nie musi być czytelny, wyraził również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 10 listopada 2006 r., wydanym w sprawie oznaczonej sygnaturą akt II FSK 1144/05. W wyroku tym wskazano, że podpis to swoisty dla danej osoby, charakterystyczny, powtarzalny znak graficzny, wywodzący się od jej imienia i nazwiska, niebędący koniecznym pełnym imieniem i nazwiskiem, pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła. Pogląd taki prezentowany jest również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a przykładowo wskazać można w tym miejscu na następujące orzeczenia: wyrok z dnia 2 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1291/12, uchwała KIO z dnia 20 października 2010 r. sygn. akt KIO/KD 75/10 oraz wyrok z dnia 5 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1196/09.

Wskazać ponadto należy, że obowiązujące przepisy nie definiują także pojęcia parafy. Pojawia się ono jedynie na gruncie prawa notarialnego i wekslowego, gdzie rozróżniana jest parafa i podpis. Rozróżnienia takiego nie ma na gruncie Kodeksu cywilnego, który z mocy art. 14 ustawy Pzp stosowany jest do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, że parafa jest znakiem ręcznym składającym się z inicjałów (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 sierpnia 2000 r. sygn. akt II CKN 894/00 i wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 27 września 2004 r. sygn. akt UP/ZO/0-1550/04). Również w doktrynie prezentowany jest pogląd, że parafa to inicjały - pierwsze litery imienia i nazwiska, stanowiące znak, stwierdzający jedynie, że dokument został przygotowany do złożenia na nim podpisu (tak: Strzebińczyk w: „Kodeks

cywilny. Komentarz” pod red. E. Gniewka, Komentarze Kodeksowe, Wyd. CH Beck, Warszawa 2011, str. 218).

Jednak w stanie faktycznym niniejszej sprawy, w świetle przytoczonych wyżej orzeczeń i poglądów doktryny dotyczących podpisu, brak jest podstaw do różnicowania parafy od podpisu. Skoro bowiem podpis nie musi spełniać żadnych szczególnych kryteriów odnośnie jego treści lub wyglądu, a decydujące znaczenie ma to, czy identyfikuje osobę, od której pochodzi, to brak jest podstaw do uznania, że podpis zawierający inicjały, ale ujęte w określony, powtarzalny i charakterystyczny dla danej osoby znak graficzny stanowi parafę, a nie podpis.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy wskazać należy, że w oparciu o całokształt dokumentów składających się na złożoną przez M. ofertę istnieje możliwość weryfikacji podpisu złożonego na stronie pierwszej „formularza ofertowego” i możliwość łatwego i jednoznacznego stwierdzenia jego pochodzenia. Wynika to z faktu, iż w wielu innych miejscach oferty taki sam podpis został opatrzony pieczęcią firmową, nie ma przy tym wątpliwości, kto go złożył. Umieszczony na ofercie podpis (parafa) jest na tyle charakterystyczny i powtarzalny, że można stwierdzić, iż pochodzi on od tej samej osoby, która złożyła podpis na innych stronach oferty, to jest od osoby upoważnionej do reprezentowania M. - Prezesa Zarządu Remigiusza X.

Tym samym nieczytelny podpis na pierwszej stronie formularza oferty był, w świetle pozostałych stron oferty, możliwy do identyfikacji jako podpis osoby uprawnionej do reprezentowania wykonawcy. W konsekwencji nie można uznać, że oferta nie została podpisana przez uprawnioną osobę.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucając ofertę najkorzystniejszą wykonawcy M.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 1/14).

IV.2.5. Przedmiot zamówienia: budowa i przebudowa sieci kanalizacyjnej

Wartość zamówienia: 23.454.269,62 zł (5.834.976,02 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający w siwz wskazał, iż kompletna oferta musi zawierać wypełniony przedmiar robót ze wskazaniem cen jednostkowych pozycji przedmiaru robót oraz wartości tych pozycji w układzie zgodnym z załączonym do IDW przedmiarem robót. W siwz zamawiający wskazał także, iż wypełniony przedmiar robót wykonawca musi złożyć także w formie elektronicznej, a zgodnie z pkt 14.3.1 lit. q siwz wykonawca zobowiązany był do złożenia oświadczenia, że wersja elektroniczna przedmiaru jest zgodna z wersją papierową załączoną do oferty.

Pismem z dnia 28.01.2013 r. zamawiający poinformował wykonawców m.in. o odrzuceniu oferty Konsorcjum C.O., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, iż wykonawca załączył do oferty (oprócz przedmiaru robót w wersji papierowej) płytę CD-R opisaną jako „Przedmiar robót forma elektroniczna” wraz z wymaganym oświadczeniem, że wersja elektroniczna przedmiaru jest zgodna z wersją papierową załączoną do oferty. Jednakże załączona przez wykonawcę płyta nie zawierała żadnego pliku, a zatem przedmiar w wersji elektronicznej nie spełniał wymogów zgodności z przedmiarem w wersji papierowej.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niezgodność oferty z SIWZ skutkująca jej odrzuceniem przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp musi mieć charakter merytoryczny, a nie tylko formalny. Omawiany przepis nie odnosi się do wad formalnych oferty, a do merytorycznej treści oferty.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że wymóg złożenia wraz z ofertą przedmiaru robót w wersji elektronicznej ma charakter wyłącznie pomocniczy i formalny, nie zaś merytoryczny. Podkreślenia wymaga, iż nawet pomimo braku w ofercie wykonawcy przedmiaru w formie elektronicznej, zamawiający posiadał wypełniony przedmiar robót w wersji papierowej i na tej podstawie mógł dokonać oceny oferty wykonawcy.

Ponadto, artykuł 9 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Równocześnie, w myśl art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Wynika stąd jednoznacznie, że:

- podstawową formą złożenia oferty jest forma pisemna, zgodnie z zasadą pisemności postępowania sformułowaną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp,
- jednakże zamawiający może wyrazić zgodę na przedstawienie oferty w postaci elektronicznej, przy zachowaniu warunku wynikającego z powołanego wyżej przepisu.

Jak wynika z powyższej analizy przepisów ustawy Pzp, walor prawny w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje jedynie przedmiarowi w formie pisemnej, natomiast przedmiar w formie elektronicznej należy traktować tylko pomocniczo i jego brak nie może być podstawą odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Konkludując, zamawiający odrzucając ofertę ww. wykonawcy naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i art. 82 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.2.6. Przedmiot zamówienia: przygotowanie i realizacja kursu doskonalącego dla terapeutów środowiskowych w zakresie opieki geriatrycznej

Wartość całego projektu: 56.765.586,45 zł (14.122.197,84 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

Zamawiający w pkt V ppkt 4.6 siwz wskazał, iż do porównania ofert będzie brana pod uwagę cena ofertowa, tj. cena 1 miejsca szkoleniowego wskazana w ofercie (wyrażona w PLN). Również z pkt VI ppkt 1.1 siwz wynika, iż jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była oferowana cena. Ponadto we wzorze formularza ofertowego załączonego do siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca w pkt III (tabela) wskazał poprzez podkreślenie jedno województwo spośród kujawsko-pomorskiego albo warmińsko-mazurskiego albo pomorskiego, na terenie którego usługa będzie realizowana.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy W., gdyż wykonawca nie podkreślił żadnego z ww. województw w formularzu oferty, tym samym zamawiający uznał ofertę za wariantową i niezgodną z treścią siwz.

W odpowiedzi na pytanie Prezesa Urzędu zamawiający wyjaśnił, iż „*Na etapie oceny ofert wskazanie któregośkolwiek z województw nie miało podstawowego znaczenia, natomiast będzie bardzo istotnym elementem na etapie podpisywania umowy i realizacji zamówienia (realizacja ogólnopolskiego procesu kształcenia terapeutów środowiskowych). Tym samym konieczność wskazania konkretnego województwa w ofercie – miała znaczenie z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców*”.

