



Wyniki przeprowadzonych w 2012 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 2012 rok .....	5
III	Wyniki kontroli .....	8

### Dział II – Przykłady naruszeń.

<b>IV.1.</b>	<b>Naruszenia dotyczące braku stosowania ustawy Pzp oraz szacowania wartości zamówienia .....</b>	<b>15</b>
IV.1.1.	Udzielanie zamówień sektorowych w trybie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp .....	15
IV.1.2.	Udzielenie zamówienia na pełnienie funkcji inżyniera projektu w drodze aneksu do umowy.....	16
IV.1.3.	Szacowanie zamówienia na usługi koordynacji projektu.....	17
IV.1.4.	Udzielenie zamówienia w zamian za wydzierżawienie gruntów.....	19
IV.1.5.	Udzielenie zamówienia w drodze ugody sądowej .....	21
<b>IV.2.</b>	<b>Naruszenia dotyczące stosowania trybów niekonkurencyjnych .....</b>	<b>22</b>
IV.2.1.	Zamówienie na wykonanie zabudowy kontenera na samochodzie i na stacji kontroli lotu, art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp.....	22
IV.2.2.	Zamówienie na rozbudowę systemu informatycznego, art. 67 ust. 1 pkt 1b Pzp wraz z szacowaniem wartości.....	23
IV.2.3.	Zamówienie na wykonanie kopii zabytkowego mebla, art. 67 ust. 1 pkt 1c Pzp i art. 5 ust. 1a pkt 3 ustawy Pzp .....	27
IV.2.4.	Zamówienie na zarządzanie projektem i szkolenia, art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.....	28
IV.2.5.	Zamówienie na projekt i budowę wydziału produkcji preparatów do iniekcji i liofilizatów jałowych, art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp .....	30
IV.2.6.	Zamówienie na utworzenie parku rekreacyjno-wypoczynkowego, art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp .....	32
IV.2.7.	Zamówienie dodatkowe na rozbudowę i modernizację szpitala, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp.....	33
IV.2.8.	Zamówienie dodatkowe na budowę kompostowni osadów, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp.....	34
IV.2.9.	Zamówienia dodatkowe i uzupełniające na budowę wielofunkcyjnego budynku, art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.....	35
IV.2.10.	Zamówienie uzupełniające na wykonanie części ekspozycyjnej obiektu, art. 67 ust. 1 pkt 7 Pzp.....	37
<b>IV.3.</b>	<b>Naruszenia dotyczące oceny ofert .....</b>	<b>39</b>
IV.3.1.	Uzupełnianie wykazu sprzętu a odrzucenie oferty.....	39
IV.3.2.	Wykluczenie po zmianach siwz.....	40
IV.3.3.	Opłacenie polisy i udostępnianie doświadczenia przez podmiot trzeci .....	41
IV.3.4.	KRK od obcokrajowca .....	43
IV.3.5.	Oferta konsorcjum, pełnomocnictwo, wzywianie do uzupełnienia dokumentów..	44
IV.3.6.	Inne omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.....	46
<b>IV.4.</b>	<b>Naruszenia dotyczące opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia i terminu składania ofert...</b>	<b>48</b>
IV.4.1.	Warunek dotyczący okresu prowadzenia działalności gospodarczej.....	48
IV.4.2.	Warunek dotyczący doświadczenia w modyfikacji systemów informatycznych	49

IV.4.3.	Warunek dotyczący doświadczenia w dostawach na rynek UE .....	50
IV.4.4.	Warunek dotyczący doświadczenia w robotach wykonywanych w ramach jednej umowy.....	51
IV.4.5.	Warunek dotyczący zatrudnienia kadry.....	52
IV.4.6.	Opis przedmiotu zamówienia na zbudowanie platformy technologicznej do prezentacji zbiorów.....	53
IV.4.7.	Opis przedmiotu zamówienia na dostawę sprzętu komputerowego .....	55
IV.4.8.	Opis przedmiotu zamówienia na zakup oprogramowania.....	56
IV.4.9.	Opis przedmiotu zamówienia na dostawę samochodu.....	57
IV.4.10.	Skrócenie terminu składania ofert .....	58

## DZIAŁ I – Zagadnienia ogólne.

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

Ustawa Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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.

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 zatem nieprawidłowości w wyniku przeprowadzenia kontroli doraźnej następczej Prezes Urzędu może:

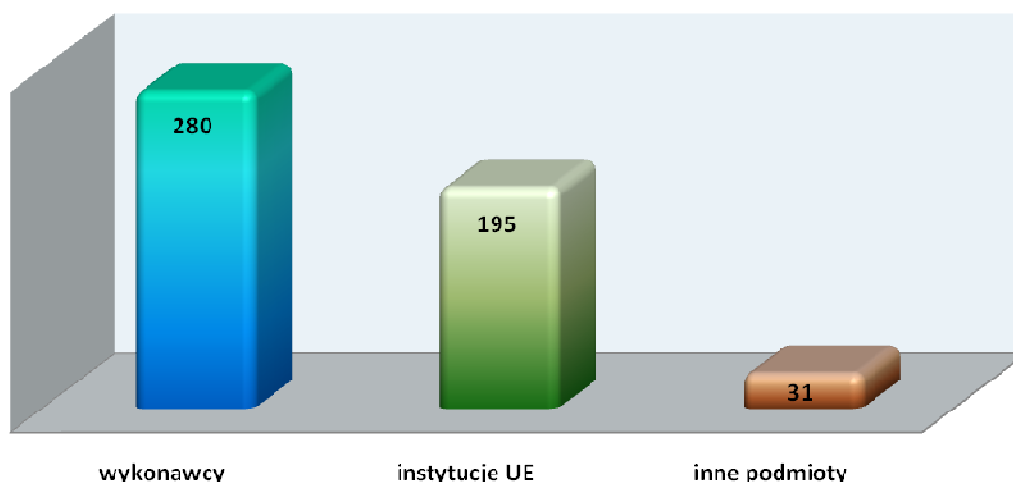
- zawiadomić rzecznika dyscypliny finansów publicznych, jeżeli w toku kontroli stwierdzono nieprawidłowości stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.),
- nałożyć karę pieniężną, jeżeli zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 – 4 i 7 ustawy i w toku kontroli stwierdzono naruszenia wymienione w art. 200 ustawy,
- 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, 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 2012 rok.

W badanym okresie Prezes Urzędu rozpatrzył **506 wniosków o wszczęcie kontroli doraźnych zamówień współfinansowanych ze środków UE**. Wnioski te kierowali przede wszystkim wykonawcy (280 wniosków), ale także instytucje zaangażowane we wdrażanie funduszy unijnych w Polsce (195 wniosków), w tym m.in. urzędy marszałkowskie (94 wnioski), Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi (57 wniosków), Ministerstwo Środowiska (9 wniosków), Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (7 wniosków), Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej (7 wniosków), Ministerstwo Zdrowia (5 wniosków), Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji (3 wnioski), Agencja Rozwoju i Modernizacji Rolnictwa (13 wniosków). Pozostałe wnioski składali m.in. posłowie i senatorowie, sami zamawiający, organy ścigania. W ramach rozpatrywania ww. wniosków **przeprowadzono 258 postępowań wyjaśniających** mających na celu ustalenie, czy zachodzi podstawa do wszczęcia kontroli doraźnej.

### Podmioty wnoszące o kontrolę zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej

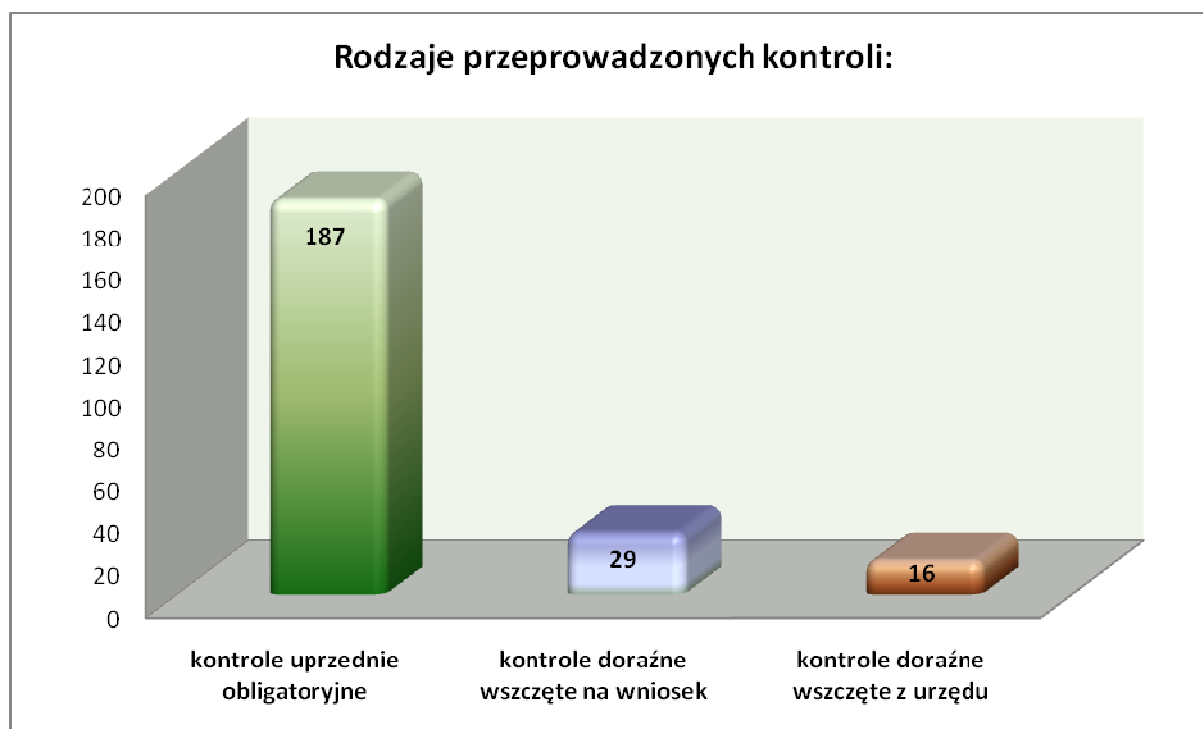


Ostatecznie przeprowadzono **45 kontroli doraźnych** następczych. 29 spośród tych kontroli zostało wszczętych na wniosek: wykonawców (16 kontroli), instytucji zaangażowanych we wdrażanie programów unijnych (12 kontroli) i policji (1 kontrola). 16 kontroli doraźnych następczych zostało wszczętych z urzędu przez Prezesa Urzędu z powodu uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu doszło do naruszeń mogących mieć wpływ na jego wynik, tj. przede wszystkim z powodu zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. Kontrole doraźne dotyczyły zamówień o wartościach na ogół nie przekraczających tzw. progów unijnych<sup>1</sup>. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom doraźnym wyniosła ok. 400 mln zł (w 2011 r. – ponad 400 mln zł).

Ponadto przeprowadzono **187 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 drogowych, wodociągowo-kanalizacyjnych oraz z zakresu gospodarowania odpadami i były najczęściej współfinansowane w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom obligatoryjnym uprzednim wyniosła ponad 39,5 mld zł (w 2011 r. – 74,5 mld zł).

W sumie w 2012 r. Prezes Urzędu przeprowadził **232 kontrole zamówień współfinansowanych ze środków unijnych**. Łączna wartość objętych kontrolą zamówień wyniosła prawie 40 mld zł.

<sup>1</sup> Zgodnie z obowiązującym w 2012 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.

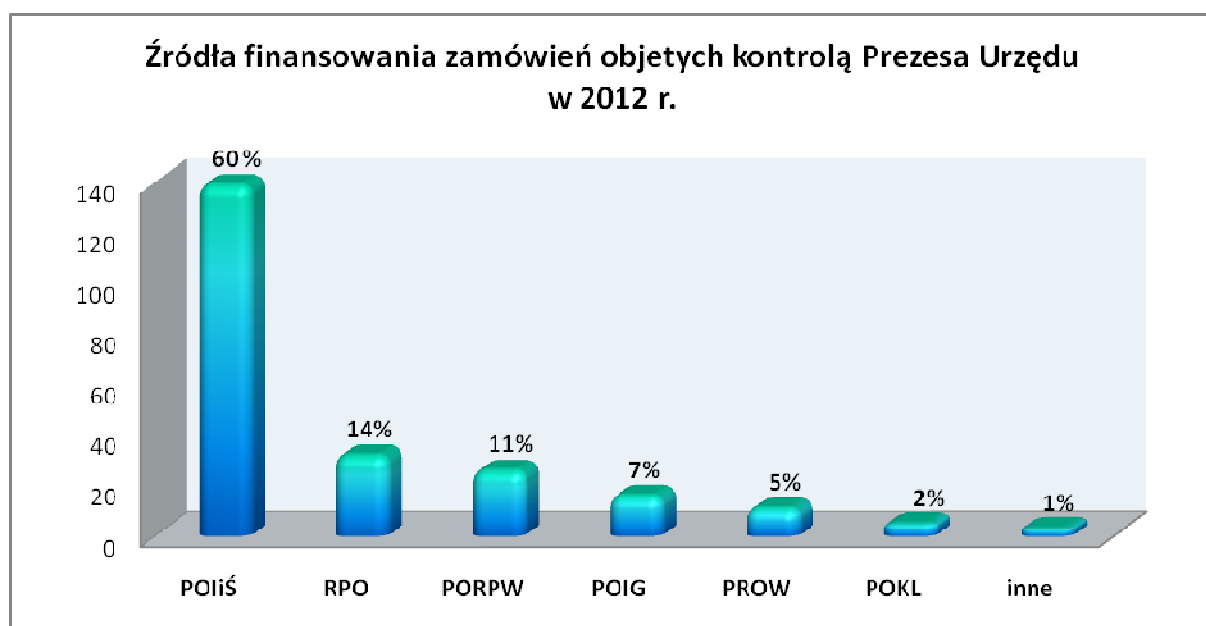


Kontrole przeprowadzone przez Prezesa Urzędu dotyczyły zamówień objętych następującymi programami operacyjnymi:

- 139 zamówień (60%) z PO Infrastruktura i Środowisko,
- 26 zamówień (11%) z PO Rozwój Polski Wschodniej,
- 16 zamówień (7%) z PO Innowacyjna Gospodarka,
- 11 zamówień (5%) z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich,
- 5 zamówień (2%) z PO Kapitał Ludzki,
- 32 zamówienia (14%) z Regionalnych Programów Operacyjnych, w tym:
  - 6 zamówień z RPO Województwa Śląskiego,
  - 4 zamówień z RPO Województwa Mazowieckiego,
  - 3 zamówień z RPO Województwa Dolnośląskiego,
  - 3 zamówienia z RPO Województwa Świętokrzyskiego,
  - 3 zamówień z RPO Województwa Lubelskiego,
  - 2 zamówień z RPO Województwa Pomorskiego,
  - 2 zamówienia z RPO Województwa Łódzkiego,
  - 2 zamówienie z RPO Województwa Kujawsko-Pomorskiego,
  - 2 zamówienia z RPO Województwa Małopolskiego,
  - 1 zamówienia z RPO Województwa Wielkopolskiego,

- 1 zamówienia z RPO Województwa Podkarpackiego,
- 1 zamówienia z RPO Województwa Zachodniopomorskiego,
- 1 zamówienie z RPO Województwa Podlaskiego,
- 1 zamówienie z RPO Województwa Opolskiego.

Ponadto przeprowadzono 1 kontrolę uprzednią zamówienia finansowanego z Europejskiego Programu Energetycznego na rzecz Naprawy Gospodarczej oraz 2 kontrole doraźne zamówień współfinansowanych ze środków przyznanych Polsce w ramach SPO WKP (łącznie 1%).



### III. Wyniki kontroli.

Wyniki przeprowadzonych w 2012 r. 232 kontroli dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków unijnych przedstawiały się następująco:

**W 148 kontrolach (64% z 232) nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp.** Przy czym większość takich przypadków (142) dotyczyła największych zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych.

**W 84 skontrolowanych postępowaniach (36% z 232) stwierdzono naruszenia ustawy Pzp,** w tym 29 kontroli (12,5% z 232) wykazało naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania, natomiast 55 kontroli (23,5% z 232) wykazało naruszenia mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W związku z wykryciem w toku kontroli nieprawidłowości mogących mieć wpływ na wynik postępowania:



- w przypadku kontroli uprzednich 18-krotnie wydawano zalecenia usunięcia ww. naruszeń oraz w jednym przypadku wydano zalecenie unieważnienia postępowania - **wszystkie zalecenia zostały przez zamawiających wykonane,**
- w przypadku kontroli doraźnych następczych w zależności od rodzaju zamawiającego i rodzaju stwierdzonych naruszeń zawiadamiano rzeczownika dyscypliny finansów publicznych lub wnioskowano o nałożenie kary pieniężnej.

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.

## **1. Naruszenia ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania dotyczyły:**

### **1.1. Nieuprawnionego odstąpienia od obowiązku stosowania ustawy Pzp.**

Każdy podmiot będący zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przy udzielaniu zamówienia na dostawę, usługę lub robotę budowlaną na podstawie umowy o charakterze odpłatnym zobowiązany jest do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamówieniem publicznym, w myśl art. 2 pkt 13 ustawy, jest każda odpłatna umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Stosowanie procedur zawartych w ustawie Pzp przy udzielaniu zamówień publicznych ma na celu zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówienia publicznego oraz w konsekwencji – racjonalne i przejrzyste wydatkowanie środków. Przepisy przewidują wyjątki od obowiązku stosowania procedur przewidzianych ustawą przy udzielaniu zamówień publicznych (art. 4 ustawy Pzp). Zamawiający zobowiązany jest jednak każdorazowo wykazać, że przy udzielaniu zamówień publicznych zachodzi podstawa (wyjątek) dla niestosowania procedur przewidzianych w ustawie. Nieuprawnione odstąpienie przez zamawiającego od obowiązku stosowania procedury przewidzianej w ustawie Pzp przy udzielaniu zamówienia publicznego godzi w cele ustawy ograniczając dostęp wykonawców do zamówień na zasadach niedyskryminujących, zwiększając ryzyka nieefektywnego wydatkowania środków oraz zwiększając ryzyka powstawania patologii związane z nieprzejrzystym ich wydatkowaniem. Naruszenie powyższe zawsze jest zatem uznawane za szczególnie rażące naruszenie prawa.

### **1.2. Dzielenia zamówienia na części, w wyniku czego nie stosowano przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej jego wartości.**

Co do zasady ustawa Pzp przewiduje 3 progi dotyczące wartości szacunkowej zamówienia:

- gdy wartość zamówienia nie przekracza 14.000 euro zamawiający nie mają obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp;
- gdy wartość zamówienia wynosi min. 14.000 euro, ale nie przekracza tzw. progów unijnych (patrz przypis na str. 6) zamawiający mają obowiązek stosować przepisy ustawy Pzp na zasadach uproszczonych, w tym m.in. zobowiązani są do publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne (patrz przypis na str. 6) zamawiający mają obowiązek stosować przepisy ustawy Pzp

na zasadach przewidzianych w dyrektywach UE, w tym m.in. zobowiązani są do publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Publikacja ogłoszenia o zamówieniu jest jednym z podstawowych instrumentów zapewniających niedyskryminujący dostęp wykonawców do zamówień publicznych, w przypadku zamówień powyżej tzw. progów UE dostęp wykonawców z Unii Europejskiej. Celowe dzielenie zamówienia na części (a więc nie wynikające z uzasadnionych przyczyn o charakterze obiektywnym) z zamiarem obniżenia wartości części zamówienia do kwoty poniżej 14.000 euro lub poniżej tzw. progów unijnych prowadzi do nieuzasadnionego odstępiania od stosowania przepisów ustawy lub do odstępiania od obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, a w konsekwencji - prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu wykonawców do zamówień publicznych.

### **1.3. Nieuzasadnionego zastosowania trybów zamówień nie przewidujących publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w szczególności trybu z wolnej ręki.**

Ustawa Pzp w art. 10 wskazuje, że podstawowymi trybami udzielania zamówień są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Pozostałe tryby można stosować wyłącznie w przypadkach ściśle określonych w ustawie Pzp. Szczególnym trybem jest tryb z wolnej ręki, ponieważ zakłada negocjacje z jednym, wybranym przez zamawiającego wykonawcą, a zatem całkowicie wyłącza konkurencję przy udzielaniu zamówienia publicznego. Stąd też, nieuprawnione zastosowanie tego trybu przez zamawiającego, przy niespełnieniu wszystkich przewidzianych przez przepisy przesłanek, stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

### **1.4. Niezgodnego z przepisami ustawy Pzp odrzucenia najkorzystniejszej oferty lub wykluczenia wykonawcy, który złożył taką ofertę.**

Wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty wg ustanowionych przez zamawiającego kryteriów (tj. m.in. ceny, ale też innych dopuszczalnych kryteriów) po uprzedniej weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający zobowiązani są do rzetelnej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jak i merytorycznej treści ich ofert oraz w konsekwencji odpowiednio do wykluczenia wykonawcy nie wykazującego zdolności do należytego wykonania zamówienia lub odrzucenia oferty w sposób istotny nie spełniającego wymagań zamawiającego. Jednakże nieuzasadnione odrzucenie najkorzystniejszej oferty lub wykluczenie wykonawcy, który taką ofertę złożył, stanowi nie tylko naruszenie przepisów ustawy, ale prowadzi do podważenia celów prowadzonej procedury przetargowej, a więc efektywnego wydatkowania środków.

### **1.5. Opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję.**

Opis przedmiotu zamówienia w znacznej mierze determinuje krąg wykonawców, którzy będą w stanie złożyć oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z ustawą może w sposób nieuzasadniony ograniczać konkurencję prowadząc tym samym do istotnego naruszenia zasad i celów ustawy, w szczególności może podważać efektywność uzyskanych rezultatów z przeprowadzonego przetargu w stosunku do możliwości, jakie daje rynek.

