



Wyniki przeprowadzonych w 2011 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 2011 rok	5
III	Wyniki kontroli	7

Dział II – Przykłady naruszeń.

IV.1.	Naruszenia dotyczące braku stosowania ustawy Pzp oraz szacowania wartości zamówienia	10
IV.1.1.	Udzielenie zamówienia na badania naukowe (art. 4 pkt 3e).....	10
IV.1.2.	Szacowanie zamówienia na koncepcje programowo-przestrzenne	11
IV.1.3.	Szacowanie zamówienia na zarządzanie projektem	14
IV.1.4.	Szacowanie zamówienia na systemy informatyczne	16
IV.2.	Naruszenia dotyczące stosowania trybów niekonkurencyjnych	18
IV.2.1.	Zamówienie na nadzór autorski, art. 67 ust. 1 pkt 1b Pzp	18
IV.2.2.	Zamówienie na zabezpieczenie muru oporowego, art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp	20
IV.2.3.	Zamówienie na opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej, art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.....	22
IV.2.4.	Zamówienie na budowę świetlicy, art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp	24
IV.2.5.	Zamówienie na dostawę generatora udarowego, art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp.....	26
IV.2.6.	Zamówienie na zraszanie boiska, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp	27
IV.2.7.	Zamówienie na opracowanie dokumentacji, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp	29
IV.2.8.	Zamówienie uzupełniające na wykonanie systemu biletowego oraz systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych, art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp.....	32
IV.2.9.	Zamówienie na usługi konsultanta ds. promocji, art. 5 Pzp.....	35
IV.2.10.	Zamówienie na organizację imprezy kulturalnej, art. 5 Pzp.....	38
IV.2.11.	Zamówienie na obsługę prawną, art. 5 Pzp	39
IV.2.12.	Zamówienia na nadzór autorski, zapytanie o cenę.....	41
IV.2.13.	Zamówienie na usługi wsparcia, zapytanie o cenę	42
IV.2.14.	Zamówienie na pomoc finansowo-organizacyjną, zapytanie o cenę	43
IV.3.	Naruszenia dotyczące oceny ofert	44
IV.3.1.	Uzupełnianie referencji.....	44
IV.3.2.	Wyjaśnianie uprawnień budowlanych	46
IV.3.3.	Uzupełnianie polisy.....	48
IV.3.4.	Uzupełnianie dokumentów przy niesprecyzowanym opisie warunku	49
IV.3.5.	Wyjaśnianie sposobu udostępnienia przez podmiot trzeci doświadczenia.....	50
IV.3.6.	Uzupełnianie dokumentów i poprawianie omyłek.....	51
IV.3.7.	Poprawianie omyłek	53
IV.3.8.	Poprawianie omyłek w postaci niezgodności kopii i oryginału oferty	54
IV.4.	Naruszenia dotyczące opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia	56
IV.4.1.	Warunek doświadczenia w inwestycjach finansowanych przez UE	56
IV.4.2.	Warunek dotyczący zysku	57
IV.4.3.	Warunek dotyczący doświadczenia i potencjału kadrowego	58
IV.4.4.	Warunek dotyczący doświadczenia w dostawach	62

IV.4.5.	Opis przedmiotu zamówienia na dostawę sterylizatora.....	64
IV.4.6.	Opis przedmiotu zamówienia na dostawę sprzętu komputerowego	66
IV.4.7.	Opis przedmiotu zamówienia na dostawę autobusu dla potrzeb osób niepełnosprawnych	67

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 obligatoryjne, jeżeli wartość zamówienia jest równa bądź przekracza 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych (art. 169 ust. 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 pomiotem, 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 ustawy, a także o stwierdzenie nieważności 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 2011 rok.

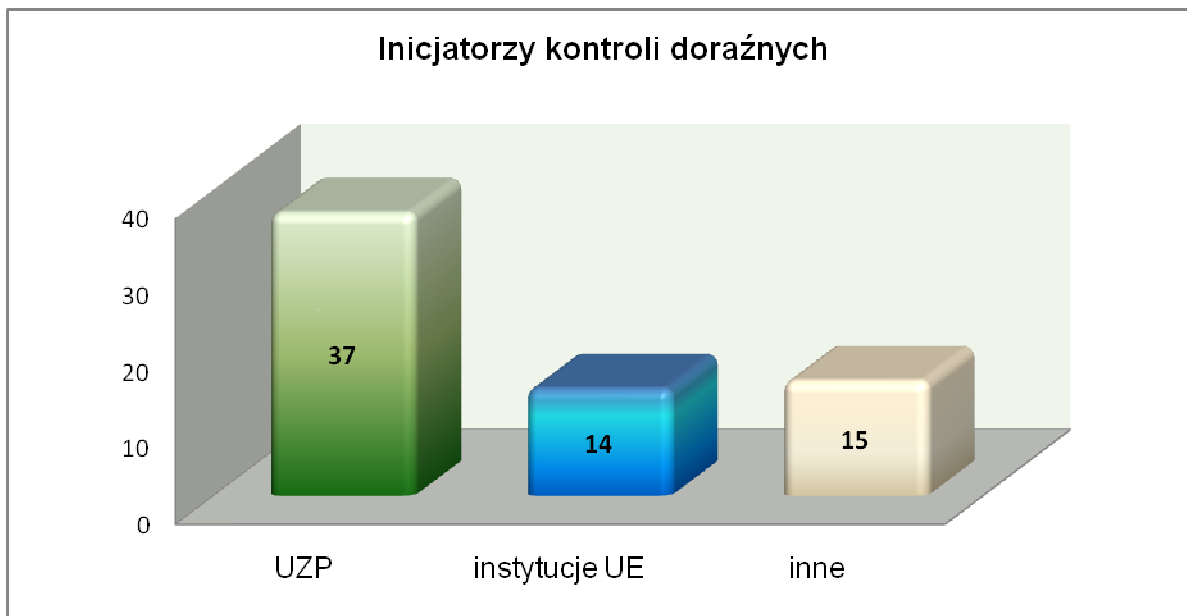
W badanym okresie Prezes Urzędu przeprowadził **299 kontroli zamówień współfinansowanych ze środków unijnych** (w 2010 r. – 294). **Łączna wartość objętych kontrolą zamówień wyniosła prawie 75 mld zł.**

233 kontrole zamówień z udziałem środków unijnych miały charakter kontroli uprzedniej obligatoryjnej, zatem były to kontrole zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych. Zamówienia te dotyczyły przede wszystkim inwestycji drogowych lub wodociągowo-kanalizacyjnych i były najczęściej współfinansowane w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Łączna wartość zamówień poddanych kontrolom obligatoryjnym uprzednim wyniosła ponad 74,5 mld zł.

66 kontroli miało charakter kontroli doraźnych następczych wszczętych przez Prezesa UZP na wniosek lub z urzędu. Kontrole doraźne dotyczyły zamówień o mniejszych wartościach, na ogół nie przekraczających tzw. progów unijnych¹. Łączna wartość zamówień poddanych tym kontrolom wyniosła ponad 400 mln zł.

37 spośród ww. 66 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. Pozostałe 29 kontroli doraźnych zostało wszczętych głównie na wniosek instytucji zaangażowanych we wdrażanie programów unijnych (14 kontroli) oraz wykonawców (10 kontroli).

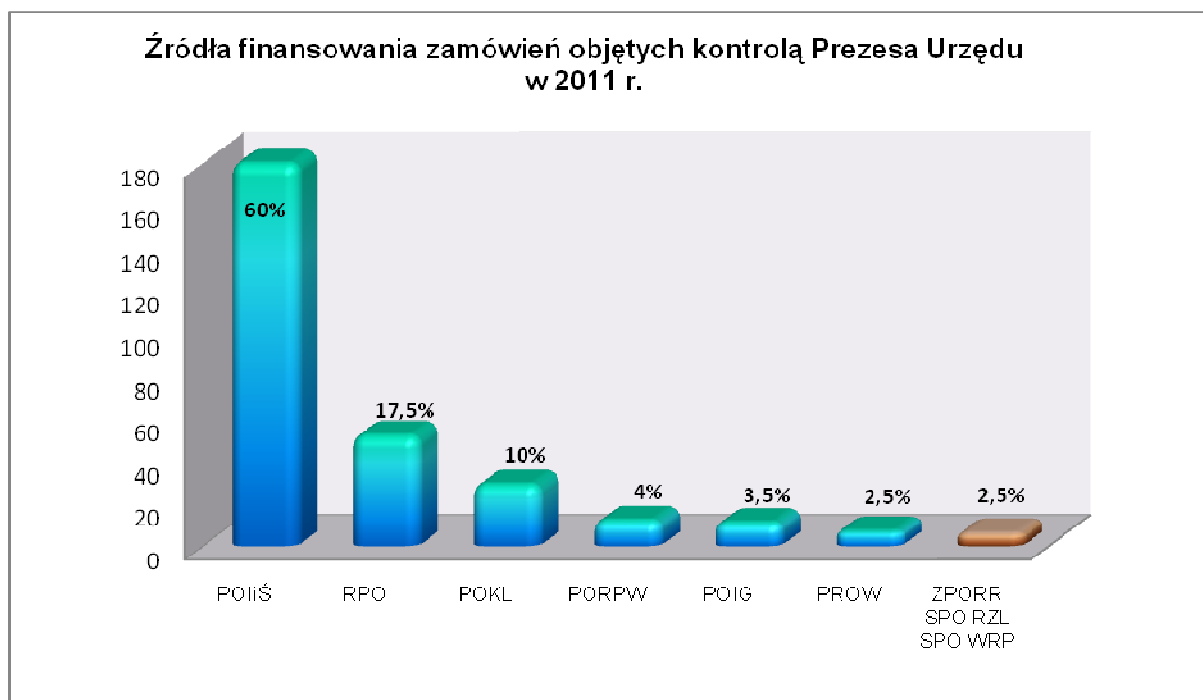
¹ Zgodnie z obowiązującym w 2011 r. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23.12.2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 224, poz. 1795) progi te wynosiły 125.000 euro lub 193.000 euro lub 387.000 euro dla dostaw i usług – w zależności od rodzaju zamawiającego oraz 4.845.000 euro dla robót budowlanych.