Mając na względzie powyższe stwierdzić należy, że oferta ww. wykonawcy mimo, iż nie zawierała wskazania wykonania zamówienia na terenie konkretnego województwa, nie może być oceniana jako oferta niezgodna z zapisami siwz. Wykonawca złożył ofertę z określoną ceną, a jedynie nie skonkretyzował, na terenie jakiego województwa zamierza wykonać zamówienie. Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego „*Na etapie oceny ofert wskazanie któregośkolwiek z województw nie miało podstawowego znaczenia.*”. Odrzucona jako niezgodna z zapisami siwz mogła zostać tylko taka oferta, w której wykonawca wprost wskazałby na inne, niż znajdujące się w zapisach siwz, województwo.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający mając wątpliwości odnośnie niewskazania przez wykonawcę konkretnego województwa, na terenie którego ma być wykonywane zamówienie, powinien skorzystać z procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Następnie po uzyskaniu odpowiednich wyjaśnień, w przypadku wskazania przez wykonawcę na konkretne województwo spośród wymienionych w formularzu ofertowym, zamawiający powinien dokonać poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, 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. W sytuacji, gdy dla oceny ofert bez znaczenia pozostawało, które z wymienionych w formularzu oferty województw podkreśli wykonawca, poprawienie omyłki polegającej na niepodkreśleniu żadnego z nich, niewątpliwie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Wobec powyższego należy uznać, że odrzucając ofertę ww. wykonawcy zamawiający naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.2.7. Przedmiot zamówienia: budowa kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej

Wartość zamówienia: 31.053.949,50 zł (7.725.631,78 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania pismem z dnia 18.10.2013 r. zamawiający poinformował wykonawców m.in. o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią siwz oferty wykonawcy H. wskazując, że „wykonawca nie wycenił w kosztorysie ofertowym dotyczącym wodociągu cz. II pozycji nr 2.4.17 (P43) – „*zasuwy z żeliwa sferoidalnego klinowe, kołnierzowe, owalne z obudową o średnicy 150 mm*”.

Mając na uwadze powyższe zauważyć należy, iż wykonawca H. we wskazanej pozycji kosztorysu nr 2.4.17 (P43) wypełnił rubryki – „L.p.”, „Kod”, „Nazwa i opis robót”, „Jednostka miary – nazwa i ilość”, natomiast nie uzupełnił rubryki „Cena jednostkowa netto”, a w rubryce „Wartość netto” wpisał „0,00”. Należy zatem uznać, że pomimo braku wyceny niniejsza pozycja została uwzględniona w kosztorysie ofertowym wykonawcy. Jednocześnie podkreślić należy, iż wartość robót składających się na ową pozycję mogła zostać skalkulowana przez wykonawcę w innych pozycjach kosztorysu ofertowego.

Jak słusznie zauważa się na gruncie orzecznictwa „biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe, znane są różnego rodzaju praktyki sporządzenia kosztorysów ofertowych, także w zamówieniach publicznych – kosztorysów tak przygotowywanych przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, jak i przy kosztorysowym sposobie wynagradzania wykonawców. Jedną z częstych, stosowanych przez przedsiębiorców budowlanych praktyk jest także wycena określonych pozycji kosztorysu na poziomie 0,00 zł. W takich sytuacjach są to określone nieznaczące pozycje, mogące obejmować wykonanie drobnych prac, które bez szkody ujęte są w innych pozycjach kosztorysu łącznie z innymi zdaniami” (wyrok KIO z dnia z dnia 10 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2344/11).

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym naruszył dyspozycję ww. przepisu. Wycena danej pozycji kosztorysu na 0 zł nie jest bowiem niedopuszczalna i nie stanowi o niezgodności oferty z siwz.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.2.8. Przedmiot zamówienia: przebudowa świetlicy wiejskiej

Wartość zamówienia: 176.938,75 zł (44.018,99 euro)

Projekt z Programu Rozwój Obszarów Wiejskich

Jak wynika z zapisów pkt 13 siwz (Opis sposobu obliczenia ceny), wynagrodzenie wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia miało charakter kosztorysowy. Wykonawcy zobowiązani byli do opracowania i załączenia do oferty kosztorysu ofertowego w cenach netto, a podsumowanie całego kosztorysu w cenach brutto, według podstaw wyceny podanych w przedmiarze robót, określonych w załączniku nr 8 „Kosztorys ślepy”. Wykonawca był zobowiązany do opracowania kosztorysu w wersji szczegółowej z wyszczególnieniem w każdej pozycji nakładów i cen robocizny, materiałów i sprzętu. Kosztorys ofertowy powinien zawierać: stronę tytułową, przedmiar robót, kosztorys szczegółowy, tabele elementów scalonych oraz zestawienie materiałów, sprzętu i robocizny. Brak wypełnienia i określenia wartości w którejkolwiek pozycji załącznika nr 8 miał powodować odrzucenie oferty. Jednocześnie, wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez zamawiającego w poszczególnych pozycjach załącznika nr 8 miało spowodować odrzucenie oferty (z zastrzeżeniem zapisów art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp m.in. oferty wykonawcy E. w uzasadnieniu wskazując, iż „w przedmiotowym postępowaniu wykonawca w celu obliczenia ceny miał obowiązek wynikający z treści siwz sporządzić kosztorys ofertowy w wersji szczegółowej na podstawie załączonego do siwz szczegółowego kosztorysu ślepego. Tymczasem wykonawca przedłożył kosztorys szczegółowy zawierający różnice w stosunku do szczegółowego kosztorysu ślepego w następujących pozycjach”.

Niezgodności w kosztorysie ofertowym ww. wykonawcy w szczególności polegały na:

- w poz. 4 – wśród materiałów służących wykonaniu tej pozycji dodatkowo są wyszczególnione płyty gipsowo kartonowe oraz silikon;
- w poz. 7 – wśród materiałów dodatkowo są wyszczególnione gwoździe stolarskie;
- w poz. 8 i 11 – wśród materiałów brak jest masy klejącej;
- w poz. 10 – norma płyty styropianowe 14 cm wynosi 0,05275 m³/m² zamiast 0,14777 m³/m²;
- w poz. 12 – norma blachy stalowej ocynkowanej płaskiej 0,55 mm wynosi 5,03 kg/m² zamiast 5,55 kg/m², a wśród materiałów dodatkowo jest wyszczególniona zaprawa cementowa M80;
- w poz. 15 – wśród materiałów dodatkowo są wyszczególnione miąż kamienno i woda, a wśród wskazanego sprzętu są wyszczególnione równiarka samojezdna 74KW (100KW) oraz walec statyczny samojezdny 10 t;
- w poz. 16 – wśród materiałów dodatkowo jest wyszczególniona woda, a wśród wskazanego sprzętu są wyszczególnione równiarka samojezdna 74KW (100KW) oraz walec statyczny samojezdny 10 t;
- w poz. 17 – norma robocizny wynosi 2,15 r – g/m² zamiast 1,15 r – g/m²;
- w poz. 18, 35 i 37 – wśród materiałów dodatkowo jest wyszczególniony lepik asfaltowy bez wypełniaczy stosowany na gorąco;
- w poz. 39 – wśród materiałów dodatkowo jest wyszczególniona masa asfaltowa;
- w poz. 45 – wśród materiałów dodatkowo są wyszczególnione cement portlandzki CEM 1, piasek do betonów, ciasto wapienne (wapno gaszone), materiały pomocnicze;

- w poz. 46 – wśród materiałów jest wyszczególniona robocizna;
- w poz. 47 – jest: Materiały: drut odgromowy 48 m/kpl; mocowania drutu 45 kpl/kpl; bednarka 1 kpl/kpl; pomiary 1 kpl/kpl. „Kosztorys ślepy” jest: Materiały: drut 48 m, mocowania, bednarka, pomiary 1 kpl/kpl.

Odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy E. wskazującego na niezgodności kosztorysu ofertowego z treścią siwz, należy wskazać na przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp przedstawiający katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji, w pkt 2 wskazana została okoliczność, kiedy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy też zwrócić uwagę, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści siwz, jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z 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, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona.

Na podstawie treści kosztorysu ofertowego znajdującego się w ofercie wykonawcy E. zamawiający posiadał wszystkie dane niezbędne do dokonania poprawy omyłki, nie ingerując w sposób istotny w treść oferty. Zamawiający mógł poprawić omyłki samodzielnie poprzez przyjęcie, że w określonych pozycjach kosztorysu wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią tych pozycji w „kosztorysie ślepy”. Jednocześnie zakres poprawek, w dodatku nie wpływających na cenę oferty, niewątpliwie nie spowodowałby istotnych zmian w treści tej oferty.

Reasumując należy stwierdzić, iż zamawiający zobowiązany był dokonać poprawy omyłek, a poprzez zaniechanie w tym zakresie, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 73/13).

IV.3. Podmioty trzecie.

IV.3.1. Przedmiot zamówienia: budowa sieci ścieżek rowerowych

Wartość zamówienia: 1.442.368,44 zł (375.714,42 euro)

Projekt Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego

Jak wynika z analizy ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału VI pkt 1 siwz zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu m.in. w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W odniesieniu do warunku doświadczenia zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej:

- a) dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie dróg, placów o nawierzchni wykonanej z kostki betonowej o powierzchni min. 1000 m² każdy,
- b) dwie roboty budowlane polegające na budowie pomostów drewnianych na palach wpędzanych w dno zbiornika wodnego o powierzchni min. 50 m² każdy.

Z kolei w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający wymagał dysponowania m.in. specjalistą w zakresie budowy pomostów na palach drewnianych posiadającym wiedzę i doświadczenie w

pracach przy użyciu kufarów lub młotów kufarowych do wpędzania pali drewnianych w dno zbiornika wodnego.