Kontrole Prezesa Urzędu wskazują, iż szczególny obszar narażony na dyskryminujący dostęp do zamówień poprzez nieprawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia stanowią dostawy. Ustalono, iż nieuzasadnione ograniczanie dostępu wykonawców do zamówień następuje poprzez wskazanie konkretnego produktu bez realnej możliwości składania ofert zawierających rozwiązania równoważne lub poprzez ustalenie szczegółowych parametrów przedmiotu zamówienia prowadzących do ograniczenia możliwości złożenia ofert tylko do ograniczonej grupy produktów lub określonego produktu. Jednocześnie bardzo precyzyjnemu opisowi przedmiotu zamówienia w postępowaniach na dostawy towarzyszy często kryterium ceny jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

#### **1.6. Opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję.**

Kolejnym etapem mającym wpływ na krąg wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o zamówienie publiczne, jest opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mający na celu zweryfikowanie, czy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotu zamówienia publicznego dysponuje odpowiednim potencjałem gwarantującym należyte jego wykonanie. Jednakże nieproporcjonalne stawianie wymagań w tym zakresie, nieadekwatne do celu jakiemu służą, prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu wykonawcom posiadającym odpowiedni potencjał do należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

## **2. Inne stwierdzone naruszenia polegały w szczególności na:**

### **2.1. Niepełnej treści ogłoszeń o zamówieniu.**

Art. 41 ustawy Pzp, Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz rozporządzenie Komisji (WE) 1564/2005, wskazują zawartość ogłoszenia o zamówieniu. Brak określonych informacji lub podawanie ich w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami, stanowi naruszenie ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie.

### **2.2. Żądaniu od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania, w szczególności w sytuacji braku opisanego sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dla którego żąda się przedstawienia dokumentu.**

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Przepis ma na celu odformalizowanie procedur udzielania zamówień i ułatwienie wykonawcom ubiegania się o zamówienie. Żądanie dokumentów, które nie są niezbędne, jest zatem sprzeczne z ww. celem.

### **2.3. Zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli nie miało to wpływu na wynik postępowania.**

W przypadku niezłożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających m.in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub złożenia dokumentów dotkniętych błędami, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Dopiero nieuzupełnienie przez wykonawcę wymaganych dokumentów stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak wezwania do uzupełnienia dokumentów narusza art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

#### **2.4. Zaniechania poprawienia omyłek w ofertach wykonawców, jeżeli nie miało to wpływu na wynik postępowania.**

Ustawa Pzp dopuszcza możliwość poprawienia w ofertach omyłek pisarskich, omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, jeśli nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Odrzucenie oferty wykonawcy bez poprawienia w jego ofercie ww. omyłek stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 i 87 ust. 2 ustawy Pzp.

#### **2.5. Nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisie sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu.**

Ustawa Pzp wymaga, aby opis warunków udziału w postępowaniu był związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Oznacza to, że opis ten ma być adekwatny do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. Nadmierny, nieproporcjonalny opis warunków, może prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, o czym mowa w pkt 1.6.

#### **2.6. Opisie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych.**

Zgodnie z ustawą Pzp zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia poprzez wskazywanie znaków towarowych, patentów czy pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i dodatkowo wskazaniu takiemu towarzyszy dopuszczenie rozwiązań równoważnych. Wskazanie zatem konkretnego produktu poprzez np. wskazanie znaków towarowych jest zatem niezgodne z przepisami ustawy Pzp, a poza tym może prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, o czym mowa w pkt 1.5.

#### **2.7. Braku zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.**

Zamawiający ma obowiązek opublikować ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, czyli o zawarciu umowy z danym wykonawcą wraz z podaniem nazwy wykonawcy i ceny jego oferty. Brak publikacji ww. ogłoszenia powoduje naruszenie zasady przejrzystości udzielania zamówień.

Podkreślić należy, że od kilku lat nie zmienia się rodzaj stwierdzanych naruszeń. Co do zasady stwierdzane naruszenia i wskazane powyżej mają charakter powtarzalny.

Podsumowując wyniki kontroli zamówień z udziałem środków unijnych należy zauważyć, że wskazują one na rosnącą liczbę postępowań przeprowadzonych bez naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych. W 2012 r. 64% kontroli takich postępowań nie wykazało naruszeń, w 2011 r. – 58%, zaś w 2010 r. – 48%. Znacząca większość postępowań w których nie stwierdzono naruszeń dotyczy zamówień o wartości przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych, czyli zamówień obligatoryjnie podlegających kontroli uprzedniej. Zamawiający udzielający tych zamówień są z góry

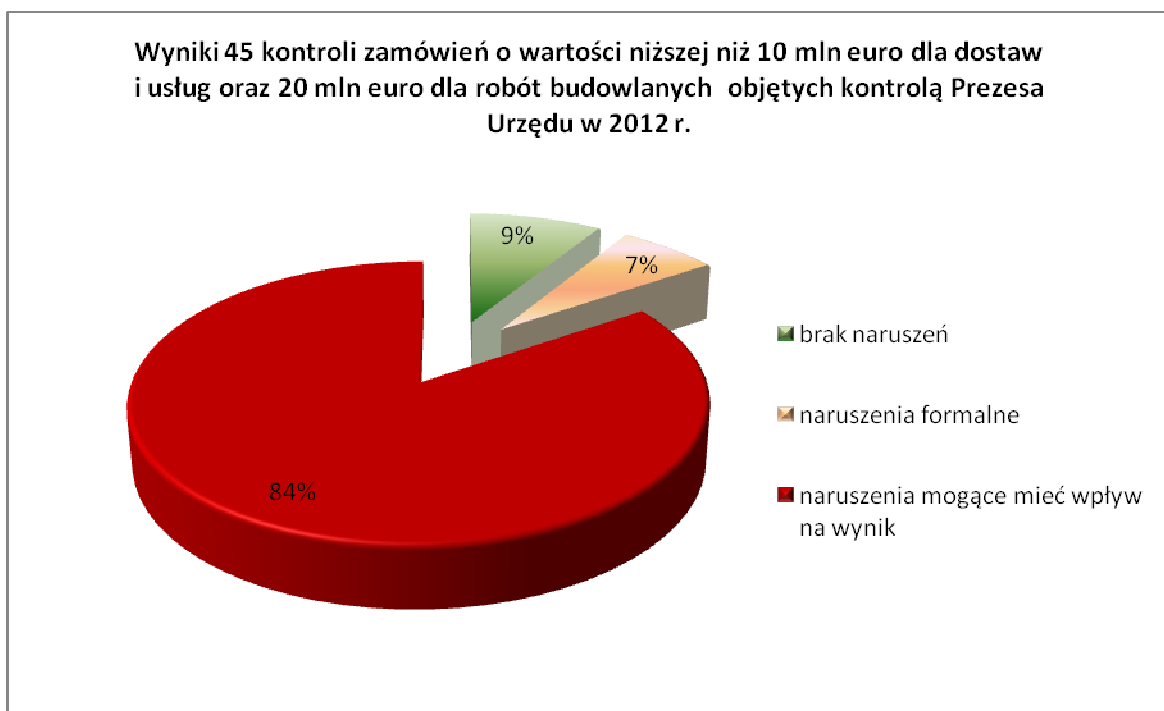
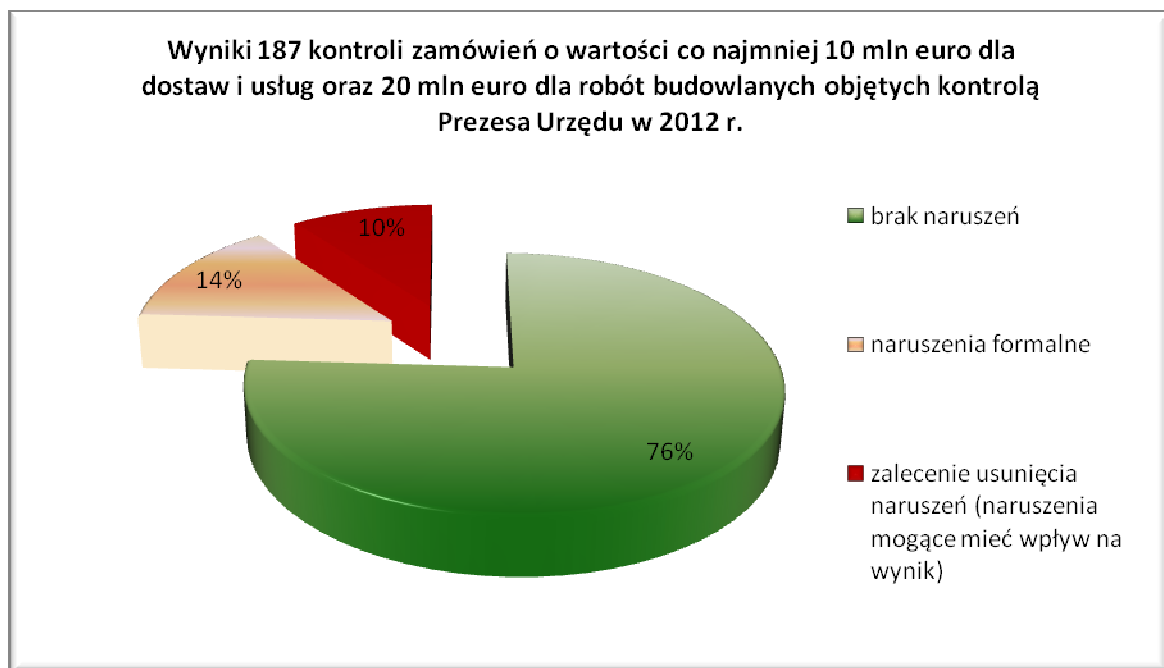
świadomi konieczności poddania się kontroli, jak też dysponują co do zasady większym doświadczeniem i wyspecjalizowaną kadrą w zakresie udzielania zamówień publicznych.

Z kolei najwięcej istotnych naruszeń ustawy Pzp mających wpływ na wynik postępowania wykrywanych jest w ramach kontroli doraźnych dotyczących zamówień o wartości nieprzekraczających tzw. progów unijnych. Fakt ujawniania większości naruszeń ustawy Pzp w postępowaniach o niższych wartościach częściowo wynika ze specyfiki kontroli doraźnych, która polega na tym, że kontrole te są wszczynane tylko w przypadku uzasadnionego podejrzenia, że w postępowaniu doszło do naruszenia mogącego mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym, kontrole te są wszczynane tylko w sprawach, w których już postępowanie wyjaśniające wskazywało na potencjalne istotne nieprawidłowości. Ponadto, zamawiający udzielający zamówień o niższych wartościach niejednokrotnie nie biorą pod uwagę ryzyka objęcia postępowania kontrolą.

Na szczególną uwagę zasługuje jedna z kontroli uprzednich Prezesa Urzędu przeprowadzona w roku 2012, w toku której stwierdzono pozostawanie wykonawców ubiegających się o zamówienie w porozumieniu mającym na celu ograniczenie dostępu do zamówienia innym wykonawcom. W wyniku kontroli wydano zalecenie odrzucenia ofert ww. wykonawców jako stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji oraz unieważnienie postępowania. O wyniku kontroli, Prezes Urzędu zawiadomił m.in. prokuraturę oraz Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Podkreślenia wymaga że spośród 84 kontroli, w których wykryto naruszenia, aż 55 wskazywało na naruszenia mające wpływ na wynik postępowania, tj. 23,5 % ze wszystkich 232 przeprowadzonych kontroli. Odsetek takich kontroli jest więc wyższy niż w 2011 r. i 2010 r., kiedy wynosił odpowiednio 18% i 15%. Oznacza to, że przy rosnącej liczbie postępowań przeprowadzonych bez naruszeń ustawy Pzp, rośnie jednocześnie liczba postępowań dotkniętych najpoważniejszymi nieprawidłowościami. Niekoniecznie musi to jednak świadczyć o pogorszeniu jakości stosowania procedur przez zamawiających, ale o ukierunkowaniu działań Prezesa Urzędu na obszary, w których ryzyka naruszeń ustawy Pzp są największe. Szczególnie dotyczy to kontroli doraźnych postępowań prowadzonych w trybie z wolnej ręki lub prowadzonych bez stosowania ustawy Pzp.

Wyniki przeprowadzonych kontroli w zależności od wartości kontrolowanych zamówień przedstawiają poniższe diagramy:



## DZIAŁ II – Przykłady naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

### IV.1. Naruszenia dotyczące nieuprawnionego odstąpienia od obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych:

**IV.1.1. Przedmiot zamówienia:** wykonanie kompleksowej instalacji ługowniczej wraz z rurociągiem zrzutu solanki do morza oraz rozbudowa podziemnego magazynu gazu o dwie kawerny magazynowe

**Wartość zamówienia:** łącznie 155.941.471,00 zł (35.546.266,47 euro)

**Projekt** z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

W przedmiotowej sprawie zamawiający był zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie udzielania zamówień mających charakter sektorowy i będących przedmiotem niniejszej kontroli, tj. zamówień na:

- wykonanie kompleksowej instalacji ługowniczej wraz z rurociągiem zrzutu solanki do morza,
- rozbudowę podziemnego magazynu gazu o dwie kawerny magazynowe.

Jednak na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający udzielił ww. zamówień spółce zależnej – I. S.A. bez zastosowania przepisów ustawy Pzp. Ponadto jak wynika dalej z dokumentacji, spółka I. S.A. w ramach realizacji umów na realizację ww. zamówień dokonała dalszego zlecenia wykonania części tych zamówień na rzecz kolejnych firm.

Z konstrukcji art. 136 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający udzielający bez stosowania ustawy Pzp zamówienia sektorowego musi udzielić go podmiotowi, który będzie wykonawcą zamówienia i który spełnia pozostałe przesłanki określone w tym przepisie. Ponadto należy zauważyć, iż ww. przepis stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 23 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 czerwca 2004r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. W myśl art. 23 ust. 2 lit. a Dyrektywy nie ma ona zastosowania do zamówień udzielanych przedsiębiorstwom powiązanym. W piśmiennictwie podkreśla się, że wyłączenie to ma zastosowanie do świadczenia usług takich jak księgowość, rekrutacja czy zarządzanie, a także usług specjalistycznych, obejmujących w szczególności *know-how* grupy, przez wyspecjalizowane w tym zakresie przedsiębiorstwo powiązane na rzecz przedsiębiorstw wchodzących w skład grupy kapitałowej. Podział grupy ekonomicznej na osobne podmioty nie podważa bowiem jej gospodarczej jedności: usługi świadczone przez spółki powiązane są realizowane „u siebie” nawet w przypadku umowy zawartej między poszczególnymi spółkami wchodzącymi w skład grupy. Wyłączone zamówienia to takie, które są udzielane przedsiębiorstwu powiązanemu, którego zasadniczym celem jest działanie jako centralny usługodawca wobec grupy, do której należy, a nie sprzedawanie swoich usług na zasadach komercyjnych na rynku.

Omawiane przepisy należy rozumieć ponadto w kontekście motywu 32 preambuły dyrektywy 2004/17/WE, który stanowi: „Należy wyłączyć określone zamówienia na usługi, dostawy i roboty budowlane udzielane przedsiębiorstwom powiązanym, których podstawowa działalność obejmuje realizowanie tego rodzaju usług, dostaw lub robót na rzecz grupy, której jest członkiem, niż oferowanie ich na rynku. (...) Niemniej jednak należy zapewnić, że wspomniane wyłączenie nie powoduje ograniczania konkurencji na korzyść przedsiębiorstw (...), które są powiązane z podmiotami zamawiającymi.”

W świetle powyższego stosując art. 136 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie może udzielać zamówień podmiotowi, który nie został utworzony w celu realizacji zamówień, które są mu udzielane, i które nie mieszczą się w ramach jego podstawowej działalności. Dodatkowo

stosowanie ww. przepisu nie może prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji na rynku, na którym działa przedsiębiorstwo powiązane, co wynika zarówno z motywu 32 preambuły dyrektywy, jak i z ogólnych zasad systemu zamówień publicznych dotyczących wszelkich czynności zamawiającego podejmowanych w związku z udzielaniem zamówień publicznych.

W przedmiotowej sprawie w pierwszej kolejności, biorąc pod uwagę przede wszystkim rodzaj, a także zakres robót i usług zleconych przez I. S.A. podmiotom trzecim, należy zauważyć, że ww. spółka zależna, do której zastosowano art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest faktycznym wykonawcą istotnych części tych zamówień. Przedmiotowe zamówienia, w zakresie w jakim dotyczyły robót budowlanych, faktycznie nie były przez I. S.A. wykonywane, gdyż zostały zlecone przez spółkę zależną firmom trzecim.

Z dokumentacji sprawy wynika ponadto, że przedmiot obu zamówień nie jest w całości objęty faktyczną działalnością spółki zależnej, której udzielono ww. zamówień. W szczególności podstawowa działalność I. S.A. polega na prowadzeniu nadzoru inwestorskiego, ew. na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego, nie zaś na samodzielnej budowie określonych instalacji będących przedmiotem ww. umów zawartych z zamawiającym. Tym samym nie można uznać, że udzielenie ww. zamówień I. S.A. tj. spółce zależnej zamawiającego, było zgodne z celem regulacji przewidzianej w art. 136 ust. 1 ustawy Pzp i art. 23 dyrektywy sektorowej, tj. z tym, aby wykonanie przedmiotu zamówienia wchodziło w zakres podstawowej działalności spółki zależnej, której udziela się zamówienia z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych. W ramach podstawowej działalności spółka I. S.A. nie realizuje bowiem samodzielnie inwestycji, których dotyczą umowy będące przedmiotem kontroli, zatem zlecenie jej w drodze tych umów, ww. zamówień było niezgodne z celem art. 23 dyrektywy wyrażonym w motywie 32 preambuły dyrektywy sektorowej.

Nadmienić przy tym należy, że rynek na którym spółce zależnej zostały przez zamawiającego udzielone ww. zamówienia, jest niewątpliwie rynkiem konkurencyjnym. Możliwe było zatem udzielenie ww. 2 zamówień z zastosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych, a w konsekwencji z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Natomiast udzielenie tych zamówień I. S.A., która w istocie zamówień tych w znacznej części nie zrealizowała, doprowadziło do wyłączenia konkurencji przy udzielaniu tych zamówień. Powyższe również stoi w sprzeczności z celem i zasadami stosowania art. 23 dyrektywy sektorowej określonymi w motywie 32 preambuły dyrektywy i w sprzeczności z podstawowymi zasadami systemu zamówień publicznych.

Biorąc zatem pod uwagę, że I. S.A. nie był faktycznym wykonawcą istotnej części umów zawartych z zamawiającym, przedmiot tych umów nie był w całości objęty podstawową działalnością spółki zależnej, a udzielenie ww. zamówień I. S.A. całkowicie wyłączyło konkurencję na rynku, na którym istnieją inni wykonawcy zdolni do wykonania tych zamówień, Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający udzielając ww. zamówień spółce zależnej – I. S.A., bez stosowania ustawy Pzp, naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 136 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **IV.1.2. Przedmiot zamówienia:** pełnienie funkcji inżyniera projektu

**Wartość zamówienia:** 821.885,43 zł (211.984,58 euro)

**Projekt** z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Umowa w sprawie niniejszego zamówienia została zawarta w dniu 19.02.2009 r. W §2 tej umowy wskazano termin realizacji zamówienia: „do dnia zakończenia projektu, nie później niż do 30.08.2011 r.” W dniu 20.03.2012 r. zamawiający podpisał z wykonawcą aneks nr 2, zgodnie z którym wydłużono termin realizacji umowy „do dnia zakończenia projektu – nie później niż do 30 października 2012 r.”, a ponadto zwiększono wynagrodzenie wykonawcy z kwoty 1.103.278,20 PLN na 1.353.278.20 PLN, tj. o 250.000 PLN.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia ww. umowy, zakazuje się 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. Jednocześnie przepis ten nie może być zastosowany w celu udzielenia nowego zamówienia publicznego, zwłaszcza w kontekście brzmienia art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w siwz. Ponadto w myśl art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Poprzez zakres świadczenia wykonawcy należy rozumieć konkretny rzeczowy zespół czynności, które zobowiązany jest on wykonać w określonym w umowie czasie zgodnie z przyjętym harmonogramem za określonym w umowie wynagrodzeniem. W przypadku wydłużenia okresu świadczenia usługi Inżyniera projektu rzeczowy zakres czynności świadczonych przez wykonawcę pozostaje co do zasady analogiczny, jednakże zmiana umowy w wydłużonym okresie czasu powoduje, że czynnik czasu wpływa bezpośrednio na rozszerzenie zakresu świadczonych przez wykonawcę usług, a w konsekwencji na wysokość przysługującego mu z tego tytułu wynagrodzenia. Tym samym, wydłużenie czasu trwania umowy jest jednocześnie udzieleniem nowego zamówienia publicznego na wykonywanie usługi Inżyniera projektu w okresie wykraczającym poza pierwotnie przyjęty termin realizacji umowy i w zakresie przedmiotowym określonym wydłużonym czasem trwania tej usługi. Wobec powyższego, brak jest podstaw prawnych do aneksowania umowy dotyczącej świadczenia usług Inżyniera projektu w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wydłużenie okresu świadczenia przedmiotowych usług przez wykonawcę, które powoduje wzrost jego wynagrodzenia, z uwagi na naruszenie poprzez taką czynność art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zakazującego zawierania umów na zakres nie objęty postanowieniami siwz oraz treścią oferty. W przedmiotowej sprawie należy zatem przyjąć, że wykonawca zakończył realizację usługi w dniu 30.08.2011 r., natomiast od dnia 20.03.2012 r. wykonywał nowe zamówienie, wykraczające poza usługę określoną w umowie z dnia 19.02.2009 r.