Kontrole przeprowadzone przez Prezesa Urzędu w przeważającej większości dotyczyły zamówień objętych programami operacyjnymi na lata 2007-2013:

- 180 zamówień (60%) z PO Infrastruktura i Środowisko,
- 29 zamówień (10%) z PO Kapitał Ludzki,
- 12 zamówień (4%) z PO Rozwój Polski Wschodniej,
- 11 zamówień (3,5%) z PO Innowacyjna Gospodarka,
- 7 zamówień (2,5%) z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich,
- 1 zamówienie z PO Europejska Współpraca Terytorialna,
- 52 zamówienia (17,5%) z Regionalnych Programów Operacyjnych, w tym:
 - 8 zamówień z RPO Województwa Dolnośląskiego,
 - 7 zamówień z RPO Województwa Śląskiego,
 - 6 zamówień z RPO Województwa Mazowieckiego,
 - 6 zamówień z RPO Województwa Lubelskiego,
 - 5 zamówień z RPO Województwa Pomorskiego,
 - 3 zamówienia z RPO Warmia i Mazury,
 - 3 zamówienia z RPO Województwa Łódzkiego,
 - 3 zamówienia z RPO Województwa Wielkopolskiego,
 - 2 zamówienia z RPO Województwa Podkarpackiego,
 - 2 zamówienia z RPO Województwa Małopolskiego,
 - 2 zamówienia z RPO Województwa Zachodniopomorskiego,
 - 2 zamówienia z RPO Województwa Świętokrzyskiego,
 - 1 zamówienie z RPO Województwa Kujawsko-Pomorskiego,
 - 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 6 kontroli doraźnych zamówień współfinansowanych ze środków przyznanych Polsce w ramach perspektywy 2004 – 2006, tj. po 2 kontrole z SPO RZL, SPO WKP i ZPORR (łącznie 2,5%).



III. Wyniki kontroli.

Wyniki przeprowadzonych w 2011 r. 299 kontroli dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków wspólnotowych przedstawiały się następująco:

W 174 kontrolach (58% z 299) nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp. Przy czym większość takich przypadków (163) dotyczyła największych zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych.

W 125 skontrolowanych postępowaniach (42% z 299) stwierdzono naruszenia ustawy Pzp, w tym 71 kontroli (24% z 299) wykazało naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania, natomiast 54 kontrole (18% z 299) wykazały 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 wydano zalecenia usunięcia ww. naruszeń - **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.

Naruszenia ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania dotyczyły:

- nieuprawnionego odstąpienia od obowiązku stosowania ustawy Pzp,
- dzielenia zamówienia na części, w wyniku czego nie stosowano przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej jego wartości,
- niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- niezgodnego z przepisami ustawy Pzp odrzucenia najkorzystniejszej oferty lub wykluczenia wykonawcy, który złożył taką ofertę,
- opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

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

- niepełnej treści ogłoszeń o zamówieniu,
- 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,
- zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli nie miało to wpływu na wynik postępowania,
- zaniechania poprawienia omyłek w ofertach wykonawców, jeżeli nie miało to wpływu na wynik postępowania,
- nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisie sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- opisie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych,
- braku zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Wyniki kontroli zamówień współfinansowanych ze środków UE przeprowadzonych w 2011 r. statystycznie są lepsze niż w 2010 r. Świadczy o tym przede wszystkim większa liczba kontroli, w których nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp (wzrost z 48% w 2010 r. do 58% w 2011 r.).

Jednocześnie należy jednak zauważyć, że spośród 125 kontroli, w których stwierdzono naruszenia aż 54 kontrole (tj. 18% spośród wszystkich 299) wykazały najpoważniejsze naruszenia mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W 2010 r. kontrole takie stanowiły 15% spośród wszystkich kontroli (44 kontrole spośród 294), zatem wskaźnik najpoważniejszych nieprawidłowości wzrósł o 3 punkty procentowe. Wynika to przede wszystkim z faktu przeprowadzenia większej ilości kontroli doraźnych zamówień udzielonych w trybie z wolnej ręki lub bez stosowania ustawy Pzp. Należy przy tym stwierdzić, że powyższe naruszenia, jako skutkujące całkowitym wyłączeniem konkurencji przy udzielaniu zamówień publicznych, mają najbardziej rażący charakter i świadczą o nieszanowaniu przez zamawiających nie tylko podstawowych zasad wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także zasad wynikających z dyscypliny finansów publicznych.

Niezależnie od powyższego nie uległa zmianie teza przytaczana już w Informacjach o wynikach kontroli zamówień współfinansowanych ze środków UE z lat ubiegłych, że najwięcej naruszeń wykazują kontrole zamówień o mniejszych wartościach. Udzielając takich zamówień zamawiający przede wszystkim częściej stosują tryb zamówienia z wolnej ręki oraz częściej wadliwie dokonują badania ofert, niezasadnie odrzucając najkorzystniejszą ofertę lub niezasadnie wykluczając wykonawcę, który taką ofertę złożył. Przykładowo można wskazać, że spośród kontroli uprzednich dotyczących zamówień o największych wartościach (powyżej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych) ani jedna w 2011 r. nie dotyczyła postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki, zaś wszystkie

naruszenia polegające na niezasadnym stosowaniu tego trybu zostały wykryte w postępowaniach o wartościach niższych (średnio poniżej 1 mln euro).

Ww. wnioski przedstawiają także poniższe diagramy dotyczące wyników kontroli w zależności od wartości kontrolowanych zamówień:



DZIAŁ II – Przykłady naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV.1. Naruszenia dotyczące braku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych i szacowania wartości zamówienia:

IV.1.1. Przedmiot zamówienia: wykonanie badań pn. „Rynek pracy na obszarach postpegeerowskich” oraz pn. „Kobiety w wieku około emerytalnym”

Wartość zamówienia: 3.623.400 zł (825.939 euro)

Projekt z SPO Rozwój Zasobów Ludzkich

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 31 maja 2007 r. zostały podpisane przez zamawiającego umowy na przeprowadzenie badań „Rynek pracy na obszarach postpegeerowskich” i „Kobiety w wieku około emerytalnym”. Zamawiający zlecając wykonanie powyższych badań nie stosował przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako uzasadnienie do wyłączenia stosowania procedur przetargowych został przytoczony art. 4 pkt 3 lit. e) w ówczesnie obowiązującym brzmieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie którego wyłączeniu podlegały „usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych, z wyjątkiem usług w całości opłacanych przez zamawiającego, zamawianych w celu prowadzenie jego własnej działalności, których rezultaty stanowią wyłącznie jego własność.” Koszty badań zostały pokryte w 78,57% ze środków wspólnotowych (Europejski Fundusz Społeczny) i w 21,43% z budżetu państwa, co w opinii zamawiającego stanowiło podstawę do wyłączenia stosowania procedur przetargowych na podstawie art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do brzmienia art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w czasie udzielania przedmiotowych zamówień, zamawiający mógł udzielać zamówień z wyłączeniem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego, których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności i które nie są zamawiane w celu prowadzenia jego własnej działalności.

Treść ww. przepisu wyraźnie wskazuje, iż wymienione powyżej przesłanki muszą być spełnione łącznie. Tym samym, brak spełnienia którejkolwiek z nich równoznaczny był z obowiązkiem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia zamówienia na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych, czy też świadczenie usług badawczych. Należy przy tym zauważyć, że druga przesłanka – opłacanie usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz usług badawczych w całości przez zamawiającego oznacza, iż podmiotem zobowiązany do zapłaty całości wynagrodzenia należnego wykonawcy jest jeden podmiot – zamawiający. A *contrario* przesłanka wyłączenia usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych, świadczenia usług badawczych jest spełniona jeżeli w finansowaniu tych usług uczestniczy osoba trzecia (np. prywatny przedsiębiorca).