Wykonawca Konsorcjum J. potwierdzając spełnianie opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia posłużył się m.in. potencjałem podmiotu trzeciego – M., tj. na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia (budowa pomostów) wykonawca wykazał zrealizowane przez ww. podmiot roboty. Ponadto, na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania specjalistą w zakresie budowy pomostów drewnianych na palach wykonawca przedstawił p. Romana B., jako podstawę dysponowania wpisując – „pracownik podwykonawcy”, zaś z treści wykazu osób przewidzianych do realizacji zamówienia wynika, że ww. osoba jest zatrudniona w M. Jak wynika z treści pkt 4.4) formularza oferty złożonego przez wykonawcę Konsorcjum J. wykonawca w ramach realizacji przedmiotowego zadania przewidział też do podwykonania zakres obejmujący: „ułożenie kostki brukowej, nawierzchnię asfaltową, pale.”

Treść dokumentów dołączonych do oferty wskazuje zatem, że podmiot trzeci M. miał udostępnić m.in. swoje doświadczenie poprzez udział w realizacji zamówienia w zakresie m.in. pali w charakterze podwykonawcy, a także udostępnić specjalistę w zakresie budowy pomostów na palach. Zamiar zlecenia robót w zakresie wbijania pali podwykonawcy znalazł odzwierciedlenie w treści umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Z treści wniosku o kontrolę skierowanego do Prezesa Urzędu wynikało, iż podmiot trzeci, na zasobach którego polegał wykonawca potwierdzając spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nie bierze udziału w realizacji zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że „wykonawca oświadczył, iż pomosty drewniane będzie realizował siłami własnymi. W dniu 08.12.2011 r. uzyskano informację, że remont pomostów jest wykonywany przez podwykonawcę D.” Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poprosił zamawiającego o wyjaśnienie:

- na jakiej podstawie D. jest podwykonawcą remontu pomostów, tj. w szczególności, czy zamawiającemu przedstawiono stosowny projekt umowy między wykonawcą a ww. podwykonawcą i czy został on zaakceptowany przez zamawiającego,
- czy ww. podmiot posiada stosowne doświadczenie wymagane przez zamawiającego w siwz w celu wykonania powyższego zamówienia,
- kto podczas realizacji przedmiotowego zamówienia pełni funkcję *specjalisty w zakresie budowy pomostów na palach drewnianych posiadającym wiedzę i doświadczenie w pracach przy użyciu kufarów lub młotów kufarowych do wpędzania pali drewnianych w dno zbiornika wodnego*, jeśli osobą tą nie był p. Roman B. wskazany w ofercie Konsorcjum J. (a udostępniony przez podmiot trzeci – M.), zamawiający poproszony został o udokumentowane wyjaśnienia, że nowy specjalista posiada wiedzę i doświadczenie w pracach przy użyciu kufarów lub młotów kufarowych do wpędzania pali drewnianych w dno zbiornika wodnego, zgodnie z warunkiem opisanym w siwz.

Zamawiającym wyjaśnił, iż „kierowanie robotami budowlanymi wykonał przedstawiciel wykonawcy – Kierownik Budowy p. Wiesław P. (...)”. Podtrzymując swoje dotychczasowe stanowisko oraz powołując się na dyspozycję art. 36 ust. 4 i 5 ustawy Pzp w kolejnych wyjaśnieniach zamawiający wskazał ponadto, iż „wykonawca w dowolnym momencie może dokonać zlecenia podwykonawcy, może również dokonać zmiany podwykonawcy. Za wykonanie przedmiotu zamówienia odpowiedzialny jest wykonawca. Roboty w zakresie remontu pomostów drewnianych przez firmę D. zostały wykonane należyście w sposób wskazujący na duże doświadczenie podwykonawcy w tym zakresie. (...) Zamawiający przy ocenie oferty w zakresie specjalisty od pali ocenił spełnienie warunku na podstawie życiorysu zawodowego. Nie wymagano złożenia do oferty innych dokumentów poza krótką informacją na temat kwalifikacji i doświadczenia zawodowego. Wymagania te spełniał p. Roman B.

Całością robót remontu pomostów kierował Kierownik Budowy p. Wiesław P., natomiast konsultacji w zakresie pali mógł udzielać p. Roman B. Specjalista ds. pali nie musiał być bezpośrednio zaangażowany przy wbijaniu pali. Kierownik budowy mógł korzystać z wiedzy i doświadczenia specjalisty poprzez bieżące konsultacje.”

W związku z powyższym należy zauważyć, że przewidziana przez Ustawodawcę w art. 26 ust. 2b możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich, ma na celu umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy sami nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, ale mając rzeczywisty dostęp do zasobów współpracujących z nimi podmiotów trzecich, będą w stanie należycie wykonać zamówienie publiczne. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci, pod kątem tego, czy będą wystarczające do należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, który nie posiada np. wymaganego w siwz doświadczenia. Konsekwencją dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny zakresu i sposobu udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, jest następnie faktyczne użyczenie tych zasobów wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca nie posiada wymaganego w siwz doświadczenia, ale przewidział w ofercie korzystanie w tym zakresie z zasobów podmiotu trzeciego, to na etapie realizacji ten podmiot trzeci musi brać udział w realizacji zamówienia w sposób przewidziany w ofercie, np. w charakterze podwykonawcy. Brak udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia oznaczałoby pozorne udostępnienie zasobów na etapie postępowania i wykonywanie zamówienia przez wykonawcę, który nie posiada wymaganego doświadczenia.

Należy ponadto zauważyć, że możliwość zmiany podmiotu trzeciego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia obwarowana jest pewnymi warunkami, tj. winna być przewidziana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie nowy podmiot powinien wykazywać spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie nie mniejszym niż podmiot dotychczasowy. Powyższą kwestię porusza m.in. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08, mające za przedmiot wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Rozstrzygając zagadnienia wskazane we wniosku Trybunał wskazał m.in., iż zmiana podwykonawcy może stanowić istotną zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niniejszy przypadek wystąpi wtedy, gdy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu tylko dzięki podwykonawcy, wówczas zmiana podwykonawcy będzie zmianą istotną. W uzasadnieniu Trybunał wskazał, iż „zmiana treści umowy koncesyjnej na usługi w czasie jej obowiązywania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały wprowadzone w ramach pierwotnej procedury zawarcia umowy, umożliwiłyby dopuszczenie udziału innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona (wyrok TSUE z dnia 13 kwietnia 2010 w sprawie C-91/08 Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main).”

Innymi słowy, zamawiający wyrażając zgodę na zmianę podwykonawcy wykonującego remont pomostów zobowiązany był zbadać, czy niniejszy podmiot D. spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia oraz dysponowania personelem przewidzianym do realizacji zamówienia w zakresie nie mniejszym, niż podmiot trzeci wskazany w ofercie (podmiot M.). Z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego nie wynika, aby nowy podwykonawca spełniał ww. warunki. Przedmiotowe zamówienie było zatem wykonywane częściowo przez podmiot nie posiadający opisanego w siwz doświadczenia, z udziałem osoby do budowy pomostów na palach, która również nie posiadała opisanego w siwz doświadczenia. Gdyby zamawiający nie opisał w siwz ww. warunków w zakresie doświadczenia wykonawcy i specjalisty do budowy pomostów na palach, większa liczba wykonawców mogłaby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Oznacza to, że zmiana na podwykonawcę nie spełniającego ww. warunków zakłóca konkurencję przy udzielaniu niniejszego zamówienia. Tym samym zmianę podwykonawcy - podmiotu trzeciego należy traktować jako zmianę istotną również w świetle ww. orzeczenia TSUE.

Jednocześnie stosownie do dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Z analizy zawartej umowy wskazującej na okoliczności umożliwiające zmianę postanowień zawartej umowy nie wynika, aby zamawiający dopuścił jakąkolwiek zmianę w niniejszym zakresie, tj. zmianę podmiotu trzeciego pełniącego jednocześnie funkcję podwykonawcy.

Reasumując, zamawiający dokonał istotnej zmiany umowy poprzez dopuszczenie wykonywania zamówienia przez wykonawcę i podwykonawcę nie spełniających warunków opisanych w siwz. Zmiana ta dotyczy ponadto warunków, które wpływały na krąg wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. W konsekwencji zmiana podwykonawcy na niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie art. 144 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego w toku kontroli ww. postępowania stwierdzono także naruszenie dotyczące podmiotów trzecich w zakresie m.in. formy złożonych dokumentów. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy dołączyli bowiem do ofert część zobowiązań w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz część dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez samych wykonawców.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca polegając na potencjale podmiotu trzeciego jest „w takiej sytuacji zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.” Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności. Dlatego też posiłkując się przepisem art. 14 ustawy Pzp, koniecznym jest odniesienie się do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) - Kodeks cywilny, dalej „KC”. Z brzmienia art. 78 § 1 KC wynika, iż do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Również w orzecznictwie podkreśla się, że „*minimalnym wymaganiem dla zachowania formy pisemnej jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia*” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2009 r., sygn. akt I PK 58/09). Mając na względzie powyższe, wskazać należy, iż obowiązek pisemności zobowiązań podmiotów trzecich należy interpretować i rozstrzygać w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego wynika, że Ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, formę pisemną. W związku z powyższym, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem.