W związku z powyższym w opinii Prezesa Urzędu, aneksem nr 2 z dnia 20.03.2012 r. zamawiający, z pominięciem zasad konkurencji, udzielił wykonawcy zamówienia na pełnienie usługi Inżyniera projektu, z naruszeniem art. 144 ust. 1 w zw. z art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **IV.1.3. Przedmiot zamówienia:** koordynacja projektu „Proste drogi do sukcesu”

**Wartość zamówienia:** łącznie 161.700,00 zł (41.706,43 euro).

**Projekt** z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

Zamawiający realizując projekt: „Proste drogi do sukcesu” zawarł umowy na wykonanie usług koordynacji z koordynatorami w ramach trzech szczebli, tj. powiatowego, gminnego oraz szkolnego. Wartość każdej z podpisywanych umów nie przekroczyła wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, tj. 14 000 euro (tj. 54 279,40 PLN), i w związku z tym zamawiający nie zastosował przepisów ustawy Pzp dla udzielenia zamówienia na usługi koordynacji, w tym m. in. nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym, prawnie określonym publikatorze – Biuletynie Zamówień Publicznych.

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. Nie jest zatem 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 dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, ale przy udzieleniu każdej z części zamówienia będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

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 więc kryteriami: tożsamości przedmiotowej zamówienia – przedmiot tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, tożsamości czasowej zamówienia – funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej oraz tożsamości podmiotowej – możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w przewidywalnym czasie, przez tego samego wykonawcę.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, zważając na wskazany przez zamawiającego zakres czynności przypisany poszczególnym koordynatorom oraz szeregiem koordynacji, stwierdzić należy, iż każdy z ww. szczebli odznacza się zróżnicowanym zakresem obowiązków oraz wykonywanych zadań. Tym samym nie zachodzi pomiędzy nimi tożsamość przedmiotowa. W kontekście powyższego należy zauważyć, że wartości podpisanych umów w odniesieniu do szczebla powiatowego i gminnego nie przekraczają wyrażonej w złotych równowartości 14 000 euro, w związku z czym uzasadnionym było w ich przypadku zastosowanie przez zamawiającego dyspozycji art. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

Nie można natomiast zgodzić się z działaniem zamawiającego, dotyczącym podziału zamówienia na usługę koordynacji w odniesieniu do szczebla koordynatorów szkolnych, skutkującym brakiem stosowania przepisów ustawy Pzp. Z analizy sprawy wynika, iż w odniesieniu do kryterium tożsamości przedmiotowej, zamówienia na usługę koordynacji na szczeblu szkolnym są względem siebie identyczne. Ich celem była koordynacja oraz czuwanie nad prawidłowym przebiegiem projektu „Proste drogi do sukcesu” w poszczególnych placówkach oświatowych. Tożsamość zadań wykonywanych przez koordynatorów szkolnych przesądza o wystąpieniu tożsamości przedmiotowej tych zamówień.

Odnosząc się również do aspektu tożsamości czasowej powyższych zamówień, należy wskazać, iż w stanie faktycznym sprawy zamówienia były funkcjonalnie powiązane ze sobą oraz nabywane w tym samym czasie (umowy zawarte 7 i 17 grudnia 2009 r.), w określonej perspektywie czasowej, jednoznacznie zdefiniowanej założeniami, celami oraz czasem trwania projektu.

Ponadto tożsamy zakres czynności koordynatorów szkolnych w poszczególnych placówkach oświatowych niewątpliwie jest okolicznością potwierdzającą wystąpienie tożsamości podmiotowej w niniejszym stanie faktycznym. Trudności organizacyjne, równoczesność odbywania się zajęć w szkołach, czy znajomość infrastruktury szkół nie stanowią okoliczności świadczących o tym, że niemożliwa jest realizacja usługi przez jednego wykonawcę.

W powyższym stanie faktycznym, zamawiający w zakresie zamówień na usługi koordynatorów szkolnych, zobowiązany był zatem zastosować art. 32 ust. 4 ustawy Pzp udzielając zamówienia w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania. Umożliwiłoby to potencjalnym wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówień na poszczególne części, w konsekwencji również zagwarantowałoby uczestnictwo wykonawców na zasadzie równego dostępu do części zamówienia.

Łącznie oszacowana wartość kontrolowanego zamówienia w zakresie usługi koordynacji na szczeblu szkolnym przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia odrębnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowiło naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. 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.

**IV.1.4. Przedmiot zamówienia:** wybudowanie hali dydaktyczno – sportowej w zamian za wydzierżawienie gruntów należących do zamawiającego

**Wartość zamówienia:** zgodnie umową dzierżawy: 12.990.000,00 zł brutto  
(2.961.021,20 euro)

Zamówienie nie finansowane ze środków UE

Zamawiający zawarł z firmą E. S.A. przed notariuszem dwie warunkowe umowy dzierżawy. Konstrukcja prawna obu umów dzierżawy, które zaczęły obowiązywać kolejno od dnia 1 września 2008 r. oraz od dnia 1 października 2008 r., w tym w szczególności cel ich zawarcia oraz forma płatności czynszu z tytułu dzierżawy nieruchomości objętej aktem notarialnym wskazują, iż doszło do udzielenia zamówienia publicznego obejmującego wybudowanie hali dydaktyczno – sportowej w zamian za wydzierżawienie gruntów należących do zamawiającego bez zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zgodnie z warunkową umową dzierżawy zwaną dalej „Pierwszą Umową Dzierżawy”, oddał w dzierżawę nieruchomości niezabudowane o powierzchni 10 836,58 m<sup>2</sup>, będące jego własnością, zwane dalej „Nieruchomością”. Stosownie do § 4 pkt 1 – 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy, firma E. S.A., zwana dalej „Dzierżawcą” lub „Wykonawcą”, przyjęła Nieruchomość do używania i pobierania pożytków, dalej „Przedmiot Dzierżawy”, oraz zobowiązała się do wykorzystywania Przedmiotu Dzierżawy w celu wybudowania parkingu wielopoziomowego wraz z towarzyszącą infrastrukturą. Okres dzierżawy został ustalony przez strony na 30 lat z możliwością zawarcia po upływie tego czasu kolejnej umowy na co najmniej 15 lat.

Stosownie do § 10 pkt 1 oraz pkt 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy, Dzierżawca zobowiązał się płacić czynsz w wysokości i terminach określonych w następujących sumach, tj.:

1. w kwocie 5 415,50 zł netto powiększonej o należny podatek VAT (w obowiązującej stawce), płatnej za każdy miesiąc kalendarzowy z góry w okresie od dnia wydania Przedmiotu Dzierżawy do dnia wygaśnięcia przyszłej umowy dzierżawy, zwanej dalej „Drugą Umową Dzierżawy”;
2. w płatnej jednorazowo za cały okres dzierżawy kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 12 909 333,00 zł netto a łączną kwotą czynszu netto zapłaconego przez Dzierżawcę zgodnie z opisanym wyżej pkt 1;
3. w kwocie netto odpowiadającej aktualnej wysokości wszelkich podatków od nieruchomości należnych od Wydierżawiającego w każdym miesiącu kalendarzowym w związku z własnością Przedmiotu Dzierżawy, a po wybudowaniu parkingu wielopoziomowego w związku z własnością Przedmiotu Dzierżawy i własnością parkingu wielopoziomowego, płatnej miesięcznie z góry przez cały okres trwania dzierżawy.

W ramach Drugiej Umowy Dzierżawy, Dzierżawca został uprawniony do poniesienia na ww. nieruchomości nakładów na realizację hali dydaktyczno – sportowej, które zostały jednocześnie uznane za świadczenia, w rozumieniu art. 693 § 2 Kc, oraz formę płatności czynszu w kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 12 909 333,00 zł netto a łączną kwotą czynszu netto zapłaconego przez Dzierżawcę co miesięcznie w kwocie 5 415,50 zł netto [według § 10 pkt 2 lit. (i) oraz (ii) Pierwszej Umowy].

Pierwsza Umowa Dzierżawy określała w § 11 sposoby rozliczenia ww. czynszu w kwocie 12 909 333,00 zł netto, płatnego jednorazowo za cały 30 letni okres dzierżawy.

Ostatecznie czynsz w kwocie stanowiącej różnicę między kwotą 12 909 333,00 zł netto a sumą płaconego przez Dzierżawcę czynszu w kwocie 5 415,50 netto zł miał zostać zapłacony w drodze potrącenia należności z faktury VAT wystawionej przez Dzierżawcę do kwoty 12 990 000,00 zł brutto (w związku z pozostawieniem na nieruchomości, będącej

przedmiotem drugiej umowy, nakładów w postaci wybudowanej hali dydaktyczno – sportowej) z należnościami z faktury VAT wystawionej przez Wydzierżawiającego z tytułu czynszu określonego w § 10 pkt 2 lit. (ii) Pierwszej Umowy Dzierżawy (tj. czynszu w kwocie stanowiącej różnicę między kwotą 12 909 333,00 zł netto a sumą czynszu w kwocie 5 415,50 netto płaconego przez Dzierżawcę co miesięcznie do czasu uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie nowo wybudowanej hali dydaktyczno – sportowej).

Ww. faktury miały zostać wystawione przez strony w dacie podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego nieruchomości wydzierżawionej Dzierżawcy w celu wybudowania ww. hali dydaktyczno – sportowej. Potrącenie miało skutkować umorzeniem się wzajemnym ww. wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej w dniu upływu terminu ich płatności.

Okoliczności faktyczne sprawy, a w szczególności postanowienia ww. umów dzierżawy, wskazują, iż zamawiający zawarł niniejsze umowy, udzielając *de facto* zamówienia publicznego na budowę Hali Dydaktyczno – Sportowej, bez zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Legalna definicja zamówienia publicznego zawarta w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, stanowi że przez „zamówienie publiczne” należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Powyższe oznacza, iż zawarcie określonej umowy cywilnoprawnej jest udzieleniem zamówienia publicznego, w przypadku gdy spełnione zostaną następujące podstawowe warunki, tj.: stronami umowy są zamawiający i wykonawca w rozumieniu przepisów ustawy, umowa ma charakter odpłatny, przedmiot umowy to usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Odnosząc się do cechy odpłatności, należy zauważyć, iż w doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, w której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Odwołując się zatem do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest nim umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający - w postaci wykonanej na jego rzecz usługi, dostawy lub roboty budowlanej, jak i wykonawca – najczęściej w postaci zapłaty lub w innej - niekoniecznej pieniężnej - postaci, której wartość może zostać przedstawiona w pieniądzu.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż umowy w oparciu o które została zrealizowana Hala Dydaktyczno – Sportowa, miały charakter odpłatny. Strony ww. Umów Dzierżawy zobowiązały się bowiem, że rozliczenie nastąpi między nimi w drodze potrącenia należności z faktur, które zostaną wystawione przez Strony w dacie podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego nieruchomości zabudowanej halą dydaktyczno - sportową, zgodnie z Drugą Umową Dzierżawy. Zamawiający zobowiązał się więc z jednej strony do wystawienia faktury z należnością z tytułu czynszu za 30 letnią dzierżawę nieruchomości przeznaczonych pod budowę parkingu wielopoziomowego. Dzierżawca zaś z drugiej miał wystawić fakturę VAT do kwoty nie wyższej niż 12 990 000,00 zł brutto w związku z wysokością nakładów poniesionych na wybudowanie przedmiotowej hali. Wierzytelności z obu ww. faktur, jak stanowi Pierwsza Umowa Dzierżawy miały następnie ulec potrąceniu, skutkującemu umorzeniem się nawzajem wierzytelności do wysokości niższej w dniu płatności.

A zatem, należy stwierdzić, że konstrukcja umów dzierżawy, na podstawie których firma E. S.A. wybudowała halę dydaktyczno – sportową, miała *expressis verbis* charakter odpłatny, aczkolwiek niepieniężny. Budowa hali dydaktyczno – sportowej, w tym poniesione na nią nakłady przez firmę E. S.A. były formą płatności czynszu dzierżawnego za dzierżawę gruntów pod budowany parking wielopoziomowy. Jednocześnie budowa ww. hali miała charakter wymierny, zamawiający uzyskał bowiem korzyść w formie budynku hali dydaktyczno – sportowej wzniesionego nakładem około 12 990 000,00 zł brutto.

Reasumując powyższe należy stwierdzić, iż zamawiający udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

**IV.1.5. Przedmiot zamówienia:** roboty dodatkowe w toku realizacji inwestycji pn. Centrum pobytowe EURO 2012

Zamówienie nie finansowane ze środków UE.

Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację inwestycji pn. Centrum pobytowe EURO 2012 – boiska sportowe ze środków własnych wykonawcy wraz ze spłatą na rzecz Wykonawcy kwoty określonej w formularzu ofertowym w okresie do 2020 r. w trybie przetargu nieograniczonego.

W pkt 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostało wskazane, iż: *„Zamawiający – na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy – Pzp – zastrzega sobie prawo do zmiany treści umowy wskutek wystąpienia okoliczności, których nie dało się przewidzieć na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i na etapie podpisywania umowy lub wystąpienie których nie zależy od woli stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo zmiany te są korzystne dla zamawiającego.*

*W szczególności Zamawiający ustanawia następujące warunki umożliwiające zmianę treści umowy: (...)*

*- wystąpienie konieczności wykonania robót dodatkowych, od których zależy wykonanie przedmiotu zamówienia.*

*Dopuszczalny zakres zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego obejmuje: (...)*

*- możliwość zmiany umówionego wynagrodzenia wynikającej z porównania rozmiaru i wartości robót zamiennych z robotami pierwotnie zamówionymi z zastrzeżeniem nieprzekraczalności ceny ofertowej, która będzie stanowić maksymalną graniczną kwotę umówionego wynagrodzenia;*

*- modyfikację rozmiaru i rodzaju robót w zakresie ustalonych robót zamiennych, bez możliwości jednak rozszerzenia zakresu zamówienia w związku z zakazem wynikającym z art. 140 ust. 1 ustawy – Pzp; (...).”*

Zamawiający w dniu 28 lipca 2009 r. zawarł umowę na wykonanie ww. zamówienia. W toku realizacji inwestycji strony, po rozpoznaniu przez Sąd Rejonowy wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, zawarły ugodę sądową, na podstawie której zawarły aneks Nr 3 do umowy. Zgodnie z § 2 zawartego aneksu strony ustaliły zakres prac zamiennych i dodatkowych oraz ich wartość. Zgodnie z § 3 aneksu wykonawca udzielił zamawiającemu upustu w kwocie 83 365,13 zł od wartości robót dodatkowych i robót zamiennych określonych w kosztorysach. Łączne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie robót dodatkowych wyniosło 816 807,17 zł.

Art. 2 pkt 13 ustawy stanowi, że ilekroć w ustawie jest mowa o zamówieniach publicznych należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja zamówienia publicznego, zawarta we wskazanym przepisie, ma charakter przedmiotowo - podmiotowy. Dla dokonania kwalifikacji prawnej danego zamówienia jako zamówienia publicznego, konieczna jest więc ocena, czy w danym stanie faktycznym łącznie zostały spełnione następujące warunki: umowa jest odpłatna, stronami umowy są zamawiający i wykonawca, a jej przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

W niniejszym stanie faktycznym należy stwierdzić, że podmiot udzielający przedmiotowego zamówienia jest zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy. Nie ulega również wątpliwości, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Trzecim warunkiem

niezbędnym do spełnienia, by uznać, iż mamy do czynienia z zamówieniem publicznym jest odpłatność przez zamawiającego na rzecz wykonawcy za wykonane roboty budowlane. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych świadczeniem zamawiającego za zrealizowanie przez wykonawcę zamówienia nie musi być konieczne świadczenie pieniężne. Świadczenie zamawiającego stanowi zawsze ekwiwalent (kwotę pieniędzy, rzecz lub wierzytelność) za świadczenie niepieniężne wykonawcy i jest wynagrodzeniem wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia publicznego.

W tym miejscu należy wskazać, iż odpłatność za wykonanie przedmiotowego zamówienia polegała na tym, że wynagrodzenie wykonawcy z umowy podstawowej nie zostało pomniejszone o kwotę 816 807,17 zł, tj. kwotę wynikającą z różnicy pomiędzy wartością robót z oferty złożonej w postępowaniu (3 787 770,09 zł), a wartością robót zamiennych (2 970 962,92 zł). Jednocześnie wykonawca udzielił zamawiającemu upustu w wysokości 83 365,13 zł, aby wynagrodzenie wykonawcy z umowy podstawowej nie uległo zwiększeniu o tę kwotę. Brak obniżenia wynagrodzenia wykonawcy z umowy podstawowej z tytułu robót zamiennych wskazanych w zawartym aneksie niewątpliwie przedstawia wartość pieniężną w wysokości 816 807,17 zł. A zatem, należy stwierdzić, iż tym samym zaszła trzecia z przesłanek warunkująca uznanie, iż w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z zamówieniem publicznym. Art. 7 ust. 3 ustawy stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Biorąc zatem powyższe pod uwagę, Prezes Urzędu stwierdził, iż zamawiający udzielając zamówienia publicznego na wykonanie ww. robót budowlanych wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, naruszył art. 7 ust. 3 ustawy.

## **IV.2. Naruszenia dotyczące stosowania trybów niekonkurencyjnych:**

**IV.2.1. Przedmiot zamówienia:** wykonanie zabudowy kontenera na samochodzie IVECO 50C18 oraz wykonanie zabudowy wyposażenia stacji kontroli lotu.

**Wartość zamówienia:** 196.800,00 zł (51.263,34 euro)

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

**Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka**

Zamawiający zwrócił się z prośbą o sporządzenie „ofert cenowych” do 5 wykonawców, z czego 4 wyraziło chęć realizacji przedmiotu zamówienia przedstawiając kalkulację cenową w oparciu o założenia techniczne opracowane przez zamawiającego. W wyniku przeprowadzonej analizy rynku został wybrany wykonawca – T. Sp. z o.o. Wg zamawiającego za skierowaniem zaproszenia do negocjacji do ww. wykonawcy przemawiał fakt, że z rozeznania cenowego wynikało, iż zrealizuje on zamówienie najtaniej, a ponadto doświadczenie wykonawcy gwarantowało wysoki standard oraz wysoką jakość wykonywanych badań, związanych z realizacją projektu.

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. Stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu jest zatem 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.

Zatem przekonanie zamawiającego, iż wyłoniony wykonawca „gwarantuje wysoki standard oraz wysoką jakość wykonywanych badań, związanych z realizacją projektu” nie jest wystarczające dla spełnienia przesłanek przemawiających za zastosowaniem ww. trybu udzielenia zamówienia. Możliwość zastosowania wybranego przez zamawiającego trybu wyklucza także fakt, iż – jak wynika z przywołanych powyżej pism wykonawców, do których skierowano „zapytania ofertowe” 4 wykonawców zadeklarowało, że jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie.

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 Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający naruszył ww. przepis oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

**IV.2.2. Przedmiot zamówienia:** dostarczenie oprogramowania aplikacyjnego i udzielenie licencji, a następnie – rozbudowa systemu informatycznego

**Wartość zamówienia:** łącznie 77.145.157,37 zł (19.897.489,54 euro).

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

**Projekt z SPO WKP oraz z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka**

Z dokumentów przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż zamawiający zawarł cztery odrębne umowy na:

- Dostarczenie Oprogramowania Aplikacyjnego udostępniającego dane ze zbiorów, udzielenie licencji do Oprogramowania Aplikacyjnego, przekazanie dokumentacji Oprogramowania Aplikacyjnego oraz wykonanie instalacji Oprogramowania Aplikacyjnego i przeprowadzenie testów (umowa z dnia 9 maja 2008 r.), dalej zwana umową podstawową,
- Rozbudowę Systemu Rejestrów Państwowych, (...) oraz przygotowanie do migracji Systemu na nową infrastrukturę (umowa z dnia 14 listopada 2008 r.),
- Rozbudowę Systemu Rejestrów Państwowych (umowa z dnia 31 marca 2009 r.),
- Implementację i wdrożenie zaawansowanych funkcjonalności Oprogramowania (...) (umowa z dnia 22 czerwca 2009 r.).

Szacunkowa wartość zamówień została ustalona przez zamawiającego na podstawie analizy rynku odrębnie dla każdego postępowania i wyniosła odpowiednio:

- dla postępowania na zawarcie umowy z dnia 9 maja 2008 r.: 38.000 PLN netto (tj. 9.801,14 EUR netto),
- dla postępowania na zawarcie umowy z dnia 14 listopada 2008 r.: 5.098.960,65 PLN (tj. 1.314.993,16 EUR),
- dla postępowania na zawarcie umowy z dnia 31 marca 2009 r.: 26.926.229,51 PLN (tj. 6.944.940,68 EUR),
- dla postępowania na zawarcie umowy z dnia 22 czerwca 2009 r.: 45.081.967,21 PLN (tj. 11.627.754,56 EUR),

co łącznie daje kwotę: 77.145.157,37 PLN netto (tj. 19.897.489,54 EUR netto).

Postępowanie w przedmiocie zawarcia umowy podstawowej z dnia 9 maja 2008 r. zostało wszczęte 18 kwietnia 2008 r. poprzez skierowanie zapytań ofertowych do 5 wybranych wykonawców. Oferty złożyły 2 firmy. Umowa została zawarta z firmą I. Polska Sp. z o.o.

Zawarcie ww. umowy podstawowej nie zostało poprzedzone postępowaniem przeprowadzonym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym stanie faktycznym wartość zamówienia udzielonego na podstawie umowy podstawowej z dnia 9 maja 2008 r. nie została oszacowana łącznie z pozostałymi zamówieniami na oprogramowanie objętymi ww. projektem. W konsekwencji zamówienie to zostało udzielone wg procedury wyłączającej stosowanie ustawy Pzp, tj. na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp dopuszczającego niestosowanie ustawy, jeśli wartość zamówienia nie przekracza równowartości kwoty 14.000 euro.

W tym miejscu należy zauważyć, że zamawiający w momencie wszczęcia postępowania prowadzonego w oparciu o procedury wewnętrzne w celu zawarcia umowy podstawowej miał świadomość, że pełny zakres zamówienia jest znacząco większy i przekracza wielokrotnie wartość umowy podstawowej. O planowanym charakterze projektu polegającego na budowie kompleksowego systemu świadczą w szczególności następujące dokumenty: a) zapisy poszczególnych umów w przedmiocie wykonania kolejnych elementów oprogramowania wraz z opisami przedmiotu zamówienia, b) dokumenty wytworzone w szczególności w MSWiA odnoszące się do zakresu systemu, c) wnioski o dofinansowanie projektu ze środków europejskich. Istotne informacje potwierdzające planowany charakter przedsięwzięcia zawarto także w „Podstawowym Dokumentie Programu (...)” zatwierdzonym w kwietniu 2007 r. przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji.