W przedmiotowej sprawie nie została spełniona przesłanka odnosząca się do konieczności współfinansowania przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty niż zamawiający. Analizowane zamówienie było bowiem finansowane ze środków publicznych przyznanych zamawiającemu stanowiących 78,57% środków kwalifikowanych z SPO RZL. Dodatkowo pozostałe wydatki, były pokryte ze środków własnych zamawiającego.

Zgodnie z art. 96 pkt 16 ustawy o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.), w brzmieniu obowiązującym w dniu udzielenia ww. zamówienia, środki, jakie Polska otrzymuje z Unii Europejskiej stają się dochodami budżetu państwa. Beneficjenci otrzymują dotacje z budżetu państwa w formie tzw. dotacji rozwojowej (art. 106 ust. 2 pkt 3a ustawy o finansach publicznych). Szczegółowe warunki przekazywania i wykorzystania dotacji rozwojowej określa umowa zawarta przez dysponenta środków z beneficjentem dotacji. Dotacje rozwojowe mogą być przekazywane w formie zaliczki lub

zwrotu wydatków poniesionych na realizację projektu. Jeśli zatem zamawiający otrzymuje z budżetu państwa środki w formie dotacji rozwojowej na realizację projektu i wydatkuje je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, to należy przyjąć, iż zamówienie jest opłacane przez tegoż zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci. Wyłączenie dotyczące usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zamawiający nie jest jedynym podmiotem opłacającym zamówienie. Z przekazanych informacji nie wynika natomiast, aby udział we współfinansowaniu przedmiotowych zamówień miały również podmioty trzecie – odrębne od zamawiającego.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Dodatkowo, zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W niniejszym postępowaniu szacunkowa wartość zamówień wyniosła odpowiednio 1 606 740, 00 PLN (tj. 366 250, 28 euro) oraz 2 016 660, 00 PLN (tj. 459 689, 99 euro) obligując zamawiającego do udzielenia ich zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, co wiązało się z obowiązkiem zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu m. in. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wybór wykonawcy z pominięciem procedury przewidzianej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym brak przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, stanowi naruszenie art. 4 pkt 3 lit. e) oraz art. 7 ust. 3 i art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyników kontroli.

IV.1.2. Przedmiot zamówienia: wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu Koszalin – Słupsk oraz wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu Słupsk – Wiczlino
Wartość zamówienia: łącznie 3.000.000 zł (683.838 euro)
Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Z dokumentów przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż zamawiający zawarł umowy na realizację następujących zamówień:

- Koncepcja programowo – przestrzenna Gazociągu Koszalin – Słupsk,
- Koncepcja programowo – przestrzenna Gazociągu Słupsk – Wiczlino,

bez stosowania przewidzianej ustawą Prawo zamówień publicznych procedury udzielania tych zamówień.

Zgodnie z art. 133 ust. 1 w związku z § 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 87, poz. 604), aktualnego na dzień zawarcia przedmiotowych umów – zamawiający mógł nie stosować ustawy do zamówień sektorowych, jeżeli wartość zamówienia na usługi była niższa niż 422.000,00 euro. Wartość każdego z dwóch oddzielnie oszacowanych zamówień nie przekraczała tej kwoty, zatem zamawiający nie zastosował procedury przewidzianej w ustawie Pzp dla zamówień sektorowych i nie zamieścił, w szczególności, ogłoszenia o zamówieniu.

Z powyższego wynika, że zamówienia na usługi o wartości niższej niż 422.000,00 euro nie wymagały zastosowania procedury określonej w ustawie Pzp. Wystarczające było zatem, w odniesieniu do takich zamówień zastosowanie wewnętrznych procedur, jeśli tylko potwierdziłaby się zasadność ich odrębnego oszacowania. W związku z powyższym problematyka właściwego oszacowania wartości zamówienia staje się – dla celu jakim jest transparentne, nienaruszające uczciwej konkurencji prowadzenie postępowania – kwestią kluczową. Nieprawidłowe oszacowanie wartości zamówienia, zaniechanie zsumowania

wartości, które skutkują w szczególności niezastosowaniem ustawy Prawo zamówień publicznych lub np. zamieszczeniem ogłoszenia w niewłaściwym publikatorze znacząco ogranicza dostęp do informacji o zamówieniu.

Z powyższych względów, istotne znaczenie ma stwierdzenie, czy wartość przedmiotowych zamówień na wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu Koszalin – Słupsk oraz koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu Słupsk – Wiczlino powinna być zsumowana. W takim bowiem przypadku, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, wartość zamówienia przekraczałaby kwotę 422.000,00 euro (wynosiłaby 683.838,62 euro), a wobec tego zamawiający zobowiązany byłby do zastosowania procedur przewidzianych w ustawy Pzp dla zamawiających udzielających zamówień sektorowych.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, którego skutkiem jest uniknięcie stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

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

Zagrożenie dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych jakie niesie ze sobą nieprawidłowe dzielenie zamówień publicznych zostało też dostrzeżone w prawodawstwie wspólnotowym. W art. 17 ust. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (zwanej dalej dyrektywą sektorową) wskazano, iż *podmioty zamawiające nie mogą uniknąć stosowania niniejszej dyrektywy, dzieląc na części projekty budowlane lub planowane zakupy określonych ilości dostaw lub usług lub wykorzystując specjalne metody obliczania szacunkowej wartości zamówień*. W przedmiocie sztucznego podziału zamówienia na części wypowiedział się także Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 5 października 1998 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). W wyroku ETS odniósł się do problematyki dzielenia zamówień na roboty budowlane, wskazał właściwy sposób rozumienia pojęcia obiektu budowlanego (jako zamierzenia inwestycyjnego) oraz wprowadził przesłankę funkcjonalności technicznej i gospodarczej jako podstawową przesłankę w celu określenia, czy dane roboty budowlane mieszczą się w zakresie jednego zamierzenia inwestycyjnego (a tym samym są jednym zamówieniem). Zważywszy jednakże na fakt, że przedmiotem niniejszego zamówienia były usługi przedprojektowe na wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej, a nie wykonanie robót budowlanych – przedmiotowy wyrok ETS jako odnoszący się do problematyki obiektów budowlanych i robót budowlanych, może służyć jedynie jako wskazówka interpretacyjna.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ustalenie, czy wykonanie dokumentacji przedprojektowej dla poszczególnych gazociągów, czy odcinków gazociągu, stanowi w świetle art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, jedno zamówienie, powinno być dokonywane - co do zasady - w oparciu o kryterium tożsamości przedmiotowej zamówienia. Pomocnicze znaczenie ma kryterium tożsamości czasowej zamówienia i możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Kryterium tożsamości zamówień nie może budzić wątpliwości. Tylko jednoznaczne potwierdzenie, że dane usługi (ale także np. dostawy) są względem siebie tożsame (w rozumieniu: odpowiadające sobie, o dalece występującym podobieństwie) pozwala na stwierdzenie, czy zasadne jest łączne szacowanie wartości takich usług lub dostaw. W przedmiotowym stanie faktycznym niewątpliwie mamy do czynienia z dwoma odpowiadającymi sobie opisami przedmiotu zamówienia, co znajduje odzwierciedlenie w załączniku nr 1 pn. „Szczegółowy zakres opracowania” do każdej z zawartych umów. Przedmiot zamówienia został podzielony na IV identyczne etapy, w ramach każdego z etapów zamawiający uzyskuje odpowiadające sobie dokumenty, w każdym przypadku zamawiający zażądał przygotowania tzw. „Studium wykonalności dla przedsięwzięć realizowanych w ramach programu operacyjnego Infrastruktura i Środowisko” o analogicznej zawartości. Co więcej, analogiczna jest wartość szacunkowa zamówienia, zbliżone są wartości każdej z podpisanych umów (wynagrodzenie za wykonanie umowy na wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu Koszalin – Słupsk wyniosło 2.189.000,00 PLN brutto; wynagrodzenie za wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu Słupsk – Wiczlino wyniosło 2.092.300,00 PLN brutto), analogiczne są także szczegółowe zapisy podpisanych umów z wybranym wykonawcą. Co oczywiste, różnicuje je gazociąg, którego wybudowanie przygotowują. Zawartość każdej z koncepcji, podobnie jak i jej przeznaczenie jest jednak takie samo. Celem zarówno pierwszej, jak i drugiej koncepcji było wprowadzenie trasy właściwego gazociągu do studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego oraz do miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, a także przygotowanie niezbędnej dokumentacji celem uzyskania pozwolenia na budowę. W efekcie zamawiający miał uzyskać odpowiadające sobie opracowania. Żaden z elementów którejkolwiek z koncepcji nie jest na tyle specyficzny, ażeby uzasadniał możliwość odrębnego oszacowania wartości zamówień na ich wykonanie. Usługi na opracowanie koncepcji programowo przestrzennej są usługami tego samego rodzaju i mają takie samo przeznaczenie.