Ponadto zauważyć należy, iż zgodnie z § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 ww. rozporządzenia, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Podmioty wskazane w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia to podmioty udostępniające swój potencjał na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Analiza powyższej regulacji wskazuje, iż dopuszczalną formą dokumentów podmiotowych przedstawianych dla podmiotów trzecich jest forma kopii

potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Redakcja przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazuje jednak, że kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczone wyłącznie przez te podmioty. Świadczy o tym w szczególności użycie przez ustawodawcę sformułowania „odpowiednio”, co wskazuje na to, że poświadczanie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot trzeci uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy czy tego podmiotu.

Obowiązkiem zamawiającego było zatem podjęcie czynności w celu uzyskania od wykonawców zobowiązań i dokumentów podmiotowych dla podmiotów trzecich we właściwej formie. Zamawiający w ramach niniejszego postępowania nie wzywał wykonawców do uzupełnienia ww. dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie powyższej czynności narusza dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 113/13).

IV.3.2. Przedmiot zamówienia: zaprojektowanie i wykonanie lokalnego centrum sterowania oraz ERTMS/ETCS poziom 2/GSM-R

Wartość zamówienia: 461.432.452,00 zł (114.795.546,21 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w sekcji III punkt 2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie 8.3.1 SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże m. in., że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał w ramach jednego lub więcej zamówień m. in.: zabudowę systemu GSM-R na co najmniej 50 km linii kolejowej obejmującej co najmniej jeden sterownik BSC i co najmniej 9 stacji bazowych BTS oraz zabudowę systemu ERTMS/GSM-R, w którym zrealizowana została współpraca z dostawcą systemu ERTMS/ETCS poziom 2.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wiedzy i doświadczenia, konsorcjum T. (poza własnym doświadczeniem, niewystarczającym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia), przedstawiło zobowiązania do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od podmiotów trzecich, m. in. od spółki N. Oy. W treści zobowiązania ww. podmiot zobowiązał się do „oddania do dyspozycji podmiotowi ubiegającemu się o udzielenie zamówienia T. (...), którego podwykonawcą będzie spółka N.Sp. z o.o. (...) wiedzy i doświadczenia, wynikających ze zrealizowanych przez N. Oy umów z Trafikverket - Szwedzką Krajową Administracją Transportu wymienionych w załączonej referencji w każdy sposób, który okaże się konieczny lub użyteczny dla prawidłowej realizacji zamówienia, w tym poprzez:

- udostępnienie procedur i opisu metod realizacji określonych zadań,
- uczestnictwo osób z grupy NSN w realizacji zamówienia,
- przekazanie informacji o źródłach wiedzy, zaopatrzenia, specjalistach z określonych dziedzin objętych udostępnianym doświadczeniem,
- doradztwo i konsultacje,
- udział w realizacji zamówienia w/w spółki N.Sp. z o.o., która ma pełen dostęp do potencjału N.Oy.

Zasoby udostępniemy na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia będącego wynikiem rozstrzygnięcia przetargu (...).”

Ponadto z treści wyjaśnień zamawiającego przekazanych Urzędowi Zamówień Publicznych wynika, że udostępnienie zasobów przyjmie postać doradztwa i konsultacji.

Udział w realizacji zamówienia spółki N.Sp. z o.o. jako podwykonawcy nie potwierdza, że konsorcjum, reprezentowane przez T., spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż to nie N.Sp. z o.o. posiada opisane w SIWZ wiedzę i doświadczenie i nie ona, a N.Oy udostępnia przedmiotowy zasób wiedzy i doświadczenia. Należy bowiem podkreślić, że wyłącznie podmiot, który posiada opisane w warunku wiedzę i doświadczenie może je udostępnić wykonawcy. Ponadto podmiot, który zobowiązuje się wobec wykonawcy do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia musi jednocześnie zapewnić swój udział w realizacji zamówienia dla zagwarantowania rzeczywistego przekazania posiadanych zasobów. W sytuacji bowiem, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia – a do takich zasobów należy doświadczenie – podmiot trzeci musi zobowiązać się też do udziału w realizacji zamówienia w celu udowodnienia rzeczywistego udostępnienia zasobów.

Zgodnie z powyższym, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym przez konsorcjum reprezentowane przez T. jest oświadczenie ww. podmiotu trzeciego dotyczące udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia w postaci m. in. doradztwa i konsultacji. Analiza treści złożonego zobowiązania, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nie dowodzi, że wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami w zakresie niezbędnym do należytej realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż z przedłożonego oświadczenia nie wynika:

- po pierwsze, jaki faktycznie zakres zasobów jest dostępny wykonawcy,
- po drugie, w jaki sposób zasoby zostaną udostępnione (przy czym powtórzyć należy, że udział jako podwykonawcy spółki N.Sp. z o.o. w realizacji zamówienia nie potwierdza udostępnienia zasobu doświadczenia przez N.Oy).

Treść powyższego dokumentu nie precyzuje m.in., w jakim zakresie podmiot trzeci będzie udzielał doradztwa i konsultacji, czy osoby „z grupy NSN”, mające uczestniczyć w realizacji zamówienia uczestniczyły w wykonywaniu inwestycji wskazanych jako doświadczenie podmiotu trzeciego, a zatem są w stanie przekazać wiedzę i doświadczenie w tym konkretnym zakresie, na jakich zasadach będzie odbywało się doradztwo, konsultacje i uczestnictwo ww. osób.

Zamawiający nie dysponował kluczowymi informacjami w ww. zakresie, jak też nie podjął czynności pozwalających mu na ich uzyskanie. W szczególności, z wyjaśnień zamawiającego wynika, że zamawiający nie występował do wykonawcy z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień, czy przedstawiony zakres i sposób udostępnienia zasobów gwarantuje należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę, który sam nie posiada wymaganych przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze treść powyższego przepisu, w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści zobowiązania. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że oferta ww. wykonawcy jest najkorzystniejsza Prezes Urzędu zalecił wezwanie konsorcjum, reprezentowanego przez T. do złożenia wyjaśnień w kwestii zakresu i sposobu rzeczywistego udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez spółkę N.Oy w czasie realizacji zamówienia.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń i wykonał zalecenia pokontrolne.

IV.3.3.Przedmiot zamówienia: budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami

Wartość zamówienia: 82.306.543,71 zł (20.476.302,00 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał m.in. wykazania się przez wykonawców następującym doświadczeniem:

- a) co najmniej jednej roboty budowlanej dotyczącej wykonania kanalizacji grawitacyjnej o średnicy co najmniej DN 500 mm z rur GRP lub PVC lub Kamionki i długości co najmniej 2 km, oraz,
- b) co najmniej jednej roboty budowlanej dotyczącej wykonania kanalizacji sanitarnej lub kanalizacji deszczowej o średnicy co najmniej DN 200 mm z rur PVC lub Kamionki lub PP i o długości co najmniej 10 km.

W siwz zamawiający zawarł regulacje, zgodnie z którymi *wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Ponadto zamawiający zapisał, że w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może zażądać dokumentów dotyczących w szczególności:*

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Jeden z wykonawców, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu – konsorcjum M., nie posiadał własnego doświadczenia i polegał w tym zakresie na potencjale podmiotów trzecich. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaganych przez zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca przedstawił zobowiązanie m.in. od podmiotu trzeciego H₂. Ww. podmiot wskazał w zobowiązaniu, że „zobowiązuje się do oddania Wykonawcy H₂ do dyspozycji zasoby na cały okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (...)”.

Dokument przedłożony przez wykonawcę nie potwierdza, że wykonawca rzeczywiście dysponuje wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego w zakresie niezbędnym do należytej realizacji zamówienia publicznego. Przede wszystkim z przedłożonego zobowiązania nie wynika:

- po pierwsze, że firma H. oddaje w ogóle jakiegokolwiek zasoby Konsorcjum M., gdyż w zobowiązaniu jako wykonawcę wpisano właśnie firmę H.,
- po drugie, jakie zasoby podmiot trzeci udostępnia,
- po trzecie, jaki zakres zasobów jest dostępny wykonawcy,
- po czwarte, w jaki sposób zasoby te będą udostępniane.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie dysponował kluczowymi informacjami w ww. zakresie, jak też nie podjął czynności pozwalających mu na ich uzyskanie. W szczególności z dokumentacji postępowania, nie wynika, aby zamawiający dokonał analizy, czy przedstawiony zakres i sposób udostępnienia zasobów gwarantuje należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę, który sam nie posiada wymaganych przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia.

W sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać do ich uzupełnienia, w szczególności uzupełnienia zobowiązań wskazujących zakres i sposób udziału podmiotu trzeciego udostępniającego doświadczenie w realizacji zamówienia. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.3.4. Przedmiot zamówienia: zaprojektowanie i wykonanie nowych rozjazdów kolejowych

Wartość zamówienia: 636.750.000,00 zł (158.411.284,70 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym m.in. Kierownikiem robót elektroenergetycznych posiadającym:

- uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektro-energetyczne,
- co najmniej 3 lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy/Kierownika robót przy robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń elektroenergetycznych.

Jednocześnie zamawiający wskazał, iż wykonawca może polegać na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. W takiej sytuacji jest on zobowiązany przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych osób zdolnych do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Ponadto w pkt 9.1.3 c) siwz zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda przedstawienia dokumentów dotyczących tych podmiotów, tj. dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 – 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Jak wynika z oferty złożonej przez wykonawcę P., w celu spełnienia powyższego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawca w *Wykazie osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia* wskazał na stanowisko Kierownika robót elektroenergetycznych p. Marka G., podając jako podstawę dysponowania - zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia ww. osoby. Jak wynika z załączonego do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego Zakładu K.: „*W przypadku zatrudnienia Zakładu K. jako podwykonawcy robót budowlanych w zakresie:*

- *Elektroenergetyka – zasilanie,*
- *Kolejowa elektroenergetyka trakcyjna,*
- *Urządzenia elektrycznego ogrzewania rozjazdów,*
- *Urządzenia oświetlania terenu,*

przy realizacji zadania objętego niniejszym postępowaniem, zobowiązujemy się do udostępnienia osoby: Marek G. jako kierownika robót elektroenergetycznych, firmie P.”

Ponadto do ww. zobowiązania załączony został odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Zakładu K., tj. dokument, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższego należy uznać, iż przedstawione przez wykonawcę P. dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku w zakresie dysponowania osobą proponowaną na stanowisko Kierownika robót elektroenergetycznych. Z dokumentów załączonych do oferty nie wynika bowiem, iż podmiot trzeci Zakład K. będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia

jako podwykonawca, co jest warunkiem udostępnienia wykonawcy osoby p. Marka G. jako Kierownika robót elektroenergetycznych.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający powinien był zatem zwrócić się do wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie, czy przewiduje on udział ww. podmiotu trzeciego jako podwykonawcy, bowiem ewentualny udział Zakładu K. lub jego brak w realizacji zamówienia decydował będzie o udostępnieniu wykonawcy Kierownika robót elektroenergetycznych, a w konsekwencji - o spełnianiu bądź nie spełnianiu warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania Kierownikiem robót elektroenergetycznych.

Ponadto należy wskazać, iż stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W przypadku jeśli w wyniku ww. wyjaśnień okazałoby się, że Zakład K. ma być podwykonawcą wykonawcy P., zamawiający byłby zobowiązany zwrócić się do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów tego podmiotu trzeciego, wymaganych w pkt 9.1.3 c) siwz (z wyjątkiem dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia).

Jeśli zaś okazałoby się, że ww. podmiot nie uczestniczyłby w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca zamawiający byłby zobowiązany zwrócić się do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie stosownych dokumentów w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku dysponowania Kierownikiem robót elektroenergetycznych.

Zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy P. o stosowne wyjaśnienia powyższej kwestii, a w konsekwencji - do uzupełnienia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W wyniku przeprowadzenia kontroli uprzedniej, biorąc pod uwagę, że oferta wykonawcy P. została uznana za najkorzystniejszą, Prezes Urzędu zalecił zamawiającemu wezwanie ww. wykonawcy, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących uczestnictwa Zakładu K. jako podwykonawcy w zakresie robót: Elektroenergetyka – zasilanie, kolejowa elektroenergetyka trakcyjna, Urządzenia elektrycznego ogrzewania rozjazdów, Urządzenia oświetlenia terenu, przy realizacji zadania objętego przedmiotowym postępowaniem.

Jednocześnie, w przypadku potwierdzenia przez wykonawcę, iż Zakład K. będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawca, Prezes Urzędu zalecił wezwanie wykonawcy P., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 oraz 3 - 7 ww. rozporządzenia dotyczących Zakładu K., wymaganych przez zamawiającego zgodnie z pkt 9.1.3 c) siwz. Jeżeli zaś wykonawca nie potwierdziłby udziału Zakładu K. jako podwykonawcy, Prezes Urzędu zalecił wezwanie wykonawcy P., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą proponowaną na stanowisko Kierownika robót elektroenergetycznych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KU 88/13).

IV.3.5. Przedmiot zamówienia: poprawa gospodarki wodno-ściekowej

Wartość zamówienia: 101.719.848,71 zł (25.305.962,96 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Dla wykazania spełniania warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia wykonawca musiał wykazać m.in., że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej:

- dla Części I – 1 300 000 PLN,
- dla Części II – 2 000 000 PLN,
- dla Części III – 1 300 000 PLN.

W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część przedmiotu zamówienia wykonawca był zobowiązany wykazać w ofercie posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości będącej sumą środków wymaganych przez Zamawiającego dla danych części przedmiotu zamówienia.

Wykonawca W. złożył ofertę na 2 części zamówienia (części II i III), a więc musiał wykazać się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości będącej sumą środków wymaganych przez Zamawiającego dla części II i III tj. 3 300 000 PLN. Wykonawca przedłożył w ofercie własną opinię bankową ze zdolnością na kwotę 1 300 000 PLN oraz opinię bankową podmiotu trzeciego Krzysztof P. wskazującą na zdolność kredytową na kwotę 2 000 000 PLN wraz z zobowiązaniem do udostępnienia zdolności finansowej. W treści zobowiązania wskazano jedynie, że podmiot trzeci udostępni do dysponowania zdolności finansowe (opinia bankowa wystawiona dnia 03.10.2013 r. przez Bank Spółdzielczy w N.) na czas niezbędny do realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami SIWZ (część I) pkt 11, Zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich podmiotów żądał dokumentów wskazane w § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia.

Analiza treści złożonego zobowiązania, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie dowodzi, że wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami w zakresie niezbędnym do należytej realizacji udzielanego zamówienia publicznego. Przede wszystkim z przedłożonego zobowiązania nie wynika, czy zasób finansowy realnie będzie pozostawać w dyspozycji wykonawcy ani na jakich zasadach będzie udostępniany (np. czy podmiot trzeci posiadający zdolność kredytową na wymaganą kwotę zobowiązuje się zaciągnąć kredyt, a następnie wymagane środki udostępnić wykonawcy np. w formie darowizny, pożyczki, zakupu za wymaganą kwotę materiałów potrzebnych do budowy). Sama informacja w treści zobowiązania o udostępnieniu opinii bankowej podmiotu trzeciego wykonawcy jest tym samym niewystarczająca.

W sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać do ich uzupełnienia, tj. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego, że zakres i sposób udostępnienia zasobów zapewnia należyłą realizację zamówienia lub do uzupełnienia innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KU 118/13).

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

IV.4.1. Przedmiot zamówienia: pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu

Wartość zamówienia: 742.566,66 zł (184.736,45 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Zgodnie z treścią SIWZ, wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie musiał wykazać, że dysponuje osobą na stanowisko Kierownika Projektu, posiadającą m. in. aktualne uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

W toku postępowania wykonawca zadał zamawiającemu pytanie odnośnie ww. warunku udziału w postępowaniu: „Osoba Kierownika Kontraktu nie stanowi samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, nie została jako tako zdefiniowana legislacyjnie i nie ma podstaw do żądania uprawnień od osoby kierującej zespołem Inżyniera, a tym bardziej w określonej specjalności, tj. konstrukcyjno-budowlanej.”

Zamawiający nie zgodził się na zmianę ww. warunku, wskazując, że „(...) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dokonując uszczegółowienia tego warunku zamawiający określił, że wykonawca jest zobowiązany dysponować zespołem osób posiadających odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, wskazując jednocześnie, jakie uprawnienia muszą posiadać poszczególni jego członkowie, w tym Kierownik Projektu. Kierownik Projektu to tylko funkcja zarządcza, sprawowana przez osobę wskazaną przez wykonawcę, a osoba, która będzie ją pełnił musi posiadać wymagane przez zamawiającego uprawnienia budowlane. (...)”