Ustawa Pzp jest aktem implementującym do polskiego porządku prawnego dyrektywy Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych. Art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE stanowi, że żaden projekt budowlany, ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług, nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy. Przepis ten wskazuje, że dla oceny, czy wartość określonych zamówień należy szacować łącznie, podstawowe znaczenie ma to, czy były one planowane, a zatem - czy zamawiający mógł przewidywać ich udzielenie w określonej perspektywie czasowej. W przypadku planowania przez zamawiającego zlecenia określonych usług, których odrębna wartość nie przekracza tzw. progów unijnych, zamawiający nie może udzielać ich odrębnie unikając stosowania przepisów dyrektywy, ale ma obowiązek łącznego szacowania ich wartości.

Ww. postanowienia dyrektywy 2004/18/WE implementuje do polskiego porządku prawnego m.in. art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Przede wszystkim zauważyć należy, że zakres projektu był przez zamawiającego możliwy do przewidzenia co najmniej od kwietnia 2007 r., tj. rok przed udzieleniem zamówienia o wartości poniżej 14.000 euro bez stosowania ustawy Pzp. Świadczy o tym m.in. treść wskazywanego już wyżej „Podstawowego Dokumentu Programu (...)” zatwierdzonego przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz wnioski o dofinansowanie tego projektu w ramach SPO WKP oraz PO IG wraz z odpowiednimi umowami o dofinansowanie. Ww. dokumenty potwierdzają, że wykonanie umowy podstawowej z dnia 9 maja 2008 r. było jedynie pierwszym krokiem niezbędnym do realizacji projektu w zakresie budowy oprogramowania obsługującego rejestry, o których mowa w ww. dokumentach, tj. do utworzenia kompleksowego systemu, w ramach którego działać będzie oprogramowanie obsługujące rejestry państwowe. Planując zatem utworzenie takiego systemu zamawiający miał obowiązek oszacować wartość pierwszego z udzielanych w tym celu zamówień (w tym przypadku o wartości poniżej 14.000 euro) łącznie z wartością planowanych następnych zamówień, które były niezbędne do realizacji całego projektu PESEL 2.



W tym miejscu należy dodatkowo zauważyć, że w systemie zamówień publicznych za jedno zamówienie uznaje się takie częściowe zamówienia, w których: a) istnieje tożsamość przedmiotowa poszczególnych części i są one względem siebie tożsame funkcjonalnie, b) zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę oraz c) zachodzi tożsamość czasowa udzielania kolejnych części.

W przedmiotowej sprawie wszystkie ww. przesłanki zostały spełnione. Przede wszystkim z treści opisów przedmiotu zamówienia wszystkich czterech umów wynika, że zarówno wykonanie pierwotnej wersji Oprogramowania Aplikacyjnego, jak i jego późniejsze rozszerzenia są ze sobą ściśle powiązane i wzajemnie się dopełniają – usługi rozszerzenia systemu nie byłyby możliwe do zrealizowania bez posiadania bazy systemu tj. oprogramowania uzyskanego na gruncie umowy podstawowej. Ponadto wykonawcą, który zrealizował wszystkie części zamówienia był I. Polska Sp. z o.o. Spełniona została także przesłanka odnosząca się do terminu realizacji świadczenia, która występuje nie tylko w sytuacji, gdy zamówień można udzielić jednocześnie, w tym samym czasie, ale także wtedy gdy do ich udzielenia dochodzi w przewidywalnej perspektywie czasowej określonej specyfiką przedmiotu zamówienia, znanej na etapie udzielenia pierwszego z zamówień częściowych. W niniejszej sprawie wszystkie cztery postępowania zostały wszczęte, a umowy zostały zawarte, w zbliżonym terminie, w odstępie około jednego roku. Przede wszystkim jednak, jak wykazano już wyżej, zamówienia w przedmiocie realizacji oprogramowania były planowane przez zamawiającego w ramach jednego projektu, co przesądza o ich tożsamości zarówno przedmiotowej, jak i czasowej.

Konkludując, ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy. W konsekwencji powyższego działania, zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamówieniu objętym umową z dnia 9 maja 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czym naruszył nie tylko treść przepisów w zakresie konieczności publikacji ogłoszenia o zamówieniu (art. 40 ust. 3 ustawy Pzp), ale także europejskie zasady udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności w zasadę przejrzystości.

Jak wynika z protokołów postępowania załączonych do niniejszej dokumentacji kontroli, zamawiający przeprowadził postępowania o udzielenie trzech kolejnych zamówień na: *Rozbudowę Systemów Rejestrów Państwowych (...) oraz przygotowanie do migracji na nową infrastrukturę (umowa z 14 listopada 2008 r.), Rozbudowę Systemu Rejestrów Państwowych (umowa z 31 marca 2009 r.) oraz implementację i wdrożenie zaawansowanych funkcjonalności Oprogramowania (...)* (umowa z 22 czerwca 2009 r.), w trybie zamówień z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

Uzasadniając wybór trybu do przeprowadzenia postępowania skutkującego zawarciem umowy z dnia 14 listopada 2008 r. zamawiający wskazał, że jedynym podmiotem uprawnionym do dokonywania modyfikacji (rozszerzenia) oprogramowania jest firma, która je przygotowała tj. I. Polska Sp. z o.o., dlatego też rozpoczęto negocjacje z autorem posiadanego oprogramowania celem wprowadzenia stosownych zmian. Jak wyjaśnił zamawiający „Z postanowień umowy z dnia 9 maja 2008 r. [tj. umowy podstawowej na przygotowanie oprogramowania aplikacyjnego zawartej poza ustawą – dop.] wynika iż autorskie prawa majątkowe do oprogramowania zostają przy twórcy, tj. firmie I.”

Z kolei uzasadniając wybór trybu zamówienia z wolnej ręki na zawarcie umowy z 31 marca 2009 r. zamawiający wyjaśnił, że „(...) Beneficjent projektu posiada licencję na użytkowanie oprogramowania, jednak licencja nie obejmuje praw do jego modyfikacji. Wyłączne prawa do modyfikacji posiada firma I. Polska sp. z o.o. Z tego względu, aby rozbudować i osiągnąć pełną wymaganą przez użytkowników funkcjonalność oprogramowania konieczne jest zawarcie Umowy z firmą I. Polska Sp. z o.o. (...) W ramach przedmiotu zamówienia, Wykonawca zmodyfikuje oprogramowanie, które zostało wytworzone w ramach umów z dnia 09.05.2008 r. i z dnia 14.11.2008 r.”

Podobnie uzasadniając wybór trybu zamówienia z wolnej ręki na zawarcie umowy z 22 czerwca 2009 r. zamawiający odwołał się do problemu niedysponowania prawami autorskimi do modyfikacji oprogramowania, stwierdzając, że z postanowień wcześniej zawartych umów „wynika iż autorskie prawa majątkowe do oprogramowania zostają przy twórcy, tj. firmie I. (...) z tego względu, aby rozbudować i osiągnąć wymaganą funkcjonalność oprogramowania konieczne jest zawarcie Umowy z firmą I. Polska Sp. z o.o. (...)”.

Wg art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp nie wystarczy zatem, aby przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego (prawem autorskim). Zamawiający musi wykazać, iż wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi. Tym samym, konieczne jest spełnienie dwóch przesłanek – istnienie praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, pomiędzy którymi musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy. Pamiętać należy, że przepisy szczególne ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym przepis art. 67 ust 1 pkt 1 lit b) ustawy Pzp, interpretować należy w świetle zasad udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ogólnych. Należą do nich zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle tych zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp wymaga, aby istniejący stan rzeczy spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań zamawiającego. Nie można więc uznać, że spełnione zostały przesłanki art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, jeżeli okoliczności uzasadniające zastosowanie tego przepisu – tj. istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa – mają swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Innymi słowy działanie zamawiającego nie może w żaden sposób powodować zaistnienia okoliczności, od których zaistnienia ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Z okoliczności sprawy wynika, że zamawiający udzielając zamówienia w ramach umowy podstawowej miał świadomość, że koherentny projekt informatyczny jakim było zbudowanie ww. systemu, nie zostanie zrealizowany tylko w oparciu o powyższą umowę. Zamawiający dysponował dokumentami, z których jednoznacznie wynikało, że budowa oprogramowania jest działaniem o zdecydowanie szerszym wymiarze niż tylko zakup oprogramowania o wartości 38.000 zł netto (jak w umowie z dnia 9 maja 2008 r.). Pomimo dysponowania tą wiedzą, zamawiający w świetle postanowień § 4 pkt 1 wszystkich ww. umów, w tym w szczególności umowy z dnia 9 maja 2008 r., nie zapewnił sobie autorskich praw majątkowych i zależnych do oprogramowania. Tym samym zamawiający nie nabywając praw autorskich, wykreował w sposób świadomy sytuację, w której stworzył uzasadnienie dla udzielenia kolejnych zamówień w trybie z wolnej ręki powołując się na prawa autorskie wykonawcy, których uprzednio w sposób świadomy nie nabył.

W tym miejscu koniecznym staje się przypomnienie, że umowa podstawowa z dnia 9 maja 2008 r. została zawarta bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji wyłączenie umowy podstawowej o niskiej wartości tj. 46.360,00 złotych brutto, do odrębnego zamówienia i niezabezpieczenie praw autorskich „wymusiło” udzielenie dalszych zamówień wykonawcy, I. Polska Sp. z o.o. w trybie z wolnej ręki w znacznie szerszym zakresie i o znacznie większej wartości, o czym świadczy zawarcie pozostałych umów o wartości: 6.200.000,00 złotych brutto, 12.850.000,00 złotych brutto oraz 52.400.000,00 złotych brutto. W praktyce więc zawarcie z wyłączeniem ustawy Pzp umowy o wartości ok. 50.000 złotych z konkretnym wykonawcą służyło do dalszego wydatkowania przeszło 71.000.000 złotych temu samemu wykonawcy z wyłączeniem jakiegokolwiek konkurencji. Działania takie stoją jednoznacznie w sprzeczności z ustawą Prawo zamówień publicznych, szczególnie z

zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 i art. 10 ustawy Pzp, a ich akceptowanie prowadzić może do podważenia systemu zamówień publicznych w Polsce, czyniąc ze stosowania trybu z wolnej ręki zasadę, a nie wyjątek od zasady stosowania trybów przetargowych. Działanie takie godzi także w cele systemu zamówień publicznych, do których należy zapewnienia niedyskryminacyjnego dostępu wykonawców do zamówień publicznych, wyrażone m.in. w motywie drugim dyrektywy 2004/18/WE implementowanej przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując, okoliczności faktyczne niniejszej sprawy tj. planowana przez zamawiającego konieczność udzielenia co najmniej kilku zamówień w zakresie realizacji systemu, zawarcie pierwszej umowy na budowę systemu w trybie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp – czyli bez stosowania ustawy i bez szacowania łącznej wartości zamówienia, niezabezpieczenie w treści tej umowy praw autorskich do oprogramowania i w konsekwencji udzielenie kolejnych zamówień temu samemu wykonawcy (tym razem w trybie zamówienia z wolnej ręki powołując się na przesłankę związaną z ochroną praw wyłącznych) o wartości wielokrotnie przekraczającej wartość umowy zawartej bez stosowania ustawy wskazują, iż zamawiający naruszył treść art. 7 ust. 1, art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

**IV.2.3. Przedmiot zamówienia:** wykonanie kopii fotela znajdującego się w zbiorach

Biblioteki Polskiej w Paryżu

**Wartość zamówienia:** 70 000,00 zł (18 233,91 euro),

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

**Projekt** z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający wszczął w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie kopii fotela znajdującego się w zbiorach Biblioteki Polskiej w Paryżu na potrzeby ekspozycji stałej Muzeum.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę w przypadku działalności twórczej lub artystycznej. Przepis ten wskazuje zatem dwie przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki: dostawy, usługi lub roboty mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę (przesłanka z pkt 1 odnosząca się do wszystkich 3 podpunktów a-c) oraz zamówienie musi być udzielone w zakresie działalności twórczej lub artystycznej (przesłanka z podpunktu c).

W przedmiotowej sprawie należy zauważyć, iż zamawiający wskazał, że istnieje więcej niż jeden wykonawca, który może wykonać zamówienie. W uzasadnieniu wyboru trybu zamawiający podał, iż rynek tego typu usług jest ograniczony, jednakże jak wskazuje dokumentacja, zamawiający zwracał się z zapytaniami ofertowymi do innych wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca B.J. złożył ofertę, której zamawiający nie mógł zaakceptować jedynie ze względu na cenę wykonania zamówienia, co jednoznacznie jednak wskazuje, że na rynku znajduje się przynajmniej dwóch wykonawców mogących zrealizować zamówienie. Nie może być uzasadnieniem dla udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki zaufanie, jakim zamawiający obdarza określonego wykonawcę. Nie jest to bowiem przesłanka wymieniona w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, ponadto jest to czynnik subiektywny, nie gwarantujący wyboru faktycznie najkorzystniejszej oferty spośród wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Fakt, że w niniejszej sprawie obiektywnie istnieją na rynku inni wykonawcy mogący wykonać ww. zamówienie powoduje, że nieuprawnione było udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie zamawiający, jako dodatkową przesłankę wyboru trybu z wolnej ręki, podał art. 5 ust. 1a pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem w przypadku udzielania zamówienia na usługę niepriorytetową zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować poniesieniem straty w mieniu publicznym.

W pierwszej kolejności wskazać, iż argument pilności udzielenia zamówienia w okresie kwalifikowalności nie może zostać uznany za trafny w sytuacji, kiedy pierwsze rozeznanie rynku zostało przeprowadzone w maju 2009 r., a postępowanie w trybie z wolnej ręki zamawiający wszczął w dniu 17 września 2010 r. Oznacza to, że co najmniej od maja 2009 zamawiający planował udzielenie ww. zamówienia. Ponadto umowę o dofinansowanie projektu zamawiający zawarł w dniu 1 marca 2010 r., a zatem dysponował wystarczającym okresem czasu, nawet od momentu podpisania umowy o dofinansowanie, aby przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym z terminem realizacji zamówienia do 30.10.2010 r. Należy też podkreślić, iż zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Tym samym nie można uznać wyjaśnień zamawiającego o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki ze względu na pilność udzielenia zamówienia, gdyż zgodnie z przepisem wskazanym powyżej zamawiający mógł przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym bez konieczności stosowania terminów wynikających z art. 43 ust. 2 lub 49 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit c ustawy Pzp i art. 5 ust. 1a ustawy Pzp. Tym samym zamawiający naruszył ww. przepisy i zasadę prymatu trybów konkurencyjnych, o której mowa w art. 10 ustawy Pzp.

**IV.2.4. Przedmiot zamówienia:** zarządzanie projektem oraz przeprowadzenie szkoleń w ramach projektu: „Profesjonalizm Urzędów = Satysfakcja Mieszkańców Powiatu”

**Wartość zamówienia:** 290 151,22 zł (75 579,89 euro)

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

**Projekt z** Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę *zarządzania projektem oraz przeprowadzenie szkoleń w ramach projektu: „Profesjonalizm Urzędów = Satysfakcja Mieszkańców Powiatu”*. W postępowaniu tym wybrano ofertę wykonawcy R. Sp. z o.o. Zgodnie z zawartą umową, zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonywania umowy. W dniu 05.04.2011 r. na mocy porozumienia między zamawiającym a wykonawcą doszło do rozwiązania umowy. Następnie zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i zawarł umowę z wykonawcą A. s.c.

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.

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wykazał, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z zaistnieniem sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć. Na brak możliwości uznania faktu rozwiązania umowy - za wyjątkową oraz nieprzewidywalną sytuację wskazuje fakt, że zamawiający przewidział sytuację nienależytego wykonywania tej umowy oraz możliwość jej rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym. Tak więc w świetle ww. zapisów w niniejszej sprawie nie może być mowy o sytuacji wyjątkowej i niemożliwej do przewidzenia.

Należy także zauważyć, iż umowa o dofinansowanie przedmiotowego projektu przewidywała możliwość zmian, co w przypadku dopełnienia przez zamawiającego określonych obowiązków pozwalało na zachowanie przyznanego dofinansowania. Ponadto, z § 26.1.4 (Rozwiązanie umowy) przedmiotowej umowy wynika, że podstawą do rozwiązania umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym była okoliczność, iż *beneficjent ze swojej winy nie rozpoczął realizacji Projektu w ciągu 3 miesięcy od ustalonej we wniosku początkowej daty okresu realizacji Projektu, zaprzestał realizacji Projektu lub realizuje go w sposób niezgodny z niniejszą umową*. Jak wynika z okoliczności sprawy, rozwiązanie umowy zawartej w wyniku przetargu nieograniczonego nastąpiło z winy wykonawcy, zatem w świetle powyższego zapisu nie istniało ryzyko rozwiązania umowy o dofinansowanie. Powyższe oznacza, że dokonanie ewentualnych zmian w procesie realizacji projektu, było możliwe pod warunkiem spełnienia określonych wymogów i nie stanowiło okoliczności wyjątkowej i nieprzewidywalnej, jak też nie groziło utratą dofinansowania.

Kolejną przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest też potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia. Na podstawie tego przepisu dopuszczalne jest zatem udzielenie zamówień tylko w takim zakresie, który jest niezbędny do zapobieżenia zagrożeniu, np. ochrony życia i zdrowia, znacznej szkody majątkowej, czy ochrony środowiska. Z pewnością usługa zarządzania projektem i prowadzenia szkoleń nie służy ochronie tak ważnych interesów, zatem nie musi być wykonana natychmiast. Ewentualna utrata środków finansowych w przypadku niedochowania terminów zawartych w umowie o dofinansowaniu projektu (niezależnie od faktu, że w istocie zagrożenie takie nie istniało, co wykazano powyżej), również nie powoduje natychmiastowej konieczności wykonania zamówienia, która zwalnia zamawiającego z całkowitego odstąpienia od zasad uczciwej konkurencji, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Ponadto zawarcie umowy na ponad rok i 8 miesięcy oznacza, że od początku nie było mowy o natychmiastowej realizacji zamówienia.

Należy także zauważyć, że z danych zawartych w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2010 roku” (str. 23) wynika, że przeciętny czas trwania postępowania o wartości nie przekraczającej progów UE (publikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych), liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy wskazanej w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia w 2010 r. wyniósł 33 dni (w 2009 – 37 dni, w roku 2008 – 36 dni). W przypadku przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia na usługi czas ten wyniósł w 2010 r. zaledwie 30 dni. Powyższe potwierdza także faktyczny czas trwania postępowania prowadzonego przez zamawiającego pierwotnie w trybie przetargu nieograniczonego – 27 dni (od 29.12.2010 r. do 25.01.2011 r.).

Powyższe oznacza, iż gdyby zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na przedmiotowe usługi w dniu 1 kwietnia 2011 r. (tj. bezpośrednio po powzięciu informacji o nieprawidłowym wykonywaniu zamówienia przez R. Sp. z o.o.), umowę w sprawie zamówienia mógłby podpisać już pod koniec tego miesiąca lub na początku maja (a zatem zaledwie kilka dni później niż miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu – 21 kwietnia

2011 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.

**IV.2.5. Przedmiot zamówienia:** wykonanie projektu i budowa nowego wydziału produkcji preparatów do iniekcji i liofilizatów jałowych

**Tryb:** zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1a, 3 i 4 Pzp

**Wartość:** 19.000.000,00 zł (4.900.570,00 euro)

**Projekt** z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

W toku kontroli doraźnej następczej ustalono, że zamawiający zamierzając udzielić zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Wykonanie projektu i budowa nowego wydziału produkcji preparatów do iniekcji i liofilizatów jałowych” pierwotnie wybrał tryb przetargu nieograniczonego. Postępowanie w powyższym trybie wszczynane było dwukrotnie. Pierwsze z powyższych postępowań zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – cena najkorzystniejszej oferty przewyższała środki finansowe jakie mógł przeznaczyć na ten cel zamawiający, drugie z postępowań zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - jedyny wykonawca jaki złożył ofertę w toku postępowania odmówił zawarcia umowy na warunkach w niej przedstawionych.

Jak wynika z przedłożonej dokumentacji w obydwu ww. postępowaniach wpłynęła tylko jedna oferta składana przez tego samego wykonawcę, tj. spółkę M. GmbH działającą poprzez swój oddział L. - Oddział w Polsce.

Trzecie w kolejności postępowanie dotyczące udzielenia zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Wykonanie projektu i budowa nowego wydziału produkcji preparatów do iniekcji i liofilizatorów jałowych” zamawiający przeprowadził w trybie z wolnej ręki powołując się m.in. na art. 67 ust. 1 pkt 3 i art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Do negocjacji zamawiający zaprosił spółkę, która złożyła oferty w dwóch poprzednich postępowaniach.