Konieczność łącznego szacowania wartości obu zamówień dodatkowo potwierdza fakt, że umowy na wykonanie koncepcji zostały podpisane w tym samym dniu tj. 10 sierpnia 2007 r. z tym samym wykonawcą.

Należy się także odnieść do argumentów poruszanych przez zamawiającego w wyjaśnieniach. Nie można mówić o prostej zależności pomiędzy łącznym oszacowaniem wartości zamówień na roboty budowlane dla zamierzeń inwestycyjnych, a łącznym oszacowaniem wartości zamówień na usługi przedprojektowe (projektowe) dla tych zamierzeń. Niemniej, jak już to zostało wyżej wskazane, możliwe jest dowodzenie istnienia jednej z przesłanek warunkujących uznanie takich usług za jedno zamówienie w sytuacji, gdy dotyczą one tego samego zamierzenia inwestycyjnego (obiektu budowlanego) spełniającego samodzielnie funkcję gospodarczą lub techniczną, a mianowicie tożsamości przedmiotowej. Nie oznacza to, że istnieje zależność odwrotna tj. w przypadku stwierdzenia, że koncepcje programowo – przestrzenne dotyczą innych zamierzeń inwestycyjnych, nietożsamy pod względem technicznym i gospodarczym niedopuszczalne jest dowodzenie, że takie koncepcje są z definicji również odrębnymi zamówieniami. Taka zależność nie wynika ani z przepisów prawa, ani z orzecznictwa europejskiego i krajowego, ani wreszcie z doktryny. Usługi na dokumentację przedprojektową bada się zawsze w kontekście innych usług na dokumentację przedprojektową, gdyż przedmiotem zamówienia jest usługa wykonania dokumentacji, a nie wykonanie zamierzenia inwestycyjnego.

Podnoszone przez zamawiającego argumenty, odnoszące się do dokumentacji przedprojektowej jako utworu w rozumieniu prawa autorskiego nie mają bezpośredniego wpływu na sposób szacowania wartości zamówienia. Na jedno (tożsame) zamówienie może

się składać kilka utworów, np. w przypadku dokumentacji projektowej jako odrębne utwory w rozumieniu prawa autorskiego mogą być traktowane projekt budowlany i projekt wykonawczy tej samej inwestycji, oba niezbędne jako element opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane i oba udzielane w ramach jednej procedury.

Nieadekwatny jest także argument odwołujący się do niepodzielności świadczenia jakim jest jedna koncepcja programowo – przestrzenna. Z faktu, że koncepcja programowo – przestrzenna może być świadczeniem niepodzielnym nie wynika, że w przypadku realizacji kilku usług na wykonanie takich koncepcji zasadne jest zaniechanie łącznego szacowania ich wartości. Potwierdzają to także zapisy dyrektywy sektorowej, w której wskazano, że *podmioty zamawiające nie mogą uniknąć stosowania niniejszej dyrektywy, dzieląc na części (...) planowane zakupy określonych ilości dostaw lub usług (...)* Do nieprawidłowego podziału zamówienia na części dochodzi zatem nie tylko w momencie, gdy zamawiający nieprawidłowo dzieli jedną usługę na części, ale także w sytuacji gdy dzieli na części planowane dostawy lub usługi. W przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia właśnie z tą drugą sytuacją – zamawiający zaniechał łącznego szacowania wartości dwóch zaplanowanych wcześniej usług na wykonanie tożsamyh koncepcji.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie wartości zamówień na wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu Koszalin – Słupsk oraz wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu Słupsk – Wiczlino było błędne. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości: są ze sobą przedmiotowo tożsame, zostały udzielone w tym samym czasie, temu samemu wykonawcy. Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający udzielając zamówień na usługi wykonania koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu Koszalin – Słupsk oraz wykonania koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu Słupsk – Wiczlino dopuścił się podziału zamówienia na części, nie sumując wartości wszystkich części. Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanych zamówień wynosiła 683.838,62 euro, co obligowało zamawiającego do zastosowania procedury przewidzianej w ustawie Pzp (art. 133 ust. 1 ustawy Pzp), a tym samym zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego ww. usług w Dzienniku Urzędowym UE. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na nie zastosowaniu ustawy Pzp i nie opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3, w zw. z art. 133 ust. 1, w zw. z art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 69/11).

IV.1.3. Przedmiot zamówienia: „Propozycja metody zarządzania projektami informatycznymi oraz struktura biura projektów” oraz „Metoda szacowania kosztów przedsięwzięć informatycznych”

Wartość zamówienia: łącznie 110.000 zł (28.371 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Z dokumentów przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż zamawiający zawarł umowy na realizację następujących zamówień:

- „Propozycja metody zarządzania projektami informatycznymi oraz struktura biura projektów,”
- „Metoda szacowania kosztów przedsięwzięć informatycznych,”

bez stosowania przewidzianej ustawą Prawo zamówień publicznych procedury udzielania tych zamówień.

Odnosząc się do powyższego należy podnieść, że zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą

starannością. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Nie jest jednak zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, którego skutkiem jest uniknięcie stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp 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. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Zamawiający, co do zasady w jednym postępowaniu powinien nabywać usługi, jeśli zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę (element podmiotowy) i gdy posiadają podobne przeznaczenie - tj., gdy usługi mają zasadniczo te same lub podobne funkcje techniczne lub gospodarcze, tzw. zamówienia tego samego rodzaju (element przedmiotowy). Ponadto, aby ich zakup możliwy był po przeprowadzeniu jednego postępowania, obok ww. przesłanek konieczne jest spełnienie dodatkowego warunku, tj. istnienie związku czasowego pomiędzy nabywanymi dobrami. Taki związek zachodzi, gdy funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej. Natomiast zamówienia, które mają różne przeznaczenie i nie zachodzi możliwość ich wykonania przez jednego wykonawcę co do zasady powinny być traktowane jako zamówienia odrębne.

W odniesieniu do pierwszego kryterium (tożsamości przedmiotowej) nie ulega wątpliwości, że ww. zamówienia są względem siebie analogiczne. Przedmiotem obu zamówień jest wykonanie ekspertyz w zakresie bliżej nieokreślonych przedsięwzięć (projektów) informatycznych. Przedmiotem zamówienia są więc ekspertyzy mające na celu wskazanie propozycji metody zarządzania projektami informatycznymi oraz struktury biura projektu dla zamawiającego (vide: umowa 49/2008 r.) oraz wskazanie metod szacowania kosztów przedsięwzięć informatycznych (vide: 50/2008 r.). Żadna z ww. umów nie wskazuje konkretnego projektu/przedsięwzięcia, stąd wnioskować należy, że ekspertyzy te miały mieć charakter ogólny, tak aby wskazówki w nich zawarte mogły znaleźć generalne zastosowanie do projektów/przedsięwzięć realizowanych w przyszłości. Należy ponadto zwrócić uwagę na fakt, że obie umowy mogły być zrealizowane i zostały zrealizowane przez jednego wykonawcę, działającego w branży informatycznej (tożsamość podmiotowa). Nie ulega wątpliwości, że spełnione zostało także trzecie kryterium – tożsamości czasowej zamówienia. Oba zamówienia zostały udzielone bowiem w tym samym czasie, tj. 19 i 20 listopada 2008 r. Ponadto wykonawca wykonał ww. zamówienia również w tym samym czasie, co wprost wynika z protokołów odbioru z dnia 15 grudnia 2008 r.

Jednocześnie odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego należy stwierdzić, że stosowanie nazw i kodów CPV służyć ma przede wszystkim celom klasyfikacyjnym, statystycznym oraz zapewnieniu porównywalności przedmiotów zamówień w ujęciu europejskim. W takim też kontekście należy rozumieć przepis art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, iż tylko do opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś do czynności szacowania jego wartości, stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie wartości ww. zamówień było błędne. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. Oba zamówienia mają ten sam charakter (konsultacyjno – doradczy) oraz dotyczą sporządzenia ogólnych ekspertyz, które będą mogły być wykorzystane do projektów w przyszłości zrealizowanych przez zamawiającego. Innymi słowy, zamówienia te są ze sobą tożsame i ich przeznaczenie jest takie samo, a także mogły być wykonane przez jednego wykonawcę świadczącego usługi z zakresu branży informatycznej. Z dokumentacji kontroli wynika również, że zamówienia te zostały udzielone w tym samym czasie.

Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanych zamówień przekraczała kwotę 14.000 euro, co obligowało zamawiającego do zastosowania procedury przewidzianej w ustawie Pzp i opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na nie zastosowaniu ustawy Pzp i nie opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3 , w zw. z art. 40 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

- IV.1.4. Przedmiot zamówienia:** „Wytworzenie Systemu Rejestrów Regionalnych wraz z 9 miesięczną usługą utrzymania” oraz „Wdrożenie pilotażowe rejestrów regionalnych w dwóch wojewódzkich Centrach Zdrowia Publicznego oraz integracja z Systemem Rejestrów Regionalnych wraz z 9 miesięczną usługą utrzymania”
Wartość zamówienia: łącznie 959.163 zł (229.699 euro)
Projekt z SPO Wzrost Konkurencyjności Przedsiębiorstw

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

- *Wytworzenie Systemu Rejestrów Regionalnych wraz z 9 miesięczną usługą utrzymania* (dalej: postępowanie na wytworzenie systemu),
- *Wdrożenie pilotażowe rejestrów regionalnych w dwóch wojewódzkich Centrach Zdrowia Publicznego oraz integracja z Systemem Rejestrów Regionalnych wraz z 9 miesięczną usługą utrzymania* (dalej: postępowanie na wdrożenie).

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

- dla postępowania na „Wytworzenie Systemu Rejestrów Regionalnych” wraz z 9 miesięczną usługą utrzymania: 590.163,93 PLN netto (tj. 134.525,63 EUR netto),
- dla postępowania na Wdrożenie pilotażowe rejestrów regionalnych w dwóch wojewódzkich Centrach Zdrowia Publicznego oraz integracja z Systemem Rejestrów Regionalnych wraz z 9 miesięczną usługą utrzymania: 369.000,00 PLN netto (tj. 95.174,23 EUR netto),

co łącznie daje kwotę: 959.163,93 PLN (229.699,86 EUR).

Postępowanie na wytworzenie systemu zostało wszczęte 29 listopada 2007 r., natomiast na jego wdrożenie – 3 kwietnia 2008 r. Ogłoszenia o obu zamówieniach zostały opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. W myśl art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Ponadto zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp,

zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Z powyższego wynika, że zamówienia na dostawy i usługi o wartości niższej niż 137.000 euro wyłączone były z obowiązku ogłoszenia w oficjalnym publikatorze unijnym. Wystarczające jest zatem, w odniesieniu do tzw. „zamówień podprogowych”, że ogłoszenie o takim zamówieniu zamieszczone zostanie w publikatorze krajowym, siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej. Właściwe oszacowanie wartości zamówienia jest zatem kwestią niezwykle istotną – nieprawidłowe oszacowanie wartości, które skutkuje zamieszczeniem ogłoszenia w niewłaściwym – krajowym publikatorze ogranicza dostęp do informacji o zamówieniu. Zakres podmiotów poinformowanych o zamówieniu, a co za tym idzie podmiotów, które potencjalnie mogłyby złożyć ofertę wykonania zamówienia, zależy w dużej mierze od tego, gdzie opublikowane zostało ogłoszenie.

W piśmie z dnia 12 sierpnia 2011 r. zamawiający, w odpowiedzi na wezwanie ze strony Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przedstawił swoje stanowisko w przedmiocie zaniechania łącznego szacowania wartości dla obu zamówień. Zamawiający przyznał, że „dla tych postępowań występuje tożsamość przedmiotowa, brak jest natomiast tożsamości czasowej zamówień. Nie jest możliwe realizowanie obu zamówień w tym samym czasie”.

Mając powyższe na uwadze, w celu stwierdzenia, czy wartość zamówienia na usługę wytworzenia systemu należy zsumować z wartością zamówienia na usługę wdrożenia (innymi słowy uznać za jedno zamówienie, choć udzielone w częściach), należy wziąć pod uwagę zaistnienie w konkretnych okolicznościach faktycznych następujących przesłanek:

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

W przypadku zaistnienia ww. okoliczności, zamawiający jest uprawniony, zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, udzielić danego zamówienia w częściach w toku odrębnych postępowań, ale zobowiązany jest w każdym z tych postępowań stosować przepisy właściwe dla łącznej wartości wszystkich części.

W odniesieniu do pierwszej przesłanki nie ulega wątpliwości, że zamówienia na usługi wytworzenia systemu i jego pilotażowe wdrożenie mają takie same lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia, jakim jest budowa kolejnej funkcjonalności w ramach systemu eRZOS tj. Systemu Rejestrów Regionalnych. Funkcjonalna i przedmiotowa zbieżność obu zamówień została jednoznacznie potwierdzona w piśmie zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2011 r., w którym stwierdzono, że „dla tych postępowań występuje tożsamość przedmiotowa”. Niezależnie od powyższego stwierdzenia, wypada zauważyć, że jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia na usługę wytworzenia systemu „Celem projektu jest stworzenie komunikacyjnej platformy informatycznej wspomagającej prowadzenie przez wojewódzkie centra zdrowia publicznego rejestrów regionalnych MZ/Szp11”. Z kolei, z opisu przedmiotu zamówienia na usługę wdrożenia wynika, że „Celem projektu [wdrożenia] jest uruchomienie pilotażowe przez dwa wojewódzkie centra zdrowia publicznego rejestrów regionalnych MZ/Szp11 (...) Uruchomienie systemu nastąpi wspólnie z wykonawcą systemu SRR oraz przeprowadzenie testów wspólnie z wykonawcą systemu SRR (...) System SRR stanowiąc warstwę aplikacyjną, wykorzystującą Internet oraz infrastrukturę klucza publicznego PKI implementującą interfejs użytkownika zgodnie z założeniami ma operować bezpośrednio na bazach danych pilotażowych 2 centrów regionalnych”. Z treści obu opisów przedmiotu zamówienia wynika, że zarówno wytworzenie systemu, jak i jego wdrożenie są ze sobą ściśle powiązane i wzajemnie się dopełniają – usługa wytworzenia systemu nie byłaby możliwa do zrealizowania bez przeprowadzenia konfiguracji systemu i zapewnienia kompatybilności z pozostałymi funkcjonalnościami, wdrożenie systemu zaś bez jego uprzedniego poprawnego przygotowania jest całkowicie bezprzedmiotowe. O jednoznacznej bliskości obu przedmiotów zamówienia świadczy też zapis o konieczności wykonania wspólnych testów przez wykonawców każdego z zamówień.

Także przesłanka odnosząca się do możliwości realizacji obu przedmiotów zamówienia u jednego wykonawcy została spełniona. Zbieżność podmiotów realizujących świadczenie, wyrażająca się w szczególności w występowaniu tego samego lidera w każdym z dwóch konsorcjów świadczy o istnieniu tego samego kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowych zamówień.

Spełniona została także przesłanka odnosząca się do terminu realizacji świadczenia. Oba zamówienia zostały udzielone w zbliżonym terminie, w odstępie kilku miesięcy. Postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę wytworzenia systemu zostało wszczęte 29.11.2007 r., natomiast postępowanie na wdrożenie w dniu 03.04.2008 r. Podstawą do oceny, czy przesłanka czasowa jest spełniona czy też nie, jest co do zasady, przewidywalny czas realizacji danego świadczenia. Nie oznacza to, że konieczne jest udzielenie wszystkich zamówień częściowych w tym samym czasie. Znaczenie przesłanki tożsamości czasowej jest zatem inne niż zdaje się twierdzić zamawiający w swoich wyjaśnieniach. Ziszczenie się przesłanki występuje bowiem nie tylko w sytuacji gdy zamówienia można udzielić jednocześnie, w tym samym czasie, ale także wtedy gdy do udzielenia zamówień dochodzi w przewidywalnej perspektywie czasowej, określonej specyfiką przedmiotu zamówienia. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie kwestionuje stwierdzenia zamawiającego, że „nie jest możliwe realizowanie obu zamówień w tym samym czasie”, stoi natomiast na stanowisku, że w momencie wszczęcia postępowania na wytworzenie systemu, oczywista była konieczność przeprowadzenia jednego lub kilku zamówień na wdrożenie całego systemu i zapewnienie pełnej kompatybilności i funkcjonalności całego projektu tj. budowy systemu rejestrów regionalnych. Oznacza to, że w sytuacji nabywania usługi na wytworzenie systemu oczywista była konieczność nabycia następnie usługi na jego wdrożenie, a zatem powinna być też ona przez zamawiającego przewidziana w określonej perspektywie czasowej. Tym samym dla obu ww. zamówień spełniona została także przesłanka tożsamości czasowej.

Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanego zamówienia w zakresie usługi wytworzenia systemu i jego wdrożenie wynosiła 229.699,86 EUR, co obligowało zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego dostawy w Dzienniku Urzędowym UE i wskazania terminu 40 lub 47-dniowego na składanie ofert (zależnie od formy przekazania ogłoszenia o zamówieniu). Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na nie opublikowaniu ogłoszeń o zamówieniu na usługę wytworzenia systemu i usługę wdrożenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stanowiło naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 96/11).

IV.2. Naruszenia dotyczące stosowania trybów niekonkurencyjnych:

IV.2.1. Przedmiot zamówienia: Sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją inwestycji pn. Budowa Parku Rekreacji

Wartość zamówienia: 174.730 zł (45.514 euro)

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

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, tj. autora projektu, z przyczyn związanych z ochroną praw autorskich na podstawie przepisów ustawy z dnia 4.02.1994 r. o prawie

autorskim i prawach pokrewnych (t.j. - Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) oraz art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (t.j. - Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Należy wskazać, iż przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, które uzasadniają udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Pamiętać należy, że przepisy zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych, w szczególności 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, zawarte 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 faktyczny 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.