Ww. wykonawca nie złożył oferty w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe należy w pierwszej kolejności podnieść, że ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 nr 243, poz. 1623 ze zm.) oraz stosowne akty wykonawcze nie wyodrębniają funkcji Kierownika Projektu jako odrębnej samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Osobie pełniącej powyższą funkcję nie można zatem przypisać konkretnych, wymaganych przepisami prawa, uprawnień budowlanych. Nie jest zatem niezbędne, aby posiadała uprawnienia budowlane, ponieważ nie pełni samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Dodatkowo, biegły powołany przez Prezesa Urzędu w toku kontroli wskazał, że „nie jest możliwe przypisanie Kierownikowi Projektu żadnej funkcji technicznej w budownictwie. Przepis art. 27 ustawy z dnia 4 lipca 1981 r. prawo budowlane, wyraźnie stanowi art. 27, że koordynatora inspektorów nadzoru „...inwestor wyznacza jednego z nich” [„Przy budowie obiektu budowlanego, wymagającego ustanowienia inspektorów nadzoru inwestorskiego w zakresie różnych specjalności, inwestor wyznacza jednego z nich jako koordynatora ich czynności na budowie”], warunki kontraktowe FIDIC nie odnoszą się w ogóle do kwestii rodzaju uprawnień, zatem rodzi się pytanie do rozwiązywania jakich problemów technicznych i oceny jakich zjawisk technicznych przy budowie Zamawiającego potrzeba osoby Kierownika Projektu z wyższym wykształceniem i uprawnieniami bez ograniczeń”.

Ponadto, należy zwrócić uwagę na fragment wyjaśnień zamawiającego, z których wynika, że jednym z zadań Kierownika Projektu jest nadzór i kontrola nad kierownikami robót branżowych zatrudnionych przez Generalnego Wykonawcę, jak i pracami wykonywanymi przez Generalnego Wykonawcę. Zamawiający przyznaje jednocześnie, że powyższe zadania

Kierownik Projektu wykonuje poprzez kierowników robót branżowych zatrudnionych przez Inżyniera Kontraktu. Należy zatem uznać, że wskazaną przez zamawiającego funkcję nadzoru i kontroli pełnią wymagani w przedmiotowym postępowaniu poszczególni kierownicy robót branżowych, czyli osoby posiadające odpowiednie uprawnienia i doświadczenie, nie zaś Kierownik Projektu. Natomiast Kierownik Projektu pełni rolę koordynującą ich pracę w celu osiągnięcia zamierzonego rezultatu. Gdyby uznać za prawidłowe wyjaśnienia zamawiającego, że nadzór nad tymi kierownikami wymaga od Kierownika Projektu przygotowania merytorycznego, tj. odpowiednich uprawnień budowlanych, należałoby w konsekwencji stwierdzić, że Kierownik Projektu powinien posiadać nie tylko uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, ale wszystkie rodzaje uprawnień wymaganych dla kierowników poszczególnych branż, tak aby mógł prawidłowo („merytorycznie”) nadzorować i kontrolować ich pracę.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że funkcję Inżyniera Kontraktu (usługa stanowiąca przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu) pełni wykonawca wybrany w postępowaniu, dysponujący sześcioma specjalistami wymaganymi przez zamawiającego, nie zaś wyłącznie Kierownik Projektu. Nie można zatem uzasadniać wymagań dla Kierownika Projektu poprzez odniesienie do wszystkich funkcji, jakie pełni Inżynier Kontraktu.

Zgodnie natomiast z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, w tym opinię biegłego powołanego przez Prezesa Urzędu, stwierdzić należy, że warunek udziału w postępowaniu określający konieczność dysponowania przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie osobą na stanowisko Kierownika Projektu posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji należy stwierdzić, że opisując warunek dla Kierownika projektu w powyższy sposób, zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 102/13).

IV.4.2. Przedmiot zamówienia: dostawa infrastruktury informatycznej i oprogramowania

Wartość zamówienia: 114.000.000,00 zł (28.361.030,95 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Zamawiający w siwz oraz w ogłoszeniu o zamówieniu opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wymagał m.in., aby wykonawcy wykazali, że:

A. Dla części 1 zamówienia:

- w okresie ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnęli średnioroczny przychód netto (bez podatku VAT) ze sprzedaży z tytułu prowadzonej działalności operacyjnej na kwotę nie mniejszą niż 100 mln. PLN,
- w okresie ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnęli rentowność brutto liczoną jako zysk brutto / przychód ze sprzedaży netto, wyższą niż 4%, za co najmniej 2 lata obrotowe.

B. Dla części 2 zamówienia:

- w okresie ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnęli średnioroczny przychód netto (bez podatku VAT) ze sprzedaży z tytułu prowadzonej działalności operacyjnej na kwotę nie mniejszą niż 200 mln. PLN,

- w okresie ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnęli rentowność brutto liczoną jako zysk brutto / przychód ze sprzedaży netto, wyższą niż 4%, za co najmniej 2 lata obrotowe.

Wykonawcy składający ofertę w ramach obu części zobowiązani byli wykazać, że:

- osiągnęli średnioroczny przychód netto (bez podatku VAT) ze sprzedaży z tytułu prowadzonej działalności operacyjnej w wysokości odpowiadającej sumie wartości wskazanej dla każdej z części, w ramach których ubiegają się o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie przedstawił argumentów, które pozwalałyby na uznanie, że z uwagi na specyfikę prowadzonego postępowania wyłącznie podmioty spełniające warunek osiągnięcia średniorocznego przychodu netto w wysokości 100 i 200 mln zł odpowiednio dla części 1 i 2 oraz osiągnięcia wskaźnika rentowności brutto wyższego niż 4%, należy uznać za zdolne do wykonania przedmiotowego zamówienia. Okoliczności wskazywane przez zamawiającego, tj. 3- i 6-miesięczny termin realizacji poszczególnych części zamówienia, czy też wysokość zastrzeżonych kar umownych, w żaden sposób nie wskazują, iż wykonawców prowadzących działalność gospodarczą na mniejszą skalę, niż wskazana przez zamawiającego, należało uznać za niezdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. W szczególności wskazywanie na wysokość zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy kar umownych, nie odpowiada specyfice ustalenia warunków udziału w postępowaniu określającym krąg wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Natomiast argumentacja zamawiającego, iż postawiony warunek uwzględnia możliwość realizowania przez wykonawców równolegle innych kontraktów, wskazuje na niedopuszczalne w świetle art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp preferowanie takich właśnie podmiotów, kosztem innych, które mogłyby również wykonać przedmiotowe zamówienie, nie angażując się w tym czasie w inne przedsięwzięcia. Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, iż *oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy należy bowiem dokonywać, mając na uwadze całokształt prowadzonej działalności, nie zaś tylko ten konkretny kontrakt*, należy stwierdzić, że dyspozycja przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp obliuguje zamawiającego do określenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w sposób, który powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tym samym, ustawodawca kładąc akcent na związek i proporcjonalność opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków z konkretnym przedmiotem zamówienia, nie dopuszcza możliwości formułowania opisu, który odnosiłby się także do innych okoliczności, w tym innych zamówień.

Również prezentowana przez zamawiającego argumentacja wskazująca na konieczność uwzględnienia, iż wymagany poziom przychodów netto ze sprzedaży dotyczy okresu 12 miesięcy, a przedmiotowe zamówienie dotyczy krótszego okresu – nie uzasadnia wymagania tego wskaźnika na poziomie 300 mln zł (w odniesieniu do obu części zamówienia), to jest ponad 2,6 razy większym od wartości szacunkowej zamówienia. Przekonanie to dodatkowo wzmacnia fakt, iż poziom przychodów netto nie był jedynym instrumentem służącym ocenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców. Obok wymogu osiągnięcia przychodu netto, wykonawcy musieli kumulatywnie spełnić wymogi dotyczące ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz rentowności brutto.

W odniesieniu do określonego na poziomie wyższym niż 4% wskaźnika rentowności brutto, należy wskazać, iż wyjaśnienia zamawiającego w żaden sposób nie wskazują, iż podmioty o niższym wskaźniku rentowności, nie byłyby zdolne do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Co więcej, dokonanie łącznej analizy wskaźnika rentowności i przychodów ze sprzedaży netto w wysokościach wskazanych przez zamawiającego, prowadzi do wniosku, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się jedynie wykonawcy, którzy osiągnęli średni zysk brutto 12 mln zł rocznie, tym samym ograniczając dostęp do zamówienia przedsiębiorcom, którzy znajdują się w fazie rozwoju bądź też poczynili znaczne inwestycje, mogące przynieść zyski w przyszłości.