Zgodnie z art. 10 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający może skorzystać z trybu z wolnej ręki wówczas, gdy w prowadzonych kolejno postępowaniach, z których przynajmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Mając zatem na uwadze stan faktyczny przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż zamawiający w ramach prowadzonej procedury nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ nie zaistniała pierwsza oraz ostatnia z ww. przesłanek. Zamawiający, co prawda przeprowadził uprzednio dwa postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, które nie doprowadziły do podpisania umowy. Jednakże powodem unieważnienia tych postępowań nie był brak ofert bądź też ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Pierwsze postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,

ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższała środki finansowe, jakie mógł przeznaczyć na ten cel zamawiający, drugie z postępowań zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż jedyny wykonawca, który złożył ofertę w toku postępowania odmówił zawarcia umowy na warunkach w niej przedstawionych. A zatem pierwsza z przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie została spełniona, gdyż w obu przetargach złożone oferty nie zostały odrzucone z powodu niezgodności z treścią siwz, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Należy ponadto zauważyć, że w dwóch pierwszych postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia dokumentów z §1 ust 1 pkt 2-5 Rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, których opis został dokonany w siwz (ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na min. 1 mln PLN oraz doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 robót odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia). W postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki zamawiający wymagał natomiast przedłożenia jedynie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o niepodleganiu wykluczeniu. Tym samym pierwotne warunki w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki zostały w istotny sposób zmienione, gdyż zarówno z opisu sposobu spełnienia warunku ekonomicznego i doświadczenia jak i wymogu przedłożenia szeregu dokumentów podmiotowych, zrezygnowano w ogóle. Oznacza to, że nie została spełniona także ostatnia przesłanka umożliwiająca zastosowanie art. 67 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, polegająca na braku istotnych zmian pierwotnych warunków zamówienia.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż „*analizowany stan faktyczny odpowiada dyspozycji normy prawnej zawartej w art. 30 ust. 1 lit. a) Dyrektywy*”. Przepis art. 30 ust. 1 lit. a) Dyrektywy 2004/18/UE dotyczy przesłanek umożliwiających zamawiającemu udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, zaś w przypadku ww. zamówienia mamy do czynienia z trybem z wolnej ręki, którego dopuszczalność reguluje art. 31 Dyrektywy. Podkreślić przy tym należy, iż tryb negocjacji z ogłoszeniem ma charakter konkurencyjny, w związku z czym przesłanki jego zastosowania, opisane w art. 30 ust. 1 a) Dyrektywy oraz w art. 55 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, mają szerszy charakter niż przesłanki opisane dla trybów ograniczających bądź wyłączających konkurencję, jak negocjacje bez ogłoszenia lub zamówienie z wolnej ręki. Nawet jeśli art. 30 ust. 1 lit. a) Dyrektywy dopuszcza pewne odstępstwo w zakresie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, to nadal zakłada zachowanie konkurencji pomiędzy kilkoma wykonawcami, uczestniczącymi w poprzednio prowadzonych postępowaniach, natomiast tryb z wolnej ręki wyklucza istnienie konkurencji przewidując udzielenie zamówienia po negocjacjach z jednym tylko wykonawcą. W związku z powyższym, argumentacja Zamawiającego dotycząca interpretacji art. 30 Dyrektywy nie dotyczy stanu faktycznego zaistniałego w przedmiotowej sprawie i jest niedopuszczalna poprzez wykorzystanie przepisu art. 30 ust. 1 lit. a) Dyrektywy do obejścia w istocie przesłanek art. 31 Dyrektywy.

Niezależnie od powyższego z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że zamawiający udzielając ww. zamówienia w trybie z wolnej ręki powoływał się także na art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że konieczność udzielenia niniejszego zamówienia nie stanowi sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć. Wręcz

przeciwnie, zamawiający przewidywał udzielenie ww. zamówienia, o czym świadczy fakt wszczęcia uprzednio dwóch postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, czy fakt wnioskowania o dofinansowanie ze środków UE. Również fakt unieważnienia poprzednich dwóch przetargów nieograniczonych nie stanowi takiej sytuacji. Ponadto nie można uznać, aby w niniejszej sprawie konieczność wykonania zamówienia musiała nastąpić natychmiast. Należy zauważyć różnicę pomiędzy pilnością udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a natychmiastowym wykonaniem zamówienia, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym możliwość zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zachodzi jedynie wtedy, gdy zamówienie musi być zrealizowane praktycznie od zaraz. W niniejszym stanie faktycznym okres realizacji zamówienia miał trwać ok. 24 miesięcy, co wyklucza zaistnienie przesłanki natychmiastowej jego realizacji. Tym samym nie zachodziły podstawy do udzielenia ww. zamówienia w trybie z wolnej ręki także na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W świetle powyższego należy uznać, że zamawiający nie dowiódł spełnienia przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Stwierdzić zatem należy, iż wybór wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki z pominięciem trybów konkurencyjnych stanowi naruszenie ww. przepisów oraz zasady prymatu trybów konkurencyjnych, o której mowa w art. 10 ustawy Pzp.

#### **IV.2.6. Przedmiot zamówienia:** utworzenie wiejskiego parku rekreacyjno-wypoczynkowego

**Wartość zamówienia:** 1.079.874,54 zł (281.290,57 euro)

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

**Projekt** z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Zamawiający wszczął dwa postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Utworzenie wiejskiego parku rekreacyjno-wypoczynkowego” na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Z dokumentacji przesłanej przez zamawiającego wynika, iż pierwotnie przeprowadził on dwa postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „*Utworzenie wiejskiego parku rekreacyjno-wypoczynkowego*” w trybie przetargu nieograniczonego, w których nie została złożona żadna oferta. Następnie przeprowadził postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w którym ofertę złożył jeden wykonawca oraz kolejne postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, w którym oferty złożyło dwóch wykonawców, ale zamawiający unieważnił oba te postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Następnie zamawiający przeprowadził dwa postępowania na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp na utworzenie wiejskiego parku rekreacyjno-wypoczynkowego, dzieląc przedmiot zamówienia na dwie części.

Z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

W przedmiotowym stanie faktycznym w szczególności doszło do zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia, w pierwszym postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki wynosił on blisko 5 miesięcy (od wszczęcia postępowania), w drugim postępowaniu z wolnej ręki – ponad rok, zaś w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu



nieograniczonego od 3 do ok. 6,4 miesiąca. Ponadto, w postępowaniach prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający ograniczył stawiane warunki podmiotowe w stosunku do przetargów nieograniczonych i negocjacji bez ogłoszenia, nie opisując warunków szczególnych w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców (podczas gdy we wcześniejszych postępowaniach wymagał zrealizowania co najmniej jednej roboty o podobnym zakresie i charakterze oraz wartości min. 400.000,00 zł /100.000,00 zł), oraz w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia (posiadania doświadczenia w kierowaniu budową lub robotami budowlanymi w branży budowlanej i elektrycznej - kierownik budowy oraz posiadania uprawnień budowlanych w branży budowlanej i elektrycznej), jak również nie żądał przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - 4 oraz § 1 ust. 1 pkt 2, 4, 6, 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (tj. żądanych w postępowaniach poprzedzających postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki).

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż zamawiający dokonując zmiany w zakresie opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zmiany terminu realizacji zamówienia w postępowaniach przeprowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki w stosunku do postępowań przeprowadzonych w trybach konkurencyjnych, naruszył postanowienia ustawy Pzp w powyższym zakresie, tj. w istotny sposób zmienił pierwotne warunki zamówienia.

Reasumując należy stwierdzić, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Stwierdzić zatem należy, iż wybór wykonawcy w przedmiotowych postępowaniach w trybie zamówienia z wolnej ręki z pominięciem trybów konkurencyjnych stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, oraz zasady prymatu trybów konkurencyjnych, o której mowa w art. 10 ustawy Pzp.

**IV.2.7. Przedmiot zamówienia:** roboty dodatkowe w zakresie wykonania podjazdu dla karetek wraz z zadaszeniem oraz wykonanie fosi komunikacyjnej

**Wartość zamówienia:** 511 152,28 zł (133 147,25 euro)

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

Zamówienie nie finansowane ze środków UE.

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień zamawiającego ustalono, iż niniejsze postępowanie przeprowadzono w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamówienie dodatkowe obejmowało wykonanie podjazdu dla karetek wraz z zadaszeniem oraz wykonanie fosi komunikacyjnej wejściowej, drenażu pod fosą i docieplenia fundamentów.

W toku kontroli Prezes Urzędu stwierdził, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z sytuacją niemożliwą wcześniej do przewidzenia, skoro zamawiający już w 2008 r. przewidział wykonanie podjazdu dla karetek i fosi komunikacyjnej w dokumencie pod nazwą „Program dostosowawczy”. Powyższe oznacza, iż planując inwestycję pn. „*Rozbudowa, modernizacja Szpitala*” zamawiający co najmniej od 2008 r., tj. od ok. 3 lat, miał świadomość konieczności wykonania ww. robót. Argumentację powyższą pogłębia fakt, iż wymóg modernizacji Szpitala wynika z przepisów prawa, tj. z przywołanego przez zamawiającego Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006r. „*w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej*”. A zatem, treść przedmiotowego rozporządzenia była znana zamawiającemu przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, co również potwierdza, że roboty udzielone w trybie z wolnej ręki nie były niemożliwe do przewidzenia.

Jednocześnie należy wskazać, iż nie sposób odmówić zamawiającemu racji, iż wykonanie zarówno fosy, jak i podjazdu służy likwidacji barier architektonicznych dla osób chorych, osób niepełnosprawnych i osób im towarzyszących oraz zapewnia bezpieczeństwo bez konieczności wnoszenia chorych po schodach do budynku szpitalnego. Jednakże cel ten mógł zostać osiągnięty poprzez udzielenie zamówienia na ww. roboty w trybie konkurencyjnym, tj. w przetargu nieograniczonym lub przetargu ograniczonym, z poszanowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Natomiast udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, całkowicie wyłączającym konkurencję, wymaga spełnienia konkretnych przesłanek opisanych m.in. w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten dopuszcza zastosowanie ww. trybu m.in. pod warunkiem, że zamówienie dotyczy robót niemożliwych wcześniej do przewidzenia. W niniejszej sprawie przesłanka ta nie została spełniona.

Reasumując należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy nie została spełniona przesłanka 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.

**IV.2.8. Przedmiot zamówienia:** roboty dodatkowe do budowy kompostowni osadów ściekowych na terenie oczyszczalni ścieków

**Wartość zamówienia:** 2.618.296,32 zł (682.025,61 euro)

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

**Projekt** z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamówienie dodatkowe obejmowało następujący zakres robót:

- wykonanie płyty betonowej i boks magazynowego na palach betonowych,
- zmianę nawierzchni dróg i placów z monolitycznej betonowej na rozbiorną z kostki betonowej z dostosowaniem konstrukcji drogi celem zapewnienia jej parametrów użytkowych,
- wykonanie płyty kompostowni z korytami umożliwiającymi w przyszłości (celem eliminacji odorów pochodzących z procesu kompostowania) zamontowanie w nich systemu rur do napowietrzania kompostu (poza niniejszym Kontraktem).

Jednocześnie z dokumentacji postępowania wynika, że w sierpniu 2007 r. sporządzona została "Dokumentacja geotechniczna z badań podłoża gruntowego", która wyraźnie wskazywała skomplikowane warunki geologiczne w przeznaczeniu pod wskazaną inwestycję - obecność pokładów gruntów nienośnych, nie nadających się do bezpośredniego posadowienia budynków. Wyszczególniła również problem istnienia wysokich wód gruntowych i niedziałający system melioracji. Już w ww. opinii z 2007 r. zamawiający posiadał zalecenie zastosowania rozwiązania, które zostało uwzględnione dopiero w kontrolowanym postępowaniu w trybie z wolnej ręki, tj.: po konsolidacji gruntów organicznych *„Rozważyć wykonanie płyty kompostowej i wiaty na palach. Wymagać to będzie uszczegółowienia badań pod kątem zastosowania pali”*. Tym samym zamawiający już na etapie przygotowywania zamówienia podstawowego miał pełną wiedzę o niestabilności gruntu na którym planował posadowić obiekt. Co więcej autorka opinii w końcowej części sporządzonego dokumentu zaleciła: *„Najbardziej celowym rozwiązaniem jest zmiana lokalizacji obiektu.”*

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może zastosować tryb 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 z przyczyn technicznych lub gospodarczych

oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją, bowiem konieczność wykonania robót w zakresie odwodnienia bezpośrednio wynika z treści badań geotechnicznych wykonanych na potrzeby opracowania projektu budowlanego dla zamówienia podstawowego, nie jest więc obiektywnie nieprzewidywalna. Autorka badań geotechnicznych wyraźnie zaznaczyła „Przeprowadzone geotechniczne badania pod kompostownię osadów wykazały, że warunki budowlane są niekorzystne (...) Grunty te nie nadają się do bezpośredniego posadowienia obiektów”.

Zamawiający posiadając wiedzę o wysokiej niestabilności terenu i konieczności wykonania prac stabilizujących grunt pod budynkiem, mógł przewidzieć ww. roboty jako roboty wchodzące w skład zamówienia podstawowego. Tym samym stwierdzić należy, że zamawiający posiadał wiedzę na temat konieczności wykonania prac stabilizujących grunt pod budowę obiektu już na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, a zatem nie zachodziła przesłanka nieprzewidywalności, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający nie będąc uprawnionym do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie, naruszył ww. przepis oraz zasadę prymatu trybów konkurencyjnych wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp.

**IV.2.9. Przedmiot zamówienia:** zamówienia uzupełniające i dodatkowe do umowy pn.

Budowa wielofunkcyjnego budynku dla potrzeb kultury

**Wartość zamówienia:** 1.601.910 zł (417.271 euro)

**Tryb:** zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp

**Projekt z** Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego

Zamawiający udzielił w trybie z wolnej ręki zamówienia na wyposażenie sali tańca w system nagłośnienia. Z protokołu konieczności wynika, że „ze względu na nowe, nieoczekiwane i nieplanowane możliwości oraz formy wykorzystania realizowanej sali (np. studio ruchu, gry i zabawy dla dzieci) z możliwością świadczenia usług na wynajem pomieszczenia, zachodzi konieczność wyposażenia pomieszczenia w system nagłaśniający”. Przedmiotem zamówienia była m.in. dostawa 2 zestawów głośnikowych, wzmacniacza, mikrofonów, szafy Rack oraz wykonanie robót budowlanych, tj. położenie kabli, zamontowanie uchwytów wsporczych konstrukcji. Przede wszystkim zatem wskazać należy, że ww. zamówienie nie było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, a sytuacja ta była wcześniej możliwa do przewidzenia. Trudno bowiem uznać, by w sali tańca, której jak sama nazwa wskazuje, przeznaczeniem jest organizacja imprez okolicznościowych, np. tanecznych, nie był zamontowany system nagłaśniający. Zamawiający realizując zamówienie podstawowe, jakim była *Budowa wielofunkcyjnego budynku dla potrzeb kultury* powinien przewidzieć, jaką funkcję użytkową ma spełniać budowany obiekt i powinien przewidzieć wyposażenie sali tańca w system nagłaśniający. Funkcja użytkowa, jaką ma spełniać budowany obiekt, była bowiem ustalona i zaplanowana przed udzieleniem zamówienia podstawowego, co oznacza, że możliwa była także do przewidzenia konieczność zamontowania m.in. systemu nagłaśniającego. W związku z tym nie została spełniona przesłanka nieprzewidywalności zezwalająca na udzielenie zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ponadto w protokole konieczności dotyczącym wykonania instalacji w pomieszczeniu Sali Rady (sali konferencyjnej) w system nagłaśniający, audiowizualny i system dyskusyjny z

funkcją głosowania i elektroniczne opuszczanie rolet, komisja stwierdziła konieczność wykonania przedmiotowego zamówienia ze względu na „przestarzałe technologie i urządzenia ujęte w projekcie złożonym do przetargu” oraz ze względu na „ułatwienie późniejszej eksploatacji” sali rady. Protokół konieczności zawiera także stwierdzenie komisji, iż „unowocześnienie wymaga konfiguracji planowanych rozwiązań oraz dostosowania pomieszczeń sali rady do dodatkowych funkcji (sala konferencyjna, sala wykładowa)”. Należy zauważyć, iż nie można w zaistniałym stanie faktycznym mówić o niezbędności wykonania zamówienia dodatkowego do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, ponieważ „unowocześnianie” oraz „ułatwienie eksploatacji” nie jest warunkiem niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, a jedynie ma na celu poprawienie funkcjonalności obiektu. Nie została spełniona również przesłanka uzasadniająca konieczność wykonania zamówienia dodatkowego na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, bowiem fakt wyposażenia sali w „przestarzałe” technologie był możliwy do ustalenia.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż przy udzielaniu zamówień na wyposażenie Sali Tańca w system nagłośnienia oraz na wykonanie instalacji w pomieszczeniu Sali Rady (sali konferencyjnej) w system nagłaśniający, audiowizualny i system dyskusyjny z funkcją głosowania i elektroniczne opuszczanie rolet nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowych zamówień w tym trybie.

Ponadto zamawiający udzielał zamówień w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, Podkreślić należy, że z niniejszej przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki zamawiający może skorzystać w sytuacji, gdy już na etapie przygotowania postępowania wie, że kolejny etap prac polegający na powtórzeniu tego samego rodzaju zadania będzie chciał powierzyć temu samemu wykonawcy. Zatem, aby dane zamówienia np. na roboty budowlane mogły zostać udzielone w trybie z wolnej ręki jako zamówienia uzupełniające, zgodnie z art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie mogą one dotyczyć takich robót, których wykonania zamawiający nie planował na etapie udzielenia zamówienia podstawowego i których konieczność wykonania pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia podstawowego.

W stosunku do montażu rozszerzonej instalacji kontroli dostępu oraz alarmu od włamania zamawiający stwierdził w wyjaśnieniach, że potrzeba wykonania tego zamówienia pojawiła się „w końcowej fazie budowy”. Oznacza to, że zamówienie to nie wchodziło w zakres zamówień uzupełniających przewidywanych w ogłoszeniu o zamówieniu, skoro pojawiło się dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowego. Ponadto zamawiający nie planował też udzielenia zamówienia uzupełniającego na wykonanie hydrauliki i automatyki węzła c.o. z dostosowaniem do zmienionego sposobu podgrzewania wody bytowej, bowiem wskazał wprost w protokole konieczności, że „w projekcie podstawowym na obiekt jw. nie uwzględniono węzła ciepłego”. Wykonanie ww. robót nie było zatem w ogóle przewidywane do realizacji. Z kolei w zakresie zamówienia na wyposażenie sali rady w system audiowizualny prezentacji pism i obrazów, ekran w kasecie chowany, projektor z windą chowany wraz z żaluzjami sterowanymi o napędzie elektrycznym, systemem nagłaśniającym, systemem zdalnego sterowania, systemem dyskusyjnym z funkcją głosowania oraz szkolenie użytkownika w zakresie obsługi, w wyjaśnieniach zamawiający wskazał, że projekt budowlano – wykonawczy opracowany w 2008 r. obejmował dla Sali Rady – nagłośnienie przy zastosowaniu typowych

bezczepodowodowych mikrofonów. Zaprojektowane technologie były zgodne z oczekiwaniem ówczesnego użytkownika Domu Kultury, a zamawiający nie przewidział na etapie opracowania projektu zmian lub wycofania pewnych technologii. Także tych prac nie można uznać za roboty uzupełniające, skoro zmiany w tym zakresie nie były przewidywane, a ponadto w protokole konieczności zamawiający stwierdza wprost, że „ww. roboty nie są objęte zamówieniem podstawowym”. Natomiast w odniesieniu do wyposażenia sali rady wraz z zapleczem sali i salą spotkań, wykonania lady barowej wraz z szufladkami za ladą, wykonania paneli ściennych oraz wykonania oświetlenia baru zamawiający wskazał, że „w trakcie realizacji inwestycji podjęto decyzję o innym wyposażeniu Sali obrad Rady”. Z powyższego wynika, że ww. zamówienie również nie było przewidywane w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż zamiar jego wykonania pojawił się na etapie realizacji zamówienia podstawowego. Dodatkowo w protokole konieczności zamawiający w uzasadnieniu wykonania ww. zamówienia stwierdził: „Pomieszczenia nie wyposażone w meble w podstawowym opracowaniu projektowym. Wystąpiła potrzeba zgromadzenia urządzeń i mebli tworzących komplementarną całość”. Jak wynika z powyższego zamawiający, na etapie przeprowadzenia zamówienia podstawowego nie przewidział wystąpienia konieczności wykonania ww. robót. Oznacza to, że zamawiający nie wykazał, iż w przedmiotowym stanie faktycznym zaszyły wszystkie przesłanki udzielenia ww. zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki, w szczególności nie wykazał, że możliwość ich udzielenia przewidział na etapie przygotowania zamówienia podstawowego.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, że robotami uzupełniającymi nie są roboty, których wykonania zamawiający nie planował na etapie udzielenia zamówienia podstawowego. Przeciwnie, cechą dla nich charakterystyczną jest ich przewidywalność, wyrażająca się we wskazaniu na etapie wszczynania postępowania podstawowego w ogłoszeniu o zamówieniu, możliwości powiększenia ilości podstawowego zamówienia, przez kolejne udzielanie zamówień w przedmiocie tożsamym z tym, które stanowiło zamówienie podstawowe tj. w przedmiocie mieszczącym się w jego zakresie. Tym samym nie jest dopuszczalne udzielenie w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówień uzupełniających na roboty, które nie były wyszczególnione w przedmiocie zamówienia podstawowego i których konieczność realizacji pojawiła się w trakcie wykonywania zamówienia podstawowego. Stąd też robót będących przedmiotem kontrolowanych postępowań nie można uznać za roboty uzupełniające w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

**IV.2.10. Przedmiot zamówienia:** wykonanie części ekspozycyjnej polegające na wykonaniu dźwiękowego systemu zabezpieczenia p.poż. w podziemiach rynku

**Wartość zamówienia:** 224 823,44 zł (58.563,00 euro)

**Tryb:** zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 Pzp

**Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka**

Ww. postępowanie zostało przeprowadzone w celu udzielenia zamówienia uzupełniającego dla części 3 zamówienia podstawowego na zakup i instalację sprzętu wystawienniczego, audiowizualnego oraz systemów zabezpieczeń. Przedmiotem zamówienia uzupełniającego było natomiast wykonanie dźwiękowego systemu zabezpieczenia p.poż. w podziemiach Rynku Głównego.