Należy zwrócić uwagę, iż obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego uzależniony jest wyłącznie od decyzji samego inwestora (zamawiającego). W myśl bowiem art. 18 ust. 3 ustawy Prawo budowlane, inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. W konsekwencji, sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe, albowiem jest nierozdzielnie związane z opracowaniem projektu, a w konsekwencji z osobą projektanta. W tym stanie rzeczy ustalenie przez zamawiającego, że projektant będzie zobowiązany do pełnienia nadzoru autorskiego powoduje, iż sprawowanie nadzoru będzie wchodziło z istoty rzeczy w zakres zamówienia na prace projektowe. W niniejszej sprawie zamawiający takiego zastrzeżenia nie sformułował. Tym samym, pomimo konieczności udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego zamawiający pominął tę usługę w zakresie zamówienia na wykonanie dokumentacji.

Pominięcie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe świadczenia usługi nadzoru autorskiego, który może być sprawowany wyłącznie przez projektanta wybranego w toku takiego postępowania, nie uprawnia następnie zamawiającego do udzielenia takiemu projektantowi zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. W takim bowiem przypadku ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny do faktu wcześniejszego udzielenia zamówienia na prace projektowe (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 października 2005 r., III SA/Wa 2091/05, Lex nr 197315 oraz wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2006 r., II GSK 7/06, LEX nr 202405). Powyższe w żadnym stopniu nie pozostaje w sprzeczności ze stwierdzeniem, że nadzór autorski może być sprawowany wyłącznie przez projektanta, albowiem jak wskazano powyżej zamawiający na etapie zamówienia na prace projektowe ma możliwość objęcia zakresem zamówienia usługi sprawowania nadzoru autorskiego przez twórcę projektu.

Ponadto, zgodnie z Prawem autorskim do wykonanego utworu autorowi przysługują osobiste oraz majątkowe prawa autorskie. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więz

twórcy z utworem, w tym prawo do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystywania jak i prawo do sprawowania nadzoru nad korzystaniem z utworu (art. 16 Prawa autorskiego). Co do zasady prawa te są niezbywalne i autor nie może się ich zrzec. Jednakże użyty przez ustawodawcę zwrot „o ile ustawa nie stanowi inaczej” pozwala uznać, iż mogą istnieć wyjątki od przedmiotowej zasady. Wyjątkiem takim jest art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego, którego treść stanowi, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy tj. przepisy Prawa budowlanego. Art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego nakłada na inwestora obowiązek bezzwłocznego zawiadomienia właściwego organu o zmianie projektanta sprawującego nadzór autorski. Uznać zatem należy, iż ustawodawca *expressis verbis* dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami Prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów. Sprawowanie nadzoru autorskiego przez „nowego” projektanta doprowadzi co prawda do rozłamu pomiędzy autorem wykonanej dokumentacji projektowej a przysługującymi mu osobistymi prawami autorskimi, jednakże rozłam ten będzie zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Odnosnie zaś możliwości naruszenia majątkowych praw autorskich przy sprawowaniu nadzoru przez osobę nie będącą autorem utworu wyjaśnić należy, iż w oparciu o brzmienie art. 42 Prawa autorskiego, prawa te mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego. Jeżeli zatem prawa te zostały przeniesione na zamawiającego na odpowiednich polach eksploatacyjnych, wówczas brak jest podstaw do uznania, iż zachodzą przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp uzasadniające udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Z § 12 pkt 3 umowy z dnia 18.09.2009 r. (AM 7020-1/2009-23) dotyczącej wykonania dokumentacji projektowej w niniejszej sprawie wynika, że wykonawca przenosi na zamawiającego całość autorskich praw majątkowych i wyraża zgodę na udostępnienie projektu osobom trzecim w celu wykonania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tego projektu. Powyższy zapis umowy potwierdza brak podstaw do udzielenia usługi nadzoru autorskiego w trybie z wolnej ręki.

Reasumując, należy stwierdzić, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 8/12).

IV.2.2. Przedmiot zamówienia: Zabezpieczenie muru oporowego przy drodze powiatowej

Wartość zamówienia: 459.016 zł (104.631 euro)

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

Zamówienie nie finansowane ze środków UE

Zamawiający zawarł z wykonawcą umowę na wykonanie zabezpieczenia muru oporowego przy drodze powiatowej w ramach usuwania szkód powodziowych z lat 2000/2001 oraz z września 2007, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, iż w dniach 7-8 września 2007 r. miały miejsce gwałtowne opady deszczu, które doprowadziły do dalszego uszkodzenia muru oporowego przy drodze powiatowej, co skutkowało powstaniem leja (wyrwy) pomiędzy murem oporowym i koroną drogi. Teren osuwiska został zabezpieczony przez pracowników PZD w Żywcu, wyrwę ogrodzono i zorganizowano ruch jednym pasem drogi. W okresie wrzesień – październik 2007 r. ruch drogowy na tym odcinku przebiegał bez zakłóceń.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż w dniu 6 września 2007 r. na ten sam przedmiot zamówienia zostało wszczęte postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, które zostało unieważnione w dniu 28 września 2007 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1

ustawy, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W postępowaniu zostały złożone 2 oferty. Jeden z wykonawców został wykluczony z uwagi na brak spełnienia warunku posiadanego doświadczenia, natomiast oferta drugiego z wykonawców została odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Zawiadomienia o tym fakcie doręczono uczestnikom postępowania dnia 1 października 2007 r., a termin na oprostowanie powyższych czynności upłynął w dniu 8 października 2007 r.

W dniu 5 listopada 2007 r. w czasie inspekcji dróg przez pracownika PZD w Żywcu stwierdzono spękania na powierzchni ścian leja wskazujące na realne niebezpieczeństwo dalszego obsunięcia się ziemi i powiększenia istniejącej wyrwy (leja), co zdaniem zamawiającego stwarzało bardzo poważne zagrożenie dla użytkowników drogi.

Zamawiający wyjaśnił, iż o ile konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia na zabezpieczenie muru oporowego, wynikająca z protokołu z dnia 28 września 2007 r. związana była z sygnalizowaną tam potrzebą uniknięcia zamknięcia ww. drogi w okresie zimowym (objazdy), o tyle związane z powstałą wyrwą bezpośrednie zagrożenie dla bezpieczeństwa osób trzecich stwierdzono dopiero na początku listopada 2007 r. To właśnie ta druga okoliczność, tj. realne niebezpieczeństwo powiększenia się istniejącej wyrwy i związane z tym bezpośrednie zagrożenie dla życia i zdrowia użytkowników drogi, stanowiło bezpośrednią przyczynę dla wszczęcia postępowania przetargowego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający wyjaśnił, iż jego zdaniem, w okresie wrzesień – październik 2007 r. skutecznie zabezpieczony lej nie stwarzał bezpośredniego zagrożenia dla bezpieczeństwa ruchu i nie był bezpośrednim zagrożeniem życia użytkowników drogi.

W art. 10 ustawy został określony zamknięty katalog trybów, w których może być udzielone zamówienie publiczne. Jednocześnie – w myśl art. 10 ust. 1 ustawy – zasadą jest, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.

Artykuł 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu inspekcja dróg przeprowadzona przez pracownika Powiatowego Zarządu Dróg w dniu 5 listopada 2007 r., w trakcie której stwierdzono spękania na powierzchni ścian leja wskazujące na „realne niebezpieczeństwo dalszego obsunięcia się ziemi i powiększenia istniejącej wyrwy”, skutkujące bardzo poważnym zagrożeniem dla użytkowników drogi, mająca być uzasadnieniem dla zastosowania dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, nie uzasadnia ponad miesięcznego okresu przestoju pomiędzy unieważnieniem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 28 września 2007 r., a wszczęciem kolejnego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 14 listopada 2007 r. Zakładając bowiem racjonalizm w działaniu Zamawiającego, stopniowa degradacja terenu osuwiska była faktem, który przewidywać się powinno, a inspekcja była jedynie czynnością potwierdzającą stan, którego zamawiający powinien być świadomy przy zachowaniu należytej staranności. Wnioski jakie zostały wysunięte w wyniku inspekcji nie stanowiły istotnego *novum* - były możliwe do przewidzenia już w dniu 28 września 2007 r., a więc w dniu stwierdzenia uszkodzenia muru oporowego. W związku z powyższym już od momentu sporządzenia protokołu z dnia 28 września 2007 r. w interesie zamawiającego leżało jak najszybsze przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku unieważnienia postępowania, tak jak w niniejszej sprawie - niezwłoczne wszczęcie kolejnego postępowania mającego na celu wyłonienie najkorzystniejszej oferty, skutkującego podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, następstwem której byłoby przywrócenie w pełni funkcjonalności drogi powiatowej. Ponadto w ww. protokole zawarte jest sformułowanie, iż „należy w trybie natychmiastowym usunąć powstałe zagrożenia”. Wobec tego sytuacja stwierdzona w czasie inspekcji drogi w dniu 5 listopada 2007 r. była możliwa do przewidzenia po gwałtownych opadach deszczu w dniach 7 i 8 września 2007 r., a najpóźniej w dniu sporządzenia ww. protokołu, tj. w dniu 28.09.2007 r.