Z powyższego wynika, iż dokonując opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez wskazanie, aby wykonawcy w okresie ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - osiągnęli średnioroczny przychód netto (bez podatku VAT) ze sprzedaży z tytułu prowadzonej działalności operacyjnej na kwotę nie mniejszą niż 100 mln. zł dla części 1 i 200 mln. zł dla części 2 oraz rentowność brutto liczoną jako zysk brutto / przychód ze sprzedaży netto, wyższą niż 4%, za co najmniej 2 lata obrotowe, zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KU 2/14).

IV.4.3. Przedmiot zamówienia: dostawa i wdrożenie jednolitej, bezpiecznej platformy elektronicznej wymiany danych

Wartość zamówienia: 1.513.196,75 zł (394.164,30 euro)

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego

Przedmiotem zamówienia była dostawa i wdrożenie jednolitej, bezpiecznej platformy elektronicznej wymiany danych opartej o zaawansowane technologicznie systemy zarządzania informacją – realizującej zadania urzędów powiatu, wykonanie integracji wraz z dostawą niezbędnej infrastruktury oraz przeprowadzeniem wymaganych szkoleń. Wdrożenie obejmowało dostawę, instalację, uruchomienie i konfigurację platformy elektronicznej składającej się z systemu Elektronicznego Zarządzania Dokumentacją, Systemu przeznaczonego do wspomaganie planowania i realizacji budżetu, platformy e-Uслуг publicznych on-line wraz z elektroniczną skrzynką podawczą oraz wykonanie integracji z platformą: e-BOI, ESP, ePUAP, platformą aukcji elektronicznych oraz systemami dziedzinowymi. Przedmiotem zamówienia była również instalacja oraz konfiguracja platformy służącej do licytacji i aukcji elektronicznych. Projekt był realizowany w budynkach gmin i powiatu będących członkami projektu partnerskiego.

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 sądowego z prośbą o opinię. W sporządzonej ekspertyzie stwierdzono m. in. co następuje:

- „(...) określony w siwz zestaw komponentów i ich funkcjonalności jest zbieżny z ofertą firmy, która ten przetarg wygrała (...)”, odnosząc do pytania, czy opis przedmiotu zamówienia zawarty w siwz odnośnie oprogramowania systemu wskazuje na jeden produkt/producenta, stwierdził, że „(...) chodzi tu o produkty programowe spółki Madkom S.A.”;
- odpowiadając na pytanie, czy wymagane przez zamawiającego funkcjonalności / właściwości systemu, można było uzyskać przy innej (od opisanej w siwz) konstrukcji systemu, biegły stwierdził co następuje: „tak, można; przynajmniej w 2 – 3 wersjach, tańszych od opisanej w siwz; zamiast wersji zdecentralizowanej przewidującej zakup i instalację serwera lokalnego w każdej gminie można zrealizować wersję scentralizowaną

przewidującą zakup i instalację serwera centralnego (...) tylko w jednej gminie (...), a w pozostałych gminach zainstalować stacje dostępowe do serwera centralnego. Również stacje dostępowe mogłyby być wyposażone skromnie lub bardziej rozbudowane (...) w zależności od szacunkowych potrzeb danej gminy. (...) Wariantów optymalizacyjnych można by tu przedstawić więcej, ale ich użyteczność byłaby większa po zapoznaniu się z analizą potrzeb gmin i samego zamawiającego (...);

- biegły wskazał m. in. że „(...) w siwz występują fragmenty specyfikacji produktów wzięte z katalogów producentów (...). Przechodząc do zadanego pytania stwierdzam, że zamawiający w wyjaśnieniach z 19.03.2012 r. nie wskazał (...), które produkty spełniają wymagania określone w siwz, lecz określił jedynie producentów. Tymczasem wg danych biegłego dostępne w tym czasie produkty nie spełniały we wszystkich parametrach wymagań siwz”. Uzupełniając powyższą opinię biegły, w odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie wskazanych przez zamawiającego danych biegły jest w stanie stwierdzić, że zamawiający opisał wymagany system informatyczny (bez uwzględnienia parametrów urządzeń) w sposób wskazujący na jeden produkt, stwierdził, że „(...) wyjaśnienia z 19.03.2012 r. stanowią próbę wyjaśnienia podejścia zamawiającego do zagadnienia zachowania konkurencyjności dokonanego wyboru przedmiotu zamówienia. Nie jest to jednak dowód, lecz raczej tłumaczenie. Załączona przez zamawiającego tabelka wskazuje raczej na firmy niż produkty (...);
- biegły odpowiadając na pytanie, czy w miejscach, w których w siwz znajdują się konkretne nazwy urządzeń/producentów można było opisać te urządzenia za pomocą określonych parametrów lub funkcjonalności, stwierdził co następuje: „tak, aby zachować zgodność z wymaganiami art. 29 ust. 2 i 3 (...) i zapewnić warunki do uczciwej konkurencji przedmiot zamówienia w przedmiotowym siwz powinien być opisany za pomocą parametrów technicznych i eksploatacyjnych (hardware) oraz posiadanych właściwości i funkcjonalności (software), bez wskazywania producenta lub nazwy handlowej produktu. W przedmiotowym zamówieniu, w siwz warunki te mogły być z powodzeniem spełnione, jednak zamawiający pisząc siwz działał „na skróty”, używając zamiast kilku charakterystycznych parametrów produktu, nazwę konkretnej marki (...). Działania takie nie są tu niczym uzasadnione, a tym bardziej usprawiedliwione. Wielokrotnie zostały tu użyte nazwy określonych produktów firmy Microsoft – w opisie rozwiązań klasy serwer, stacji roboczych, oznaczeniu systemu operacyjnego, czy przy formułowaniu wymagań co do pakietu biurowego. Nie stanowi tu usprawiedliwienia, zapis w załączniku 1, że rzekome nazwy produktów i oznaczenie producentów użyto „jedynie” w charakterze określenia wymagań minimalnych dla rozwiązań dotyczących oprogramowania lub przy określaniu bazy odniesienia, bo brakuje tu innych parametrów porównawczych, a przez to porównanie takie jest niemożliwe lub co najmniej znacznie utrudnione (...);
- biegły, odpowiadając na pytanie, czy opis parametrów urządzeń wskazanych w pkt. 3.18, 3.19, 1.1 (UTM), 4.5, 4.9 SIWZ, wskazuje na urządzenia niedostępne już na rynku, bądź takie które nie były dostępne nigdy, wyjaśnił m. in.: „(...) - pkt 3.18: są wskazania na to, że specyfikację skopiowano ze strony www niemal bez modyfikacji (...) przy modelu – konica minolta bizhub 20 (...) i produkt ten jest dostępny po dziś dzień (...).
- pkt 3.19, 1.1 oraz 4.9: nie jest znane biegłemu takie urządzenie, które spełnia dziś i które spełniało w czasie jw. wymagania siwz;
- pkt 4.5: są wskazania na to, że specyfikację skopiowano ze strony www niemal bez modyfikacji (...) przy modelu – benq mx660 (...) produkt ten pojawił się w sprzedaży w połowie 2011 roku, czasami jest też jeszcze teraz, w większości sklepów, mimo że z oferty jest już od dłuższego czasu wycofany (...).”

Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, iż po pierwsze, zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Po drugie opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który

mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) oraz poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Niezależnie od powyższego wszelkie czynności zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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 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.). 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). Przy czym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny oraz prawny, w szczególności treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, jak również fakt, że w postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta, której treść odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stwierdzić należy, że zamawiający niepoprawnie opisał przedmiot zamówienia, poprzez wskazanie takich parametrów technicznych, które posiada jedynie system oferowany przez firmę Madkom Sp. z o.o. Także fakt, że w jedynej nieodrzuconej ofercie wskazano ww. system potwierdza, iż opis przedmiotu zamówienia został tak sformułowany, że dotyczy jednego systemu produkowanego przez firmę Madkom Sp. z o.o.

Ponadto zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, co potwierdziła ekspertyza biegłego powołanego w niniejszej kontroli, względem opisu rozwiązań klasy serwer, stacji roboczych, oznaczenia systemu operacyjnego, przy formułowaniu wymagań co do pakietu biurowego, użył nazw określonych produktów firmy Microsoft, mimo iż zdaniem biegłego, można było opisać te elementy za pomocą określonych parametrów lub funkcjonalności.

W tym kontekście należy również przywołać, iż jak wynika z opinii biegłego, opis urządzeń dostępnych w czasie przeprowadzenia postępowania zawarty w pkt. 3.18 oraz pkt. 4.5 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne urządzenie: odpowiednio - konica minolta bizhub 20 oraz benq mx660.

Reasumując, opisany przez zamawiającego system wskazuje na produkt konkretnej firmy – Madkom S.A., dodatkowo zamawiający w opisie tym wskazał na inne konkretne produkty, używając także znaków towarowych, mimo że możliwe było opisanie przedmiotu zamówienia w inny, funkcjonalny sposób. Wobec powyższego, zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 oraz 3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 72/13).