Stosownie do postanowień art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie

podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

W znajdującym się w protokole postępowania o udzielenie zamówienia uzupełniającego uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki zamawiający wskazał m.in., że „w trakcie realizacji prac/dostaw wystąpiła konieczność wykonania dźwiękowego systemu zabezpieczenia p. poż. w podziemiach Rynku Głównego”. Powyższe uzasadnienie wskazuje, że przedmiot zamówienia uzupełniającego nie jest powtórzeniem dostaw zamówienia podstawowego, a stanowi całkowicie nowe zamówienie, którego potrzeba wykonania ujawniła się dopiero w trakcie realizacji zamówienia podstawowego. Potwierdza to również odpowiedź udzielona przez zamawiającego na pytanie wykonawcy do siwz zamówienia podstawowego, o treści: „Projekt nie przewiduje zastosowania systemu DSO do ostrzegania głosowego w razie powstania pożaru (opinia Muzeum Historycznego – wskazane jest użycie takiej instalacji)”. Zważywszy na powyższe, nie można uznać, że zamówienie udzielone z wolnej ręki było przez zamawiającego przewidywane w SIWZ, a w konsekwencji nie można uznać, że polegało na rozszerzeniu dostawy. Z powyższego wynika bowiem, że było to nowe zamówienie, którego konieczność udzielenia powstała w trakcie realizacji zamówienia podstawowego.

Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia uzupełniającego wynikający z kosztorysu ofertowego przedstawionego przez wykonawcę w dniu podpisania umowy, tj.:

sterownik sieciowy, wzmacniacz 2x250 W, moduł końca linii, obudowa elementu końca linii, kostka ceramiczna, przewód światłowodowy systemowy 0,5 m, przewód światłowodowy systemowy 5 m, podstawowa stacja mikrofonowa, klawiatura stacji mikrofonowej, odtwarzacz MP3/DVD/Tuner, szafa zasilająca (24h), głośnik sufitowy 6W, kopuła ognioochronna, głośnik naścienny 6W, okablowanie systemu (...), montaż instalacja systemu, ułożenie okablowania, dokumentacja powykonawcza, uruchomienie systemu, pomiary akustyki, szkolenie,

nie sposób uznać, iż powyższy (powszechnie dostępny) sprzęt oraz jego instalacja była możliwa do wykonania tylko przez wykonawcę zamówienia podstawowego. Również w wyjaśnieniach udzielonych Prezesowi Urzędu zamawiający nie wskazał okoliczności, z powodu których musiałby nabyć od wykonawcy innego niż wykonawca zamówienia podstawowego rzeczy o innych parametrach technicznych niż użyte do realizacji zamówienia podstawowego, nie wskazał dlaczego do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego w ogóle konieczne było nabycie rzeczy o tych samych parametrach technicznych, jak też nie wskazał, jakie konkretne parametry techniczne musiały być zachowane przy udzieleniu zamówienia na DSO.

Za spełnienie ww. przesłanek nie można uznać wskazanych przez zamawiającego okoliczności polegających na tym, że w warunkach budowy podziemnego muzeum brak było pełnej dostępności do projektowanych tras kablowych dla innego wykonawcy albo na tym, że konieczne było uzyskanie gwarancji na całość instalacji i urządzeń. Argumenty te bowiem nie odnoszą się do parametrów technicznych zamówionego sprzętu i ich ewentualnej niekompatybilności technicznej ze sprzętem zakupionym w ramach zamówienia podstawowego.

Reasumując, w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, zamawiający nie udowodnił, że zmiana wykonawcy przedmiotowego zamówienia powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jak też nie udowodnił, że zamówienie uzupełniające było przewidziane w SIWZ i polegało na rozszerzeniu dostawy. Tym samym zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uprawniających go do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

### IV.3. Naruszenia dotyczące oceny ofert.

**IV.3.1. Przedmiot zamówienia:** modernizacja czterech zbiorników wodnych oraz budowa dwóch nowych zbiorników małej retencji

**Wartość zamówienia:** 282.659,06 zł (73.628,30 euro)

**Projekt** z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunku wymagał, by wykonawcy dysponowali następującym sprzętem:

- koparko – ładowarka o pojemności łyżki min. 0,25 m<sup>3</sup> - szt. 1,
- koparka na podwoziu gaśnicowym o pojemności łyżki min. 0,60 m<sup>3</sup> – szt. 1,
- spycharka o mocy min. 75 KM – szt. 1.

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania, wykonawca S. załączył do swojej oferty wykaz sprzętu, z którego wynikało, że dysponuje: samochodem ciężarowym z HDS MAN (1 szt.), koparko – ładowarką 4x4 JCB (2 szt.), ciągnikiem rolniczym 4x4 95 KM MTZ (1 szt.) oraz przyczepą (2 szt.). Wśród wykazanego sprzętu nie wskazano zatem wymaganych przez zamawiającego: koparki na podwoziu gaśnicowym o pojemności łyżki min. 0,60 m<sup>3</sup> – szt. 1 oraz spycharki o mocy min. 75 KM – szt. 1.

Jak wynika z „Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty” oferta ww. wykonawcy została odrzucona „na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (...) ponieważ treść załącznika nr 9 do siwz (wykaz sprzętu) nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Na wstępie należy wskazać, iż przywołana przez zamawiającego podstawa odrzucenia oferty wykonawcy S. tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest błędna. Katalog przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określony jest w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do postanowienia 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. Z powyższego wynika w szczególności, iż przesłanką do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. „Nieodpowiedniość” treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych określonych w specyfikacji.

Powyższe oznacza, iż „treść oferty” nie dotyczy dokumentów podmiotowych składanych przez wykonawców w celu wykazania spełniania opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (np. wykazu sprzętu). Instytucją uregulowaną w ustawie Pzp odnoszącą się do wykonawców nie potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu jest wykluczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 24 ustawy Pzp, a nie odrzucenie oferty uregulowane w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem w sytuacji, gdy przedłożone przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wzywa wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dopiero w przypadku, gdy wykonawca nie uzupełni dokumentów lub z uzupełnionych dokumentów będzie wynikało, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w

postępowaniu na dzień składania ofert lub składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający winien wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, czyli z powodu niewykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W wyniku przeprowadzenia kontroli uprzedniej, z uwagi na fakt, iż oferta wykonawcy S. zawierała najniższą cenę na część III i IV zamówienia, a tym samym była ofertą najkorzystniejszą w tych częściach, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia załącznika nr 9 do siwz, tj. wykazu sprzętu. W przypadku uzupełnienia przez wykonawcę ww. dokumentu potwierdzającego, że spełnia on warunki na dzień składania ofert, Prezes Urzędu zalecił ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w części III i IV.

**IV.3.2. Przedmiot zamówienia:** remont strażnicy OSP z przeznaczeniem na cele społeczno - kulturalne

**Wartość zamówienia:** 658.048,08 zł (171.411,33 euro)

**Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich**

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający poinformował wykonawców m. in. o wykluczeniu wykonawcy A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w uzasadnieniu podając, że *„wykonawca został wezwany do uzupełnienia dokumentów (...) w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca (...) nie wykazał wykonania co najmniej 3 robót polegających na budowie obiektów użyteczności publicznej o pow. zabudowy nie mniejszej niż 329 m<sup>2</sup> każdy obiekt”*.

Należy zauważyć, iż zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia poprzez wymóg, aby wykonawcy wykazali, iż *„wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 3 roboty w zakresie budowy obiektów użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 329 m<sup>2</sup> każdy obiekt”*.

Pismem z dnia 9 marca 2011 r. wykonawca A. zwrócił się z pytaniem dotyczącym zapisów siwz o treści: *„czy warunek udziału w postępowaniu potwierdzający wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 3 robót ... może być – remontem ? (...). Rodzaj robót załączonej dokumentacji i przedmiarów oraz tytułu zadania wskazuje – remont budynku a nie jego budowę”*.

Pismem z dnia 14 marca 2011 r. zamawiający odpowiedział, iż *„remont może być robotą budowlaną zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz. U. Nr 243, poz. 1623)”*.

W wykazie robót złożonym wraz z ofertą, wykonawca A. wskazał roboty w obiektach użyteczności publicznej polegające na ociepleniu elewacji, remoncie dachu, adaptacji budynku użytkowego na cele mieszkalne oraz termomodernizacji budynku. W wyniku oceny ofert zamawiający uznał, iż ww. wykonawca nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż z przedłożonych referencji wynika, iż *„wszystkie wykonane roboty nie są budową w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane”*.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający jest obowiązany udzielić niezwłocznie wyjaśnień. Tym samym, w sytuacji kiedy wykonawca poweźmie wątpliwości co do treści zapisów siwz, przysługuje mu uprawnienie do żądania od zamawiającego złożenia wyjaśnień, które pozwalają na ustalenie woli zamawiającego, zawartej w danym zapisie siwz. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku



z dnia 18 grudnia 2002 r.: *"Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do siwz stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania siwz"*.

W związku z powyższym, odpowiedź zamawiającego z dnia 14 marca 2011 r. o treści: *„remont może być robotą budowlaną zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz. U. 2010 Nr 243 poz. 1623 – tekst jednolity)”*, stanowiła zmianę treści siwz w zakresie opisu sposobu spełniania warunku i była wiążąca zarówno dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego. Tym samym, zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy, który wykazał doświadczenie przywołując inwestycje polegające na remoncie, czyli zgodne z ww. odpowiedzią.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawca A. spełniał warunek dotyczący posiadanej wiedzy i doświadczenia, poprzez wykazanie się referencjami z wykonanych robót budowlanych, które obejmowały remont i modernizację obiektów użyteczności publicznej. Tym samym, zamawiający poprzez wykluczenie ww. wykonawcy (który złożył najkorzystniejszą ofertę), dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

**IV.3.3. Przedmiot zamówienia:** rozbudowa i przebudowa zbiornika wodnego wraz z utworzeniem obejścia ciekłu wodnego oraz umocnienie prawego brzegu ciekłu

**Wartość zamówienia:** 578.666,07 zł (143.961,11 euro),

**Projekt** z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Jak wynika z treści siwz, zamawiający dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunku zdolności ekonomicznej zażądał od wykonawców, aby posiadali ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia na minimalną kwotę 500.000,00 PLN. W celu potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku, zamawiający zażądał, zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Jak wynika z analizy oferty wykonawcy T., ww. wykonawca przedłożył na potwierdzenie spełniania opisanego warunku 3 polisy, w których wskazano terminy wpłaty składki, ale nie potwierdzono faktu przyjęcia tej składki. Należy zatem zauważyć, że ww. wykonawca nie przedłożył wraz z powyższymi polisami OC, dowodów ich opłacenia. Jednocześnie, do oferty ww. wykonawcy nie załączono dokumentów innego rodzaju potwierdzających odprowadzenie stosownych składek (np.: wyciągu z konta bankowego, rachunku itp.).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca uzupełnił dokumenty potwierdzające opłacenie składek, jednak do jednej z nich składka została opłacona po terminie składania ofert. Dodatkowo wykonawca przedłożył oświadczenie ubezpieczyciela o następującej treści: *„Informujemy, że ubezpieczenie dla Klienta: T. (...) o numerze .... zawarta dnia 09.10.2012, na okres ubezpieczenia od 10.10.2012 r. do 09.05.2013 jest polisą ważną i obowiązującą od momentu podpisania polisy. Na obowiązywanie polisy nie ma wpływu data wpłaty płatności.”*

Termin składania ofert w kontrolowanym postępowaniu upłynął w dniu 11.10.2012 r., co oznacza, że ww. wykonawca opłacając jedną z polis dopiero w dniu 20.11.2012 r. nie potwierdził, że spełniał na dzień składania ofert opisany powyżej warunek zdolności ekonomicznej. Pozostałe 2 polisy nie zawierały ubezpieczenia na wymaganą kwotę 500 tys. zł.

Należy również stwierdzić, że potwierdzeniem spełniania powyższego warunku nie jest oświadczenie ubezpieczyciela, w którym w dodatku uznano za ważną polisę opłaconą około miesiąca po terminie opłacenia wynikającym z samej polisy, tj. opłaconą w dniu 20.11.2012 r., podczas gdy termin na opłacenie upłynął 23.10.2012 r.

W związku z powyższym należy zwrócić uwagę, że samo zawarcie umowy ubezpieczenia nie oznacza, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Umowę ubezpieczenia zawiera się na podstawie pisemnego wniosku ubezpieczającego, który stanowi integralną część umowy ubezpieczenia zgodnie z wymogami określonymi w ogólnych warunkach ubezpieczenia. Wskazać należy, że zgodnie z art. 809 k.c. polisa jest dokumentem stanowiącym dowód na okoliczność zawarcia umowy ubezpieczenia, jednakże tylko opłacona składką ubezpieczeniową polisa przesądza, że wykonawca ma zapewnioną ochronę ubezpieczeniową w czasie wymaganym przez zamawiającego.

A zatem, poprzez zwrot „opłaconą polisę” należy rozumieć taką polisę (umowę ubezpieczenia), z której jednoznacznie wynika, że wykonawca opłaca także składki na ubezpieczenie zgodnie z treścią tej umowy. W sytuacji zaś gdy nie wynika to z jej treści (jak w niniejszej sytuacji), wykonawca powinien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itd.). W przypadku zwiększenia wartości sumy gwarancyjnej konieczne jest potwierdzenie opłacenia dodatkowej składki potwierdzającej skuteczność jej podwyższenia.

Z treści ww. pisma z dnia 19.11.2012 r. skierowanego do wykonawcy T. wynika, że zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp żądał uzupełnienia *dowodów opłacenia złożonych w ofercie polis*. Zamawiający nie zażądał zatem od ww. wykonawcy uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp innej opłaconej polisy (a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia) na brakującą kwotę 250.000,00 zł.

W wyniku przeprowadzenia kontroli uprzedniej Prezes Urzędu zalecił wezwanie wykonawcy T. o przedłożenie ważnej i należytej opłaconej na dzień składania ofert polisy (a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia) na brakującą kwotę 250.000,00 zł. W przypadku, gdy ww. wykonawca nie przedłożyłby dokumentów potwierdzających spełnianie opisanego powyżej warunku, Prezes Urzędu zalecił wykluczenie wykonawcy z udziału w niniejszym postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tym samym postępowaniu zamawiający dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunku posiadanej wiedzy i doświadczenia zażądał od wykonawcy, aby *wykazał, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną (zbiornik wodny, lub inne obiekty hydrotechniczne) o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 zł brutto*.

Ponadto, zamawiający zapisał, iż *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, a 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*.

Jak wynika z analizy oferty firmy A., wykonawca ten nie przewidział powierzenia części zamówienia podwykonawcom, a na potwierdzenie spełniania warunku posiadania niezbędnej

wiedzy i doświadczenia przedłożył wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wymienił realizację jednego zadania zrealizowanego przez podmiot trzeci wraz z oświadczeniem ww. podmiotu, o następującej treści: „Przedsiębiorstwo (...) udziela firmie A. referencji (...) zobowiązuje się do udzielenia niezbędnej wiedzy i doświadczenia na okres wykonania zadania pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa zbiornika wodnego wraz z utworzeniem obejścia ciekłu wodnego oraz umocnienie prawego brzegu ciekłu”.

Z kolei, jak wynika z analizy oferty wykonawcy M. S.A., wykonawca ten niemal cały zakres zamówienia zamierzał powierzyć podwykonawcom, a na potwierdzenie spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia przedłożył wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wymienił realizację trzech zadań zrealizowanych przez podmiot trzeci wraz z oświadczeniem ww. podmiotu o następującej treści: „zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa zbiornika wodnego wraz z utworzeniem obejścia ciekłu wodnego, oraz umocnienie prawego brzegu ciekłu” w zakresie wiedzy i doświadczenia”.

Stosownie do postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Ustawa nie precyzuje za pomocą ilu i jakich dokumentów wykonawca może udowodnić zamawiającemu, że zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował. Zgodnie bowiem z omawianym przepisem „(...) Wykonawca w takiej sytuacji (tj. powołania się na zasoby podmiotu trzeciego – przyp. wł.) zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów (...)”. Ustawodawca nie narzucił również formy oraz treści, jakie powinno mieć owo zobowiązanie. Może ono więc przybrać zarówno formę jednej z umów nazwanych, o których mowa w kodeksie cywilnym, umowy nienazwanej, jak również oświadczenia woli podmiotu trzeciego. Przy czym zawsze, niezależnie od tego, w jaki sposób oraz iloma dokumentami wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, treść ich powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. W sytuacji zaś, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia – a do takich zasobów należy doświadczenie - taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia.

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

**IV.3.4. Przedmiot zamówienia:** budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów

**Wartość zamówienia:** 859.020.000,00 zł (223.761.396,20 euro)

**Projekt** z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez konsorcjum F. załączono dokument, oświadczenie o niekaralności pana Gianfranco C. zamieszkałego w Wielkiej Brytanii, pełniącego funkcję członka zarządu lidera konsorcjum wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Niemczech. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę, konsorcjum F. do uzupełnienia m.in. oświadczenia o niekaralności ww. członka zarządu wystawionego w kraju pochodzenia osoby tj. we Włoszech. Wykonawca przekazał żądany dokument we wskazanym przez zamawiającego zakresie.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia o dokumentach w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, żąda się m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy tj. w zakresie niekaralności urzędującego członka zarządu wykonawcy. Zgodnie z kolei z treścią § 4 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. W sytuacji, zaś gdy w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (§ 4 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach).

Jak wynika z treści powyższych przepisów, dokumentem potwierdzającym niekaralność urzędującego członka zarządu wykonawcy zagranicznego jest – zależnie od obowiązującego systemu prawnego w miejscu zamieszkania tej osoby – zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania, lub oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania. Uwzględniając zatem powyższą okoliczność oraz fakt, że miejscem zamieszkania pana Gianfranco C. jest Wielka Brytania, właściwym dokumentem potwierdzającym niekaralność ww. osoby jest oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego w Wielkiej Brytanii. Tym samym, wezwanie zamawiającego o ww. dokument wystawiony w miejscu pochodzenia osoby tj. we Włoszech, przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania o dokument z miejsca zamieszkania osoby tj. z Wielkiej Brytanii (czyli w zakresie wskazanym w treści rozporządzenia o dokumentach) narusza treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

#### **IV.3.5. Przedmiot zamówienia:** pełnienie funkcji Inżyniera Projektu

**Wartość zamówienia:** 821.885,43 zł (211.984,58 euro)

**Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko**

W przedmiotowym postępowaniu złożono 6 ofert, w tym ofertę konsorcjum firm T. Sp. z o.o. oraz WS Sp. z o.o., zwanego dalej konsorcjum T Sp. z o.o.. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania pełnomocnik konsorcjum – T. Sp. z o.o. składając ofertę na formularzu oferty w miejscu przeznaczonym do określenia wykonawcy zamieścił wyłącznie swoją nazwę i adres, jednocześnie załączając do oferty pełnomocnictwo udzielone przez uczestnika konsorcjum – firmę WS Sp. z o.o., z którego to pełnomocnictwa wprost wynika umocowanie do wspólnego ubiegania się o udzielenie ww. zamówienia. W pełnomocnictwie

zapisano: „zważywszy, że Spółka WS i Spółka T. wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie funkcji Inżyniera Projektu (...) Spółka WS (...) upoważnia spółkę T. (...) do reprezentowania Spółki WS S p. z o.o. w postępowaniu (...). Pełnomocnictwo niniejsze w szczególności upoważnia pełnomocnika do wniesienia wadium, podpisania przedmiotowej oferty wraz z załącznikami oraz zawarcia Umowy na wykonanie zamówienia publicznego, o którym mowa powyżej”. Ponadto do oferty zostały dołączone dokumenty podmiotowe zarówno dla spółki T., jak i dla firmy WS Sp. z o.o. takie jak: KRS, informacja z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego.

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów wymienionych w § 1 ust. 1 pkt 4 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dalej jako rozporządzenie. Z przedłożonej dokumentacji wynika, iż zamawiający wzywając o ww. dokumenty cytował jedynie zapisy siwz dotyczące konkretnego warunku i wymaganych dokumentów na jego potwierdzenie, nie precyzując w jakim zakresie kwestionuje złożone wraz z ofertą dokumenty. W odpowiedzi wykonawca przedłożył dokumenty, dokładnie te same, które były dołączone do oferty, w tym dokumenty potwierdzające posiadane doświadczenie wystawione na WS Sp.z o.o. Pismem z dnia 7 stycznia 2009 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu spółki T. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania. W uzasadnieniu zamawiający wyjaśnił, iż firma T. Sp. z o.o. nie występuje w konsorcjum z firmą WS Sp. z o.o., ponieważ nie zamieściła tej informacji w wymaganym zapisami siwz polu formularza ofertowego. Z treści ww. formularza wynikało zdaniem zamawiającego, iż oferta została złożona tylko przez jednego wykonawcę – T. Sp. z o.o. W związku z powyższym zamawiający nie weryfikował dokumentów przedłożonych na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia wystawionych dla WS Sp. z o.o., a tym samym uznał, że wykonawca składający samodzielnie ofertę, tj. T. Sp. z o.o. nie spełnił warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawcy mogą ustanowić pełnomocnikiem jednego z nich lub podmiot spoza swego grona. Ustanowienie pełnomocnika może być dokonane w umowie regulującej współpracę wykonawców lub w odrębnym dokumencie pełnomocnictwa. Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli ofertę składają wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie, stosuje się do nich odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy (art. 23 ust. 3 ustawy Pzp). Z powyższego wynika, że w przypadku złożenia oferty przez konsorcjum, spełnianie warunków udziału w postępowaniu ocenia się co do zasady uwzględniając łączny potencjał wykazywany przez członków konsorcjum.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, iż z treści ww. oferty jednoznacznie wynika, że ofertę tę złożyło konsorcjum składające się z dwóch firm: T. Sp. z o.o. oraz WS Sp. z o.o., o czym świadczy przede wszystkim treść pełnomocnictwa załączonego do oferty, jak też dokumenty podmiotowe złożone dla każdego z członków konsorcjum. Tym samym, wpis danych adresowych tylko jednego z wykonawców występujących wspólnie w rubryce formularza ofertowego opisanej jako „Wykonawca”, należy uznać za uchybienie formalne nie mające wpływu na treść składanej oferty i możliwość ustalenia przez zamawiającego, że ofertę tę składa ww. konsorcjum. W konsekwencji zamawiający zobowiązany był przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu brać pod uwagę doświadczenie obu członków ww. konsorcjum.