Powyższa sytuacja wynikała z braku wcześniejszego podjęcia przez zamawiającego odpowiednich prac remontowych muru oporowego. Prace te nie zostały podjęte w wyniku m.in. braku niezwłocznego wszczęcia kolejnego, po unieważnionym w dniu 28.09.2007 r., postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na ten przedmiot.

Zatem sytuacja w dniu wszczęcia postępowania, tj. w dniu 14.11.2007 r., w trybie zamówienia z wolnej ręki, wbrew przywoływanemu przez zamawiającego jako podstawa wszczęcia postępowania brzmieniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt. 3 wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Z tych też względów należy wyrazić przekonanie, że nie istnieją uzasadnione powody, dla których zamawiający przez tak długi okres, tj. do dnia wszczęcia w dniu 14 listopada 2007 r. postępowania z wolnej ręki, wstrzymywał się z wszczęciem kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nawet pomimo faktu, iż w okresie wrzesień – październik 2007 r. na skutek zabezpieczenia terenu osuwiska przez pracowników Powiatowego Zarządu Dróg ruch drogowy na tym odcinku przebiegał bez zakłóceń. Wykonane zabezpieczenie stanowiło jedynie środek doraźny, a nie docelowy, jakim powinno być przeprowadzenie robót naprawczych przez wykonawcę wyłonionego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy więc stwierdzić, iż ww. okoliczności faktyczne sprawy nie materializują przesłanki natychmiastowości wyrażonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 22/11).

IV.2.3. Przedmiot zamówienia: opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej

Wartość zamówienia: 90.000 zł (23.213 euro)

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

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego

Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2011 r. oraz 13 lipca 2010 r. wskazał, że w związku z możliwością ubiegania się o dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej w ramach RPO WSL na lata 2007 – 2013 zwrócił się do Wydziału Architektury Starostwa Powiatowego o wznowienie decyzji pozwolenia na budowę. Jednak okazało się, że wznowienie decyzji wymaga aktualizacji całego projektu budowlanego. W składanym wniosku o dofinansowanie należało przedstawić warunki uwzględnione w nowym (zaktualizowanym) projekcie budowlanym, wobec czego aktualizację projektu należało zlecić w trybie pilnym. Ponadto uzyskanie pozwolenia na budowę wymagało posiadania aktualnych kosztorysów inwestorskich, przedmiarów oraz dokumentacji projektowej. Dokumentacja, którą posiadał zamawiający straciła ważność, gdyż była wykonana w 2001 i 2003 r., tak więc nie spełniała wymagań obowiązujących przepisów prawnych. Nieaktualne stały się uzyskane do projektu opinie, uzgodnienia i decyzje. W związku z powyższym oraz z faktem, iż szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 90.000,00 zł w ocenie zamawiającego „należało w trybie pilnym wykonać powyższą aktualizację całego projektu – co skutkowało zastosowaniem trybu z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp)”.

Artykuł 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp umożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Dodatkowo pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej warunkami powinien zachodzić związek przyczynowy – skutkowy oraz związek czasowy.

Po pierwsze, nie można uznać, że konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia nie można było przewidzieć. Jak wskazał zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 12 sierpnia 2011 r. nabór wniosków o dofinansowanie projektu trwał od 23 maja 2008 r. Zatem co najmniej od maja 2008 r. zamawiający mógł powziąć informację o możliwości ubiegania się o dofinansowanie oraz o wymogach, jakie należało w tym celu spełnić (w tym przypadku aktualizacja dokumentacji projektowej). Należy zauważyć, że aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, przesłanka konieczności wykonania zamówienia musi wynikać z wystąpienia zdarzenia, którego nie można było wcześniej przewidzieć. W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zdarzeniami takimi są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Nie można natomiast uznać za nieprzewidywalne działania lub zaniechania organów publicznych w przypadku, gdy realizacja danego zamówienia uzależniona jest od spełnienia pewnych dodatkowych obowiązków, np. uzyskanie pozwolenia lub zatwierdzenia przez inne organy publiczne, które ponadto mogą czasami również wyznaczyć termin realizacji zamówienia publicznego. Jednocześnie, potrzeba udzielenia zamówienia publicznego nie może być wywołana działaniem lub zaniechaniem organów państwa.

Należy ponadto zauważyć, że możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie jest jedynie uprawnieniem, nie ma charakteru obligatoryjnego. Dlatego też, chęć skorzystania z takiej możliwości nie może powodować ominięcia wyrażonej w art. 7 ustawy zasady uczciwej konkurencji, poprzez odejście od podstawowych trybów udzielania zamówienia. W szczególności, nie jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy obowiązek wykonania zamówienia na aktualizację projektu, który stał się warunkiem umożliwiającym złożenie ww. wniosku powinien być znany zamawiającemu od wielu miesięcy. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne, zmierzające do udzielenia zamówienia publicznego są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich wynikających z prawa obowiązków związanych z udzielaniem zamówienia, takich jak zachowanie terminów. Zamawiający musi brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat braku wypełniania zobowiązań i w toku postępowania nie może powoływać się na działania lub zaniechania innego organu, w celu uzasadnienia naruszenia prawa.

Wobec powyższego nie może być okolicznością usprawiedliwiającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki fakt, iż wznowienie decyzji o pozwoleniu na budowę wymaga aktualizacji całego projektu budowlanego. Jest to bowiem okoliczność, którą zamawiający powinien był przewidzieć, szczególnie w sytuacji, gdy przewidując ubieganie się o dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej w 2009 r. dysponował dokumentacją z lat 2001 i 2003 i miał świadomość, że wobec poczynionych w międzyczasie inwestycji jest ona już nieaktualna. Tym bardziej ww. okoliczność była przewidywalna, skoro nabór wniosków o dofinansowanie trwał od maja 2008 r.

Po drugie, należy podkreślić, że w przedmiotowej sprawie nie zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przyjmuje się, że *natychmiastowe wykonanie* zamówienia oznacza konieczność jego realizacji *szybciej niż pilnie*, czyli właściwie *z dnia na dzień*. Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na cel trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jest nim potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. W przedmiotowym stanie faktycznym, zamawiający nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności. Chęć

uzyskania dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej, nie stanowi bowiem interesu w ww. rozumieniu, tym bardziej, że zamawiający wszczął postępowanie w terminie 11 miesięcy od daty ogłoszenia naboru wniosków. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że nabór trwał do grudnia 2009 r., a zatem zamawiający dysponował czasem 18 miesięcy na udzielenie i realizację ww. zamówienia, a licząc nawet od dnia zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki (tj. od 4.05.2009 r.) czasem ok. 8 miesięcy. Oznacza to, że czas, jakim dysponował zamawiający nie wymuszał wykonania zamówienia w trybie natychmiastowym, a zatem nie została spełniona przesłanka zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Po trzecie, nie sposób zgodzić się z argumentem zamawiającego, że w przedmiotowej sprawie nie można było zachować terminów określonych dla innych, konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia. Należy ponownie podkreślić, że nabór wniosków o dofinansowanie projektów drogowych w ramach poddziałania 7.1.2 RPO WSL miał miejsce od dnia 23 maja 2008 r. do dnia 31 grudnia 2009 r. Co więcej należy stwierdzić, że nawet w przypadku wszczęcia postępowania w dniu 4 maja 2009 r. (dzień podpisania umowy z wykonawcą w kontrolowanym postępowaniu) zamawiający nadal miał możliwość przeprowadzenia go w trybie konkurencyjnym.

Przykładowo można podać następujący harmonogram przetargu nieograniczonego:

- 4 maja 2009 r. – zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych;

- 18 maja 2009 r. – otwarcie ofert;

- 8 czerwca 2009 r. – wybór najkorzystniejszej oferty;

- 19 czerwca 2009 r. – zawarcie umowy.