IV.4.4. Przedmiot zamówienia: dostawa maszyn, urządzeń i wyposażenia dla zakładu przetwarzania i unieszkodliwiania odpadów

Wartość zamówienia: 1.306.500,00 zł (325.032,34 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Przedmiotem niniejszego zamówienia była dostawa maszyn, urządzeń i wyposażenia dla zakładu przetwarzania i unieszkodliwiania odpadów. Zamówienie podzielone było na 8 części. Część 8 obejmowała dostawę:

- samochodu wyładowczego do kontenerów z osprzętem trzyosiowym (1 szt.)
- samochodu wyładowczego do kontenerów z osprzętem czteroosiowym (1 szt.)

Zamawiający zastrzegł przy tym, że wymaga, aby samochody były wyprodukowane przez jednego producenta oraz aby urządzenia hakowe i żuraw zamontowane na samochodach: trzyosiowym i czteroosiowym były wyprodukowane przez jednego producenta.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego. Biegły w opinii wskazał, iż:

1. W opisie przedmiotu zamówienia w części nr 8 (załącznik nr 9 do siwz – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) zawarte są określenia, które wskazują na to, iż możliwości realizacji zamówienia może odbyć się jedynie przy zastosowaniu urządzeń konkretnego producenta.

2. Opis przedmiotu zamówienia zawiera sformułowania wskazujące na konkretną markę urządzenia. W przypadku:

- urządzenia hakowego – jest to model MULTILIFT XR 21S
- żurawia hydraulicznego – jest to model HIAB XS 166

3. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretnego producenta urządzeń, którym jest w przypadku:

- urządzenia hakowego – firma HIAB Sp. z o.o.
- żurawia hydraulicznego – firma HIAB Sp. z o.o.

W stosunku do samochodów trzy i czteroosiowych – opis przedmiotu nie wskazuje na konkretnego producenta pojazdów. Jednocześnie biegły zwrócił uwagę, że wymóg zastosowania urządzeń tego samego rodzaju „nie znajduje uzasadnienia w kontekście prawidłowej realizacji zamówienia”.

Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń, czy parametrów wskazujących na konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający powinien unikać więc wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt albo na konkretnego wykonawcę. Przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy aby wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia zostały określone w taki sposób, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia na dostawę samochodu nie jest zatem dopuszczalna taka konfiguracja parametrów, która wskazywałaby na produkt jednego producenta, skoro istnieją produkty innych producentów o zbliżonych cechach użytkowych (produkty równoważne). Walory użytkowe bowiem winny determinować ocenę przydatności nabywanego urządzenia dla zamawiającego.

W niniejszym stanie faktycznym nie można uznać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który nie utrudniał uczciwej konkurencji, co potwierdza stanowisko wyrażone w opinii biegłego. Z opinii tej wynika, że opis urządzenia hakowego i żurawia hydraulicznego wskazuje na jednego, konkretnego producenta, tj. firmę HIAB Sp. z o.o. Tym samym opis przedmiotu zamówienia ograniczał konkurencję na rynku producentów ww. urządzeń tylko do jednego ww. producenta. Wobec powyższego poprzez opisanie ww. elementów przedmiotu zamówienia w zakresie części VIII w sposób wskazujący konkretne urządzenia produkowane tylko przez konkretnego wykonawcę tj. HIAB Sp. z o.o., zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.4.5.Przedmiot zamówienia: budowa urządzeń małej retencji nizinnej

Wartość zamówienia: 3.057.968,70 zł (760.764,43 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, że jako kryterium udzielenia zamówienia przyjmuje ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów:

- 1) cena - waga 60;
- 2) ilość wybudowanych obiektów małej retencji wodnej w dwóch zamówieniach łącznie - waga 40.

W pkt 15 siwz p.t. „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert” zamawiający powtórzył ww. kryteria zamieszczając opis sposobu obliczania wartości punktowej oferty, w tym obliczanie wartości punktowej dla kryterium „ilość wybudowanych urządzeń małej retencji wodnej”, tj. W_u

Ilość obiektów	Liczba punktów
do 30 szt.	0
powyżej 30 szt. do 60 szt.	20
powyżej 60 szt.	40

Ilość wybudowanych urządzeń małej retencji wodnej wykonawcy byli zobowiązani podać w załączanym do oferty „wykazie wykonanych robót budowlanych”, który był składany także w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 1-3 ustawy Pzp zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Kryteriami oceny ofert dopuszczalnymi przez ustawę są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Ustawa w ust. 3 ww. art. 91 zastrzega jednak, iż kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

W przepisie art. 91 ust. 3 ustawy Pzp został ustanowiony generalny zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Z powyższego wynika, że właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie najkorzystniejszej oferty. Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy Pzp zastosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy.

Przeprowadzenie przez zamawiającego oceny podmiotowej wykonawców powinno poprzedzać czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynności te są niezależne od siebie a ich konsekwencje prawne są odmienne. Ocena podmiotowa dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie kryteriów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast ocena przedmiotowa może być przeprowadzona na podstawie kryteriów oceny ofert. Pierwsza z nich ma na celu określenie podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia i ewentualnie wykluczenie tych, którzy warunków nie spełniają. Druga ma na celu wybór oferty najkorzystniejszej, spośród ofert złożonych przez podmioty, które uprzednio zostały uznane za zdolne do realizacji zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, należy podkreślić, że zamawiający w ramach kryterium oceny ofert zobowiązany jest badać cechy dotyczące przedmiotu zamówienia, czyli jego cenę, parametry, termin wykonania, itp., nie może natomiast oceniać cech wykonawcy, czyli np. jego doświadczenia.

Zastosowane w przedmiotowym postępowaniu kryterium „ilość wybudowanych obiektów małej retencji wodnej w dwóch zamówieniach łącznie” w sposób opisany w siwz i w ogłoszeniu o zamówieniu narusza art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ odnosi się do właściwości wykonawcy (podmiotu wykonującego zamówienie publiczne), a nie do przedmiotu zamówienia (czyli oferowanych robót).

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.4.6. Przedmiot zamówienia: zakup sprzętu komputerowego i oprogramowania

Wartość zamówienia: 100.000,00 zł (26.048, 45 euro)

Projekt Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko–Pomorskiego

Zamawiający w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, opisał następujące kryteria:

- cena – (wzór - oferta o najniższej cenie otrzymuje 10 punktów od każdego członka komisji x ilość członków komisji x 70%),
- gwarancje – (wzór - oferta potwierdzająca najdłuższy okres gwarancji otrzymuje 10 pkt od każdego członka komisji x ilość członków komisji x 15%),
- termin realizacji – (wzór - oferta o najkrótszym terminie otrzymuje 10 punktów od każdego członka komisji x ilość członków komisji x 15%).

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek „opisać kryteria”, jakimi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jednocześnie sposób oceny ofert powinien być sformułowany w sposób zapewniający obiektywną ocenę złożonych ofert. Obowiązek prowadzenia postępowania w sposób jawny i przejrzysty (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz motyw 2-gi dyrektywy 2004/18/WE) nakłada na zamawiającego obowiązek wskazania sposobu, w jaki zostanie wybrana oferta najkorzystniejsza poprzez wyrażony w art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp obowiązek opisu kryteriów oceny ofert.

W przedmiotowym postępowaniu brak jest opisanego sposobu oceny takich ofert, które nie mają najniższej ceny, najkrótszego terminu realizacji i najdłuższego terminu gwarancji. Brak jest więc określenia sposobu obliczenia punktów dla kolejnych ofert w ramach każdego z trzech przyjętych kryteriów.

Brak jest również opisu sposobu oceny ofert w przypadku różnych okresów gwarancji dla różnych sprzętów. W przedmiotowym postępowaniu 3 wykonawców podało okres gwarancji na cały przedmiot zamówienia, a 1 wykonawca podał różne okresy gwarancji w zależności od rodzaju sprzętu. Niedoprecyzowanie sposobu wskazania okresu gwarancji i sposobu oceny różnych okresów gwarancji skutkowało niemożliwością dokonania obiektywnej oceny ofert.

Konsekwencją powyższego zdefiniowania kryteriów była konieczność ich doprecyzowania przez komisję przetargową w trakcie postępowania i uznaniowe przyznanie punktów (10, 5 i 3 pkt) za cenę oraz terminy realizacji i gwarancji zaoferowane przez wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób stwierdzić, aby przedstawiony w siwz sposób oceny ofert zapewniał wybór oferty w sposób przejrzysty. Tym samym, nie dokonując opisu kryteriów oceny ofert w sposób umożliwiający obiektywną ocenę ofert, zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 109/13).