Ponadto należy zwrócić uwagę, iż zamawiający w toku oceny ofert skierował do wykonawcy pismo z prośbą o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących m.in. posiadanego doświadczenia. Wezwanie zamawiającego polegało jednak tylko na zacytowaniu warunku udziału w postępowaniu oraz opisie wymaganych dokumentów na jego potwierdzenie. Zamawiający nie wyjaśnił, iż w związku z zapisem zamieszczonym w formularzu ofertowym, za podmiot składający ofertę uznaje nie konsorcjum firm, a jedynie firmę wpisaną w ww. formularzu, tj. T. Sp. z o.o., a w konsekwencji nie bada doświadczenia wykazanego dla firmy WS Sp. z o.o. Abstrahując od braku podstaw, jak już wskazano wyżej, do uznania, że ww. ofertę złożył tylko jeden wykonawca, należy zwrócić uwagę, że powyższe niedopowiedzenie odebrało wykonawcy możliwość wyjaśnienia sytuacji w celu prawidłowej oceny przez zamawiającego załączonych do oferty dokumentów. Ogólnikowa forma pisma zamawiającego spowodowała, iż wykonawca ponownie przedłożył na potwierdzenie posiadanego doświadczenia te same dokumenty, które uprzednio dołączył do oferty, wystawione na firmę WS Sp. z o.o., której zamawiający nie uważał za współkonsorcjanta składającego ofertę wspólną.

(...) W świetle ww. okoliczności Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do spółki T. z prośbą o uzupełnienie w trakcie postępowania wyjaśniającego dokumentów potwierdzających na dzień składania ofert posiadane przez wykonawcę (konsorcjum firm T. Sp. z o. o. oraz WS Sp. z o.o.) doświadczenie. W odpowiedzi wykonawca przedstawił wykaz usług zrealizowanych przez T. Sp. z o.o. wraz z referencjami potwierdzający spełnienie na dzień składania ofert opisanego w siwz warunku doświadczenia. Tym samym, zamawiający nie miał podstaw, aby wykluczyć konsorcjum T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten spełniał warunek doświadczenia.

Reasumując należy stwierdzić, iż zamawiający oceniając ofertę zobowiązany jest wziąć pod uwagę wszystkie jej elementy składające się na oświadczenie woli wykonawcy. Tym samym niesłusznie uznał ofertę złożoną przez konsorcjum T. za ofertę złożoną tylko przez jednego z wykonawców i odstąpił od badania dokumentów złożonych przez WS Sp. z o.o., a także nie wezwał ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sposób umożliwiający ich skuteczne uzupełnienie. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 24. ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wykluczając ww. konsorcjum z postępowania.

**IV.3.6. Przedmiot zamówienia:** budowa 11 szt. zbiorników retencyjnych

**Wartość zamówienia:** 605.360,06 zł (157.686,91 euro)

**Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko**

Zamawiający poinformował o odrzuceniu ww. ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z uzasadnienia wynika, że oferty nie odpowiadały treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawierały błędy niemożliwe do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z rozdziałem 13 pkt 6 siwz – *Opis sposobu obliczenia ceny*: „Wprowadzenie przez wykonawcę jakichkolwiek zmian w opisie i ilościach określonych przez zamawiającego w poszczególnych pozycjach kosztorysu, spowoduje odrzucenie oferty”. Zamawiający wskazał na następujące niezgodności:

1) Wykonawca U:

- zbiornik K., dz. 5019, poz. 35 błędnie przyjęto rozmiar rzeczowy: jest 4,20 szt. winno być: 1,0 szt.

2) Wykonawca Z.:

- zbiornik P. dz. 5319

poz. 8 błędnie przyjęto treść zapisu robót: z „*odmulanie dna rowu....*” na „*oczyszczanie terenu z gałęzi...*”

- zbiornik P. dz. 5394

poz. 21 błędnie przyjęto treść zapisu robót: z „*obsianie terenu po plantowaniu urobku*” na „*obsianie skarp w ziemi urodzajnej*”

- zbiornik P. dz. 5395/1

błędnie przyjęto treść zapisu robót: z „*obsianie terenu po plantowaniu urobku*” na „*obsianie skarp w ziemi urodzajnej*”;

- zbiornik P. 5374/1

poz. 21 błędnie przyjęto treść zapisu robót: z „*obsianie terenu po plantowaniu urobku*” na „*obsianie skarp w ziemi urodzajnej*”

- zbiornik T. dz. nr 5356/2

poz. 21 błędnie przyjęto treść zapisu robót: z „*obsianie terenu po plantowaniu urobku*” na „*obsianie skarp w ziemi urodzajnej*”;

poz. 30 błędnie przyjęto treść zapisu robót: z „*obsianie terenu po plantowaniu urobku*” na „*obsianie skarp w ziemi urodzajnej*”

- zbiornik Ś. dz. 5259

poz. 30 błędnie przyjęto treść zapisu robót: z „*obsianie terenu po plantowaniu urobku*” na „*obsianie skarp w ziemi urodzajnej*”

- zbiornik S. dz. 5137/1, zbiornik Jamnice dz. 5188 oraz zbiornik Rożenno dz. 5218

poz. 21 błędnie przyjęto treść zapisu robót: „*obsianie terenu po plantowaniu urobku*” na „*obsianie skarp w ziemi urodzajnej*”

- zbiornik K. dz. 5019

poz. 11 błędnie przyjęto podstawę wyceny oraz średnicę usuwanych pni, jest KNR 201-0502-00 średnica pni 16-25 a winno być KNR-W2-01-0106-01 średnica 10-15 cm.;

poz. 30 błędnie przyjęto treść zapisu robót: „*obsianie terenu po plantowaniu urobku*” na „*obsianie skarp w ziemi urodzajnej*”.

3) Wykonawca P.:

- zbiornik P. dz. 5394, poz. 20: jest 293,56 m<sup>2</sup>, a winno być 254,600;

- zbiornik P. dz. 5394, poz. 21: jest 0,03 ha, winno być 270m<sup>3</sup>; poz. 13: jest 320 m<sup>3</sup>, winno być 128 m<sup>3</sup>;

- zbiornik K. poz. 3: jest 17,000 m<sup>2</sup> winno być 170,40m<sup>2</sup>.

Mając na uwadze przytoczoną powyżej treść rozdziału 13 pkt 6 siwz, na którą powołuje się zamawiający dokonując odrzucenia ww. ofert należy zauważyć, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie może wprowadzać regulacji niezgodnych z ustawą Pzp. Dlatego też nie mogą być wiążące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprzeczne z ustawą, która jest powszechnie obowiązującym źródłem prawa (art. 87 ust. 1 Konstytucji RP). Oznacza to, iż zamawiający nie może formułować w siwz postanowień sprzecznych z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek poprawienia omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają łącznie dwa określone w przepisie warunki: polegają na niezgodności oferty z siwz i nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż w przedmiotowym stanie faktycznym błędy w sporządzonych kosztorysach ofertowych miały charakter omyłek, o jakich mowa w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z okoliczności faktycznych wynika, iż poprawa poszczególnych pozycji kosztorysów ofertowych nie miałaby istotnego wpływu na realizację przedmiotu zamówienia opisaną przez zamawiającego. Dopiero w sytuacji, gdyby poszczególni wykonawcy wyrazili sprzeciw wobec poprawienia ww. omyłek, zamawiający powinien był odrzucić oferty tych wykonawców.

W wyniku przeprowadzenia kontroli uprzedniej mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu zalecił, aby zamawiający dokonał poprawy wskazanych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ofertach następujących ww. wykonawców. Ponadto z uwagi na fakt, iż oferta wykonawcy U. jest ofertą najkorzystniejszą wg kryterium oceny przyjętego przez zamawiającego, Prezes Urzędu zalecił ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

#### **IV.4. Naruszenia dotyczące opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia i skrócenia terminu składania ofert.**

**IV.4.1. Przedmiot zamówienia:** opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego dla budowy i wyposażenia zespołu laboratoriów badawczych

**Wartość zamówienia:** 70 000 zł (tj. 18 054,73 euro)

**Data wszczęcia postępowania:** 25.05.2008 r.

Zamówienie nie finansowane ze środków UE.

Zgodnie z siwz, „wykonawca musiał: prowadzić działalność gospodarczą odpowiadającą zakresowi przedmiotu zamówienia od co najmniej 5 lat”. Ponadto, zamawiający wskazał w siwz, że wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie powinien przedłożyć „aktualny dokument (wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert) dopuszczający wykonawcę do obrotu prawnego w zakresie objętym zamówieniem (np. wypis/odpis z właściwego rejestru lub zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej)”.

Odnosnie sformułowanego przez zamawiającego warunku prowadzenia działalności przez okres nie krótszy niż 5 lat, należy przede wszystkim podkreślić, że nie istnieją w ustawie Prawo zamówień publicznych i aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie przepisy ograniczające wykonawcom działającym krócej niż 5 lat możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne. Ustawodawca wskazał jedynie, że dokumenty potwierdzające warunki dotyczące doświadczenia (ale tylko w przypadku robót budowlanych) mają obejmować dane z ostatnich 5 lat, ale jednocześnie wyraźnie wskazał, że jeśli okres działalności jest krótszy – dane te mogą pochodzić z krótszego okresu prowadzenia działalności. Takie uregulowania jednak w żaden sposób nie odnoszą się do konieczności prowadzenia przez wykonawcę działalności przez określony czas i nie dają zamawiającemu podstawy do ustanawiania takich ograniczeń, a co za tym idzie – uniemożliwiania potencjalnym wykonawcom, prowadzącym działalność przez okres krótszy niż 5 lat, ubiegania się o zamówienie.

Nieuzasadniony jest ponadto wymóg, aby wykonawca przedstawił aktualny wypis/odpis z właściwego rejestru lub aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności gospodarczej potwierdzające prowadzenie przez wykonawcę działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, bowiem wykonawca może także wykonywać działalność nie ujawnioną w KRS.



Z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania wynika, że zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zapisy specyfikacji dopuszczające do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy działają co najmniej 5 lat i mają przedmiot działalności tożsamy z przedmiotem zamówienia wpisanym do np. wypisu/odpisu z właściwego rejestru lub zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej utrudniają uczciwą konkurencję i powodują nierówne traktowanie wykonawców na rynku, a zatem stanowią naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

#### **IV.4.2. Przedmiot zamówienia:** wykonanie zmian do systemu informatycznego

**Wartość zamówienia:** łącznie 283.000 zł (72.922 euro)

**Data wszczęcia postępowania:** 28.02.2008

**Projekt z SPO** Wzrost Konkurencyjności Przedsiębiorstw

W rozdziale IV pkt I. ppkt 2 SIWZ zamawiający sformułował następujący opis warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy:

„w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy to w okresie prowadzenia działalności:

- a) wykonawca wykonał, co najmniej dwie modyfikacje oprogramowania wykorzystującego sieć internetową i zapewniającego bezpieczeństwo dwustronnej elektronicznej wymiany dokumentów przy użyciu infrastruktury klucza publicznego, których wartość była nie mniejsza niż 500 000 zł brutto każdej,
- b) wykonawca zrealizował, co najmniej dwie modyfikacje systemu informatycznego obsługującego rejestr publiczny (definicja rejestru publicznego wg ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne), których wartość była nie mniejsza niż 500 000 zł brutto każda,
- c) wykonawca wykonał, co najmniej dwie modyfikacje systemów informatycznych umożliwiających przetwarzanie danych z zakresu ochrony zdrowia o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł (brutto) każda.”

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię. Ze stwierdzeń zawartych w opinii biegłego, wynika że po pierwsze, łączne postawienie przez zamawiającego wymogów co do realizacji usług dotyczących rejestrów publicznych, usług wykorzystujących strukturę klucza publicznego oraz usług w zakresie systemów przetwarzających dane z zakresu ochrony zdrowia w połączeniu z warunkiem wykonania jedynie modyfikacji takich systemów, a bez możliwości wykazania się doświadczeniem w wytworzeniu tego typu systemów, ograniczyło konkurencję w przedmiotowym postępowaniu do tego stopnia, iż jedynym znanym biegłemu wykonawcą będącym w stanie spełnić tak określone wymagania w czasie prowadzenia niniejszego postępowania było konsorcjum, które złożyło jedyną ofertę w postępowaniu. Po drugie, ograniczenie warunku jedynie do modyfikacji określonych systemów nie było uzasadnione specyfiką zamówienia i celem, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawców do jego realizacji. Różnica pomiędzy wykonaniem modyfikacji a wytworzeniem nowego systemu jest bowiem nieistotna dla ustalenia zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotowej modyfikacji systemu, gdyż w danej sytuacji wykazanie się doświadczeniem w wytworzeniu nowego systemu dawałoby podobną gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Tym samym złagodzenie opisu warunków udziału w postępowaniu poprzez możliwość wykazania się wytworzeniem systemów o wskazanej w SIWZ specyfice i wartości stworzyłoby

szansę udziału w przedmiotowym postępowaniu większej liczbie wykonawców, a jednocześnie odpowiadałoby charakterowi zamówienia i zapewniało dobór wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie niezbędne do jego wykonania.

W związku z tym, że opis warunków udziału w postępowaniu został sporządzony w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję, tj. bez uzasadnienia specyfiką zamówienia dopuszczał możliwość wykazania się doświadczeniem jedynie w modyfikacji wskazanych w SIWZ systemów, nie uwzględniając doświadczenia w ich wytworzeniu, należy uznać, iż zamawiający, dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu, naruszył zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców określone w art. 22 ust. 2 w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia.

**IV.4.3. Przedmiot zamówienia:** dostawa 10 szt. jednoczłonowych autobusów

**Wartość zamówienia:** 6 835 100,00 zł (1 780 437,61 euro)

**Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego**

Zamawiający dokonał w SIWZ opisu sposobu spełniania warunku dotyczącego doświadczenia, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę na rynek państw członkowskich Unii Europejskiej, w ilości, co najmniej 10 sztuk autobusów niskopodłogowych. Wszczęta przez zamawiającego procedura przetargowa miała na celu wyłonienie wykonawcy, który zrealizowałby zamówienie polegające na dostawie również 10 sztuk autobusów niskopodłogowych.

Zgodnie z przepisem 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. W świetle powyższego nie można uznać, że w przedmiotowym postępowaniu warunek wykazania doświadczenia w zakresie określonym przez zamawiającego został opisany na poziomie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia.

Po pierwsze, nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na dostarczeniu 10 sztuk autobusów niskopodłogowych, niezbędnym jest posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia takiej samej liczby autobusów. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca mający doświadczenie w dostarczeniu mniejszej liczby tego rodzaju pojazdów, byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich autobusów oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia. Te czynniki natomiast nie są zależne od ilości dotychczas wykonanych autobusów niskopodłogowych, gdyż można je wykazać już po realizacji i dostawie mniejszej liczby wymaganych autobusów. Tym samym dla wykazania zdolności do wykonania zamówienia w zakresie dostawy 10 sztuk autobusów niskopodłogowych, nie jest niezbędne posiadanie wiedzy i doświadczenia w realizacji również 10 sztuk takich autobusów. Stawianie zatem wymogu, aby wykonawca wykonał w przeszłości taką samą liczbę dostaw, jak przy udzielanym zamówieniu, nie służy w istocie potwierdzeniu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, lecz potwierdzeniu tego, czy potencjał techniczny i kadrowy wykonawcy gwarantuje realizację przedmiotowego zamówienia. W tym natomiast celu zamawiający mógłby żądać innych dokumentów, jak choćby dotyczących liczby pracowników, kwalifikacji kadry, czy sprzętu, jakim dysponują wykonawcy, itp. Dodatkowo należy zauważyć, że opis sposobu spełniania omawianego warunku odnosi się do jednej dostawy autobusów w ilości minimum 10 sztuk, co oznacza, że warunku tego nie mogliby spełnić także wykonawcy, którzy dostarczyli znacznie większe ilości autobusów w ciągu ostatnich 3 lat, ale poszczególne dostawy odrębnie dotyczyły mniejszej liczby niż 10 sztuk.

Po drugie, za niezasadne należy uznać żądanie wykazania się doświadczeniem w dostawie autobusów, ale tylko na rynek UE. Celem zamawiającego podczas dokonywania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest każdorazowo zapewnienie udziału w postępowaniu możliwie najliczniejszemu gronu podmiotów zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Takiemu celowi nie służy bez wątpienia opis warunku odnoszący się do dostaw na terenie określonego obszaru geograficznego. Nie ma bowiem znaczenia, jakiemu podmiotowi, czy też na jakim rynku wykonawca zaoferuje swój produkt – istotna jest jedynie zdolność do jego zrealizowania. Nieprzekonujące są argumenty zamawiającego, że ww. warunek jako powiązany z wymogami technicznymi – gwarantuje, że specyfikacje autobusów niskopodłogowych będą zgodne z normami europejskimi, określonymi np. w dyrektywach. Oczywiście zamawiający ma prawo odnosić poszczególne parametry żadanego sprzętu do wytycznych wskazanych w dokumentach europejskich. Niemniej jednak w takiej sytuacji zamawiający winien stosowne parametry opisać w przedmiocie zamówienia lub dokonać innego opisu sposobu oceny spełniania warunku (tj. w taki sposób, ażeby opis warunku odnosił się do doświadczenia w realizacji dostaw autobusów spełniających np. normy Euro 5 wg wytycznych rozporządzenia UE itd.). Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której autobusy dostarczane poza rynkiem UE, również spełniają oczekiwane przez zamawiającego normy środowiskowe i inne. Tacy zaś wykonawcy, w świetle opisanego warunku przy pomocy „kryterium geograficznego”, są wyłączeni z możliwości złożenia ważnej oferty. Taki opis sposobu spełniania warunku był zatem nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i mógł prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**IV.4.4. Przedmiot zamówienia:** wykonanie robót budowlano-montażowych

**Wartość zamówienia:** 56.011.523,79 zł (14.590.133,83 euro)

**Projekt** z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko - Pomorskiego

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 5 ppkt 5.1.2 SIWZ zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy poprzez wymaganie wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia - co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 36 mln PLN netto, polegającej na:

- budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie oczyszczalni ścieków o średniej dobowej przepustowości co najmniej 2800 m<sup>3</sup>/dobę i
- budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie stacji wodociągowej o zapotrzebowaniu na wodę o wielkości co najmniej 2000 m<sup>3</sup>/dobę i
- budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 5000 mb i
- budowie i/lub przebudowie sieci wodociągowej o długości co najmniej 5000 mb.

W trakcie postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego o interpretację i zmianę tak dokonanego opisu sposobu dokonywania oceny warunku udziału w postępowaniu poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem w realizacji wyżej opisanych robót wykonanych łącznie, w ramach więcej niż jednej umowy. Z dokumentacji postępowania wynika, iż pomimo ww. wniosków wykonawców, zamawiający pozostawił sposób oceny warunku bez zmian. Tym samym wykazanie się robotami budowlanymi we wskazanym zakresie, wykonanymi w ramach oddzielnych zamówień, nie spełniałoby warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie 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. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Wobec powyższego należy zauważyć, że wymaganie wykazania się wykonaniem w ramach jednej umowy robót budowlanych takich jak budowa/rozbudowa/modernizacja/przebudowa oczyszczalni ścieków i stacji wodociągowej oraz budowa i/lub przebudowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, naruszającym zasadę uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępności zamówienia dla wykonawców, którzy realizowali wiele takich inwestycji o porównywalnej wartości w ramach różnych umów.

Właściwe wykonanie zamówienia byłby bowiem w stanie zapewnić wykonawca, posiadający doświadczenie w realizacji inwestycji o odpowiednim stopniu skomplikowania, jednak niekoniecznie obejmującym swoim zakresem wszystkie wymagane przez zamawiającego zadania, czy też w realizacji wskazanych robót łącznie w ramach kilku inwestycji budowlanych. Fakt wykonywania wszystkich ww. robót łącznie jako jednej roboty budowlanej, tj. na podstawie jednej umowy nie ma także – wbrew wyjaśnieniom zamawiającego - związku z wykonywaniem tego rodzaju robót w terenie miejskim przy ruchu komunikacyjnym. W szczególności ww. roboty łącznie mogły być przez danego wykonawcę realizowane w całości lub w części na terenie wiejskim, co oznaczałoby, że taki wykonawca nie dysponowałby doświadczeniem w realizacji robót przy dużym ruchu komunikacyjnym. Opis sposobu spełniania ww. warunku nie odnosi się zresztą do rodzaju środowiska, w którym roboty te były wykonywane, tylko do wymogu, aby roboty te były wykonywane w ramach jednej umowy. Taki opis warunku nie jest natomiast niezbędny do zbadania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia, a zatem nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego należy uznać, że dokonując opisu sposobu dokonywania oceny warunku udziału w postępowaniu poprzez wymaganie wykonania wszystkich ww. robót w ramach jednej umowy, zamawiający naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Należy również wskazać, że naruszenie to skutkowało wykluczeniem wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, ze względu na wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu wskazanych robót w zakresie znacznie przekraczającym wymagania zamawiającego, wykonanych na rzecz jednego inwestora, lecz w ramach kilku umów. Ponadto pozostali wykonawcy wnioskujący o zmianę opisu sposobu oceny przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu nie złożyli ofert, co również świadczy o tym, że ww. opis warunku utrudniał dostęp do zamówienia, a w konsekwencji - utrudniał uczciwą konkurencję.

#### **IV.4.5. Przedmiot zamówienia:** pełnienie obowiązków zastępstwa inwestycyjnego i

sprawdzenie dokumentacji projektowej

**Wartość zamówienia:** 450 000 zł (117 218,02 euro)

**Projekt z** Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w SIWZ postawił m.in. warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi określone w pkt V ppkt 1.1 SIWZ uprawnienia budowlane: „O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące wymaganych uprawnień budowlanych: osoba posiadająca uprawnienia do nadzorowania (kierowania) robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, osoba posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w

zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (sanitarnych), osoba posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych, osoba posiadająca uprawnienia w specjalności drogowej. Osoby posiadające ww. kwalifikacje lub uprawnienia powinny być zatrudnione przez wykonawcę w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony w wymiarze co najmniej ½ (pół etatu”.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, przy czym zamawiający - powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - odrzucił oferty złożone przez dwóch wykonawców, jako „nie spełniające wymogów SIWZ rozdział V p 1.1.”, tj. z powodu nie spełnienia przez tych wykonawców warunku zatrudnienia ww. osób w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony w wymiarze co najmniej ½ (pół) etatu. Jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę droższą od ww. odrzuconych ofert.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Z kolei w myśl art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w przytoczonym powyżej ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W świetle art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców jedynie dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach, czy uprawnieniach, bez konieczności wykazywania faktu zatrudniania ww. osób, na podstawie stałych umów o pracę.

W niniejszej sprawie nie można uznać, że wykonawca dysponujący kadrą na innych podstawach prawnych niż umowy o pracę, nie byłby w stanie należycie zrealizować zamówienia. Dla wykonania zamówienia istotne bowiem są kwalifikacje danych osób, nie zaś rodzaj umowy, w oparciu o którą wykonują swoje zadania. W związku z powyższym zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

**IV.4.6.Przedmiot zamówienia:** zbudowanie platformy technologicznej do prezentacji zbiorów muzealnych

**Wartość zamówienia:** 274.160,56 zł (71.414,58 euro)

**Projekt z** Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego

Ze względu na fakt, iż ustalenie i ocena stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wymagało wiadomości specjalnych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o sporządzenie opinii w zakresie stwierdzenia, czy przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawiera wskazanie na sprzęt konkretnej firmy, czy też opisane wymagania może spełnić kilka firm obecnych na rynku.

W ww. opinii stwierdzono: *„Zapisy SIWZ dotyczące serwera, komputera stacjonarnego i obu notebooków dyskryminują producentów procesorów innych niż firma Intel, w szczególności firmę AMD. (...) opis wymagań ponad wszelką wątpliwość utrudnia uczciwą konkurencję i wskazuje na nierówne traktowanie różnych producentów (art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 2 PZP), gdyż wskutek zbiegu wielu szczegółowych wymagań, nie wpływających na właściwości użytkowe nabywanego komputera, uniemożliwia przedstawienie ofert na wiele innych urządzeń o nie gorszej użyteczności. W ocenie biegłego ma tu więc miejsce dyskryminujący zbieg wymagań. (...) Porównując zapisy SIWZ i specyfikacje produktów firmy Dell ustalono, iż w zakresie komputera przenośnego 13,3" specyfikacja wzorowana była na komputerze Dell Latitude E6320, komputera przenośnego 15,6" na komputerze Dell Latitude E5520, komputera stacjonarnego na komputerze Dell Optiplex 990. W zakresie przeprowadzonej analizy biegły,*

nie znalazł produktów innych firm spełniających wymagania opisane dla ww. komputerów przenośnych 13,3" oraz '15,6" - Nie sposób ze 100% pewnością wykluczyć istnienie jakiegoś - poza odpowiednio wskazanym powyżej - urządzenia spełniającego wymagania SIWZ.

Na preferowanie produktów firmy Dell - obok zgodności wymaganych parametrów z wymienionymi modelami wskazują m.in. specyficzne zapisy właściwe wyłącznie produktom firmy Dell:

1. niektóre spośród użytych w opisie przedmiotu zamówienia nazw własnych (np. "UltraSharp HD+"),

2. Sposób podawania niektórych wymagań typowy dla produktów tej firmy (np. "Umożliwiająca jej [baterii] szybkie naładowanie do poziomu 80 % w czasie 1 godziny i do poziomu 100 % w czasie 2 godzin" - np. firma HP opisuje podobną właściwość w nieco inny sposób). Na marginesie: określenie wymagań odnośnie szybkości ładowania w podany tu sposób skutecznie utrudnia konkurencję innym producentom, podającym te same parametry, ale w nieco innej postaci - np. jako czas ładowania do 90% pojemności baterii);

3. Wymagania względem wymiarów wzorowane na wskazanych tu urządzeniach firmy Dell (przypadkowe podanie w SIWZ kilku wymiarów zgodnych ze wskazanymi produktami jest nieprawdopodobne).

Podkreślić należy, iż nadmiernie szczegółowa specyfikacja, z jaką mamy tu do czynienia, wzorowana na parametrach wskazanych tu komputerów jednego z producentów, wyrażona w języku określeń właściwych temu producentowi znacznie utrudnia producentom komputerów "niewzorcowych" przedstawienie swej oferty, ułatwiając składanie ofert producentom komputerów stanowiących wzór dla specyfikacji, które w tym przypadku stają się de facto modelami preferowanymi.

W ocenie biegłego już same zbiegi mało istotnych wymagań - np. umiejscowienie złącza RJ45, materiał użyty na obudowę (szczerkowane aluminium!), gumowe uszczelnienie wokół matrycy, waga, liczba komórek baterii w połączeniu z jej pojemnością - wymagane koniunktywnie utrudniają uczciwą konkurencję (większość komputerów przenośnych ma złącze sieciowe RJ45 umiejscowione z boku obudowy - samo to wymaganie eliminuje przynajmniej 50% konkurencyjnych ofert)".

Podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerzego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania.

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

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 do zamawiającego tylko jedna oferta, stwierdzić należy, że przedmiot zamówienia dotyczący dostawy sprzętu komputerowego, został opisany w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję. Wobec powyższego w ocenie Prezesa Urzędu zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

**IV.4.7.Przedmiot zamówienia:** dostawa sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem dla budynku dydaktycznego

**Wartość zamówienia:** 1.092.676,42 zł (271.837,10 euro)

**Projekt z** Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Wielkopolskiego

Przedmiotem zamówienia była dostawa następującego sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem dla budynku dydaktycznego:

- Drukarka wielofunkcyjna kolorowa, laserowa - 13 sztuk,
- Zasilacz awaryjny UPS - 158 sztuk,
- Zestaw komputerowy - 175 sztuk,
- Monitor - 175 sztuk,
- Oprogramowanie - 175 sztuk.

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). Ponadto opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w szczególności 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). Naruszenie zasady wynikającej z treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć zatem charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). 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.

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. Powołany biegły stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia tj. drukarki i monitora wskazuje na produkty konkretnych firm (urządzenia właśnie tych firm wskazał wykonawca, który złożył ofertę) jak również, że wymagania odnośnie obudowy komputera w nieuzasadniony sposób zawężyły ilość możliwych do zaoferowania produktów (biegły stwierdził, że wskazanie miejsca zamieszczenia takiego znaku jest mało istotne i nie powinno być traktowane jako wymóg niezbędny).

Niezależnie od powyższego dostęp do zamówienia ograniczało także żądanie przez zamawiającego w toku postępowania dokumentu EPEAT na poziomie złotym dla zestawu komputerowego. Dokument ten stanowi część programu Green Electronic Consilium, który jest prowadzony przez fundację non-profit Institute of Electrical and Electronics Engineers. Standard EPEAT został zaaprobowany w USA jako obowiązujący do stosowania przez agencje federalne USA. EPEAT opiera się na standardzie IEEE 1680 stworzonym przez Institute of Electrical and Electronics Engineers, który zawiera zestaw wymagań pozwalających ocenić wpływ na środowisko sprzętu komputerowego wraz z metodami ich oceny. IEEE 1680 odwołuje się także do innych norm m.in. do RoHS, ISO 14001 (System Zarządzania Środowiskiem), Energy Star, ale jednocześnie obejmuje normy związane z całym cyklem życia produktu. Stosowanie tego kryterium oznacza zawężenie wyboru sprzętu elektronicznego tylko do tych producentów, którzy mają dokument EPEAT. Należy bowiem zwrócić uwagę, że posiadanie EPEAT GOLD oznacza konieczność rejestracji produktu w Green Electronics

Council i przejścia procesu weryfikacji zgodnie z wymaganiami rejestracji produktu w celu wprowadzenia danego sprzętu komputerowego do rejestru EPEAT. Zgodnie z wymaganiami należy spełnić 23 kryteria obowiązkowe oraz 28 opcjonalnych uzyskując w ten sposób rating środowiskowy porównywalny pomiędzy producentami. Producenci niezarejestrowani w rejestrze EPEAT pomimo spełniania norm wymaganych na rynku europejskim nie mogą otrzymać tego dokumentu. W konsekwencji brak rejestracji ogranicza ich liczbę.

Z dokumentacji postępowania, a także z opinii biegłego wynika zatem, że wymaganie posiadania przez dostarczony sprzęt wszystkich wyszczególnionych w siwz parametrów spowodowało zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców do producentów brothera (drukarki) i Fujitsu (monitory) oraz markowych producentów w zakresie zestawów komputerowych. Dodatkowo żądanie posiadania dokumentu EPEAT na poziomie GOLD, oznaczało, że wykonawcy spełniający inne normy środowiskowe wymagane na rynku europejskim (np. Energy Star), nie mogli wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny oraz prawny, w szczególności treść opinii biegłego, jak również fakt, że w postępowaniu wpłynęła do zamawiającego tylko jedna oferta, Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

**IV.4.8. Przedmiot zamówienia:** zakup oprogramowania wraz z udzieleniem licencji

**Wartość zamówienia:** 569 639,00 zł (148 382,00 euro)

**Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka**

Przedmiotem części I niniejszego zamówienia był zakup oprogramowania wraz z udzieleniem licencji na oprogramowanie ARIS lub równoważne wraz z dostawą, instalacją sprzętu komputerowego oraz migracją danych istniejących modeli.

W związku z wątpliwościami co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu wystąpił do biegłego z prośbą o wyrażenie opinii w tym zakresie. W sporządzonej na potrzeby postępowania kontrolnego opinii biegły jednoznacznie stwierdził, iż „wskazanie nazwy konkretnego oprogramowania nie było konieczne z punktu widzenia możliwości opisu przedmiotu zamówienia. Specyfika przedmiotu zamówienia nie wymuszała używania nazwy ARIS w tytule zamówienia oraz w jego szczegółowym opisie - Zamawiający mógł opisać przedmiot zamówienia za pomocą innych określeń (w szczególności poprzez szczegółowy opis wymagań funkcjonalnych i нефункциональных). (...) Na stronach 22, 24, 25, 27, 29, 32 w opisie przedmiotu zamówienia przedstawiono diagramy, na których pozostawiono jednoznaczną identyfikację narzędzia, mimo iż wstawienie samych modeli (bez nazwy oprogramowania) nie stanowi żadnego problemu; moim zdaniem nie było merytorycznego uzasadnienia dla używania w tym miejscu loga i nazwy Aris Platform”. Z powyższego wynika, że zamawiający używał w opisie przedmiotu zamówienia nazwy własnej ARIS niezgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, który dopuszcza możliwość posłużenia się znakiem towarowym jedynie w sytuacji, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą innych dostatecznie dokładnych określeń. Nie można przy tym zgodzić się z argumentem zamawiającego, jakoby „opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób niż przy użyciu słowa ARIS spowodować mogło powstanie wątpliwości co do funkcjonalności oprogramowania, którego potrzebuje Zamawiający. Profesjonalne podmioty, działające w sektorze usług informatycznych znają właściwości oprogramowania ARIS i jedynie taki opis pozwalał im jednoznacznie ocenić, czy są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia”. Ww. argumentowi przeczy opinia biegłego, który jednoznacznie stwierdził, że możliwe było opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą wymagań funkcjonalnych i нефункциональных. Ponadto nie ma podstaw, by twierdzić, że profesjonalne podmioty na rynku nie potrafiłyby zrozumieć, na czym polega wykonanie przedmiotu zamówienia w sytuacji



jasnego i prawidłowego opisanie wymaganych funkcjonalności przez zamawiającego, gdyż właśnie ich profesjonalizm powinien pociągać za sobą m.in. posiadanie fachowej wiedzy w tym zakresie. Oznacza to, że posługiwanie się nazwą ARIS w opisie przedmiotu zamówienia nie było konieczne do jednoznacznego zrozumienia tegoż opisu przez wykonawców, natomiast niewątpliwie naruszało art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nie było uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a zamawiający mógł opisać przedmiot zamówienia za pomocą innych dostatecznie dokładnych określeń.

W dalszej części opinii biegły wskazuje, iż „na stronie 37 Zamawiający przedstawił tabelę 2, w której zawarł informacje o zakresie funkcjonalnym rozwiązania - z tabelki wynika, że ewentualny równoważny produkt (wobec narzędzi ARIS Platform) musi być w wersji 7.1 lub wyższej, co wymusza sposób numerowania wersji taki, jaki przyjęła firma IDS Scheer, ewentualny równoważny produkt musi mieć podział na elementy składowe o strukturze funkcjonalnej identycznej z produktami firmy IDS Scheer (analogicznie do Business Architect, Business Designer, IT Architect, Business Server i Business Publisher), bo tylko wtedy można precyzyjnie spełnić postawione przez Zamawiającego wymagania co do liczby użytkowników”. Z powyższego wynika, że dopuszczenie przez zamawiającego możliwości składania ofert równoważnych miało w istocie charakter pozorny, ponieważ sposób opisanie wymagań w siwz wymuszał zaoferowanie produktu, który posiadał numerację wersji oraz strukturę funkcjonalną identyczną z produktem formy IDS Scheer. Natomiast, jak już wskazano powyżej, opis przedmiotu zamówienia z użyciem znaków towarowych, w sytuacji gdy nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a możliwe jest użycie innych określeń i gdy dodatkowo w rzeczywistości nie dopuszczono rozwiązań równoważnych, stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji także – naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto opis przedmiotu zamówienia w sposób, który wymusza pełną kompatybilność oprogramowania, mimo że zamawiający nie używa wszystkich typów modeli, nie był uzasadniony jego potrzebami. Oznacza to, że ww. opis utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy byliby w stanie zaoferować produkt ograniczający się do możliwości automatycznego importowania tych typów modeli, których zamawiający faktycznie używał.

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie udowodnił, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, natomiast treść opinii biegłego, z której wynika m.in., że opis przedmiotu zamówienia w istocie umożliwił zaoferowanie wyłącznie produktu firmy IDS Scheer, wskazuje, że doszło w tym zakresie do naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Potwierdza to również fakt, że w niniejszym postępowaniu ofertę złożyła wyłącznie firma IDS Scheer.

**IV.4.9.Predmiot zamówienia:** dostawa fabrycznie nowego samochodu osobowego klasy wyższej (segment E)

**Wartość zamówienia:** 170.731,71 zł (42.474,80 euro)

Zamówienie nie finansowane ze środków UE

Przedmiotem zamówienia była dostawa fabrycznie nowego samochodu osobowego klasy wyższej (segment E). Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wymagał dostarczenia pojazdu posiadającego m. in. następujące parametry:

- nadwozie typu sedan (limuzyna) o rozstawie osi min. 2900 mm;
- silnik benzynowy o pojemności skokowej max. 2000 cm<sup>3</sup>;
- stosunek masy własnej pojazdu do mocy silnika: max. 12,5 kg/kW;
- poziom emisji CO<sub>2</sub> w cyklu mieszanym: max. 150 g/km (wg wytycznych Dyrektywy 1999/94/WE);

- skrzynia biegów automatyczna z min. 7 przełożeniami do przodu;
- napęd na przednią oś z elektroniczną blokadą mechanizmu różnicowego;
- nawigacja fabrycznie zamontowana w pojeździe, w języku polskim.

W toku kontroli i postępowania wyjaśniającego ustalono, że łącznie ww. parametry techniczne spełnia jedynie model samochodu Audi A6. W szczególności łącznie wymóg maksymalnej pojemności silnika 2000 cm<sup>3</sup> oraz nadwozia typu sedan (limuzyna) o rozstawie osi co najmniej 2900 mm powoduje, iż opisowi przedmiotu zamówienia odpowiadają jedynie pojazdy marki Audi i BMW.

Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego - wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Zamawiający określając w opisie przedmiotu zamówienia wymóg łącznego spełnienia parametrów dotyczących nadwozia typu sedan (limuzyna) o rozstawie osi min. 2900 mm, silnika benzynowego o pojemności skokowej max. 2000 cm<sup>3</sup> oraz poziomu emisji CO<sub>2</sub> w cyklu mieszanym: max. 150 g/km (wg wytycznych Dyrektywy 1999/94/WE), ograniczył konkurencję i wskazał pośrednio na konkretny model pojazdu, tj. Audi A6, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **IV.4.10.Przedmiot zamówienia:** dostawa i montaż specjalistycznego wyposażenia meblowego

**Wartość zamówienia:** 2.600.000,00 zł (660.289,59 euro).

**Projekt z** Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego

Z dokumentów przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż zamawiający wszczął dwa postępowania na:

- dostawę i montaż specjalistycznego wyposażenia meblowego dla Terminala nr 3 (ZNP/11/43),
- dostawę i montaż mebli biurowych oraz specjalistycznego wyposażenia meblowego dla Terminala nr 3 (ZNP/11/44).

Szacunkowa wartość zamówień została ustalona przez zamawiającego na:

- dla postępowania ZNP/11/43: 1.150.000,00 PLN (tj. 299.557,18 EUR),
- dla postępowania ZNP/11/44: 1.450.000,00 PLN (tj. 360.732,41 EUR),

co daje łączną kwotę 2.600.000,00 PLN (tj. 660.289,59 EUR)..

Zamawiający opublikował ogłoszenia o ww. zamówieniach w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W ogłoszeniach o zamówieniach, zamawiający określił terminy na składanie ofert w ramach każdego z dwóch postępowań. W postępowaniu nr ZNP/11/43 termin składania ofert ustalono na 12.01.2012 r., tj. na siódmy dzień od przekazania ogłoszenia i drugi dzień od terminu opublikowania ogłoszenia w Dzienniku UE (data przekazania ogłoszenia do Dziennika UE i publikacji ogłoszenia w siedzibie miała miejsce 05.01.2012 r., a data publikacji w Dzienniku UE – w dniu 10.01.2012 r.). W postępowaniu nr ZNP/11/44 termin składania ofert ustalono na 19.01.2012 r., tj. również na siódmy dzień od przekazania ogłoszenia i drugi dzień od terminu opublikowania ogłoszenia w Dzienniku UE (data przekazania ogłoszenia do Dziennika UE i publikacji ogłoszenia w siedzibie miała miejsce 12.01.2012 r., a data publikacja w Dzienniku UE – w dniu 17.01.2012r.).

Jednocześnie, w celu potwierdzenia zgodności zaproponowanych rozwiązań technicznych z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia należało wraz z ofertą dostarczyć gotowe meble (próbki) wykonane zgodnie z wymaganiami oraz wybrane próbki kolorystyczne i wizualizację wybranych elementów. W postępowaniu jedyne oferty złożył M. Sp. z o.o. Sp. komandytowa.

W opinii powołanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych biegłego wskazano, że „analiza porównawcza oferty produktowej firmy M. Sp. z o. o., Sp. komandytowa (z dnia przygotowania niniejszej opinii) oraz SIWZ, w obu postępowaniach budzi pewne kontrowersje. Zastanawiające pozostaje, dlaczego przykładowe rysunki wybranych mebli (krzesła, stoły) zawarte w dokumentacji przetargowej przygotowanej przez Zamawiającego są tożsame z ofertą produktową Spółki, która wygrała przetarg. Fakt ten w pewnym stopniu wpływa na faworyzowanie M. Sp. z o. o. Sp. komandytowa w odniesieniu do kryterium czasu przygotowania dokumentacji konkursowej i spełnienia żądania Zamawiającego, co do dostarczenia próbek w postaci gotowych mebli (np. biurko, regał, krzesło obrotowe, krzesło konferencyjne, pufa, zabudowa recepcyjna i in.). Ponadto Zamawiający zastrzegł, że próbki mebli muszą być wykonane zgodnie z opisem zawartym w SIWZ i ustalonej kolorystyce. Z doświadczenia opiniodawcy w powiązaniu z praktyką przemysłową wynika, że o ile przygotowanie dokumentacji projektowej dla stosunkowo licznej grupy produktów (mebli) w terminie od dnia publikacji ogłoszenia o wszczęciu procedury przetargowej do upływu terminu składania ofert, jest możliwe do zrealizowania dla potencjalnego oferenta o zbliżonym profilu działalności, to już wytworzenie samych modeli przy szczegółowym zachowaniu warunków specyfikacji wydaje się być praktycznie niewykonalne (...) W odniesieniu do zarzutu, czy podmiot inny niż M. Sp. z o. o. byłby w stanie złożyć ważną ofertę wraz z dostarczeniem próbek zamawianych produktów, w terminie od dnia ogłoszenia informacji o przetargu do dnia składania ofert, należy stwierdzić, że w świetle przytoczonych argumentów wybrany Oferent pozostawał w sytuacji uprzywilejowanej”. Konkludując biegły stwierdził, że „bezkonkurencyjna sytuacja firmy M. Sp. z o. o., w opiniowanych postępowaniach przetargowych, realnie rzecz biorąc, objawia się jedynie w odniesieniu do terminów złożenia oferty przetargowej obejmującej również dostarczenie próbek zamawianych produktów”.

Ustawodawca w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nałożył na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto, w myśl art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie. Tak więc, naruszenie przepisów określonych w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp jest nie tylko naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także naruszeniem godzącym w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w prawie europejskim.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, w tym przede wszystkim z opinii biegłego, wynika że zażądanie przez zamawiającego dołączenia do oferty konkretnych próbek modeli mebli z jednoczesnym wskazaniem kilkudniowego terminu składania ofert uniemożliwiło innym wykonawcom, niż M. Sp. z o.o. Sp. komandytowa złożenie ofert w obu postępowaniach. Tym samym, niezachowanie przez zamawiającego minimalnego terminu na składanie ofert przewidzianego w ustawie Pzp dla zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, skutkowało także naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Tak więc, bezpodstawne skrócenie terminu składania ofert w połączeniu z żądaniem przedstawienia w tym terminie gotowych próbek mebli, nie tylko narusza art. 43 ust. 2 ustawy Pzp, ale prowadząc do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, narusza także treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.