Zamawiający miał zatem wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania i zawarcie umowy w trybie konkurencyjnym. O możliwości realizacji postępowania zgodnie z ww. zaproponowanym harmonogramem świadczy również średni czas trwania przetargów nieograniczonych na usługi o wartości niższej od tzw. progów unijnych, który w 2009 r. wynosił 33 dni.²

Należy zwrócić również uwagę na fakt, że termin realizacji kontrolowanego zamówienia, zgodnie z § 2 umowy został wyznaczony następująco: rozpoczęcie – 4 maja 2009 r., zakończenie – 15 czerwca 2009 r., co oznacza, że realizacja zamówienia trwała 42 dni. Zatem nawet zawarcie umowy w dniu 19 czerwca 2009 r. (jak w powyższym przykładowym harmonogramie) skutkowałoby wykonaniem przedmiotu zamówienia w dniu 31 lipca 2009 r., a tym samym dawało zamawiającemu możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie projektu przed wyznaczonym na 31 grudnia 2009 r. terminem składania wniosków o dofinansowanie projektów.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, co oznacza że naruszył ww. przepis.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.2.4. Przedmiot zamówienia: budowa i wyposażenie świetlicy wiejskiej

Wartość zamówienia: 30.612 zł (7.974 euro) – szacowana na podstawie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp jako część większego zamówienia

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

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, dwa postępowania przeprowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę i

² Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2009 r., str. 25, www.uzp.gov.pl

wyposażenie świetlicy wiejskiej. Etap I Fundament. Izolacja. Roboty w zakresie przygotowania terenu pod budowę i roboty ziemne”, zakończyły się unieważnieniem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. nie złożono w nich żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż drugie z ww. postępowań o udzielenie zamówienia, wszczęte w dniu 18 października 2010 r., zostało unieważnione w dniu 4 listopada 2010 r., zaś jako uzasadnienie prawne zamawiający wskazał niezgodność treści jedynej złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, natomiast jako uzasadnienie faktyczne zamawiający wskazał, iż wykonawca nie załączył do oferty dokumentu: aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W wyniku uzupełnienia dokumentacji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dostarczono bowiem wymagany dokument, jednakże wystawiony w dniu 3 listopada 2010 r., czyli po terminie składania ofert, który upłynął 2 listopada 2010 r.

W związku z unieważnieniem ww. dwóch postępowań, zamawiający w dniu 4 listopada 2010 r. wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, należy wyjaśnić, że wskazany przez zamawiającego jako podstawa odrzucenia jedynej złożonej w drugim postępowaniu oferty art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w których treść oferty jest niezgodna z treścią siwz. Treść oferty o której mowa w tym przepisie, obejmuje oferowany przedmiot zamówienia, jego cenę, termin i sposób wykonania. Treścią oferty nie są natomiast dołączone do niej dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W przypadku niespełnienia ww. warunków, mimo wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania. Zatem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający był zobowiązany do wykluczenia wykonawcy Budownictwo Ogólne Handel – Usługi Ryszard Stachowiak na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego ofertę należało uznać za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 11 maja 2011 r. zamawiający wyjaśnił, iż ww. oferta podlegała także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż „w przedmiarze zostały określone prace, które należało wykonać w celu realizacji przedsięwzięcia. Jedną z pozycji była izolacja ław fundamentowych betonowych 2 warstwami papy smołowej izolacyjnej na lepisku na gorąco o powierzchni 51,84 m². Wykonawca w swoim kosztorysie nie zawarł tej pozycji. Zawarł natomiast pozycję pokrycie dachów papą termozgrzewalną dwuwarstwową – powierzchnia 33 m². Zamawiający nie widział podstawy zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż niezgodności te nie były oczywiste i nie można było stwierdzić, iż zawarta pozycja jest oczywistą omyłką pisarską. W związku z powyższymi faktami odrzucono ofertę jako że jej treść nie odpowiadała treści siwz”.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, należy wskazać, iż w rozdziale XVI pkt 2 i 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zapisał, iż „cena oferty będzie ceną ryczałtową”, oraz wskazał, że „dołączone przez zamawiającego kosztorysy mają charakter wyłącznie poglądowy, zawarta umowa będzie umową ryczałtową (...)”. Zasadnym jest zatem zwrócenie uwagi, iż przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, wykazane rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym wybranego wykonawcy a przedmiarem robót, przygotowanym przez zamawiającego nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również pozycje, które faktycznie nie zostały ujęte w jego kosztorysie ofertowym, ale są ujęte w przedmiarze robót, projekcie technicznym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (KIO/UZP 1439/09, wyrok KIO z 24.11.2009 r.). Tym bardziej zatem rozbieżność polegająca na zmianie jednej pozycji kosztorysowej nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia oferty.

Reasumując, w świetle ustalonego w siwz wynagrodzenia ryczałtowego oraz wyłącznie poglądowego charakteru kosztorysu, oferta wykonawcy Budownictwo Ogólne Handel – Usługi Ryszard Stachowiak nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na jej niezgodność z treścią siwz. Jak wskazano wyżej, oferta ta nie podlegała również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu nieuzupełnienia przez wykonawcę aktualnego zaświadczenia ZUS.

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

Należy zatem stwierdzić, iż nie została spełniona pierwsza przesłanka zezwalająca na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż po pierwsze wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, po drugie brak też było podstaw do odrzucenia ww. oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie jednej z pozycji kosztorysu ofertowego, gdyż z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe, a kosztorysy mają „wyłącznie charakter poglądowy”.

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż zamawiający przeprowadzając zamówienie w trybie z wolnej ręki, naruszył art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 56/11).

- IV.2.5. Przedmiot zamówienia:** dostawa generatora udarowego (układu do wysokonapięciowych prób impulsowych) wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem
Wartość zamówienia: 522.000 zł (135.973 euro)
Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp
Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Opolskiego

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, dwa postępowania przeprowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę generatora udarowego (układu do wysokonapięciowych prób impulsowych), wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem”, zakończyły się unieważnieniem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. nie złożono w nich żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wobec powyższego, zamawiający w dniu 12 maja 2011 r. wszczął postępowanie na ww. przedmiot zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, w postępowaniu przeprowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający nie dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia, jednak ograniczył stawiane warunki podmiotowe w stosunku do przetargów nieograniczonych, nie formułując warunków szczególnych w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców (podczas gdy w obydwu przetargach nieograniczonych

wymagał wykonania minimum 1 dostawy aparatury / urządzenia podobnego rodzaju jak przedmiot zamówienia, o wartości minimum 400 000,00 zł), jak również nie żądał przedłożenia *aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp* (tj. żadanego w obydwu przetargach nieograniczonych dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 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 (Dz. U. nr 226, poz. 1817)). Ponadto, udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki, zamawiający wydłużył termin realizacji tego zamówienia do 5 miesięcy, podczas gdy w obu przetargach nieograniczonych wynosił on ok. 4 miesięcy (licząc od daty publikacji ogłoszeń w BZP do 30 marca 2011 r.).

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

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

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 15/12).

IV.2.6. Przedmiot zamówienia: dostawa wyposażenia obiektu sportowego i budowa automatycznego zraszania na boisku sportowym

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

Wartość: 99.283 zł (25.862 euro)

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego

Przedmiotem zamówienia podstawowego było wykonanie zadania pn. „Przebudowa zespołu boisk przy Zespole Szkół”. Zgodnie z § 1 ww. umowy zakres zamówienia obejmował m.in:

- a) Renowację murawy boiska piłkarskiego i instalację automatycznego nawadniania,
- b) Zakup i montaż urządzeń sportowych na stadionie w tym do utrzymania obiektu.

§ 1 umowy podstawowej zawierał również następujący zapis: „Szczegółowy przedmiot umowy określony został w SIWZ, pozwoleniu na budowę nr 1080/2008 z dnia 13 listopada 2008 r., projektach budowlano-wykonawczych oraz w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót. Na podstawie ww. dokumentów wykonawca przedstawi kosztorys ofertowy.”

Zgodnie z pkt XVIII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny,” cenę oferty należało obliczyć w oparciu o dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, SIWZ. Przedmiar robót miał być elementem pomocniczym do wyliczenia ceny ofertowej. W przypadku pominięcia przez wykonawcę przy wycenie jakiegokolwiek części zamówienia określonego w ww. dokumentach i jej nieuwjęciu w wynagrodzeniu, wykonawcy miały nie przysługiwać względem zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu,

a w szczególności rozszczenie o dodatkowe wynagrodzenie. W związku z powyższym cena oferty musiała zawierać wszelkie koszty niezbędne do prawidłowego zrealizowania zamówienia, jak również koszty w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia zgodnie z wiedzą techniczną i technologią wykonania robót.

W dniu 24 czerwca 2010r. zamawiający w trybie zamówienia z wolnej ręki podpisał z wykonawcą zamówienia podstawowego umowę w sprawie udzielenia zamówienia dodatkowego na dostawę wyposażenia obiektu sportowego i budowę automatycznego zraszania boiska sportowego. Zamówienie dodatkowe obejmowało:

I. dostawę następującego wyposażenia:

1. Bramki przenośne do piłki nożnej 500 x 200 cm z siatką- 4 szt. - Rama bramki wykonana z owalnego profilu 120 x100 mm aluminiowego anodowanego i lakierowanego proszkowo na biało.

2. Wózek ręczny do malowania linii na trawie - 1 szt.

3. Kosiarka samojezdna 1 szt. - Kosiarka ta przeznaczona jest do koszenia trawy na boiskach sportowych (powierzchnia powyżej 600 m2).

4. Ciągniczek z osprzętem - ciągniczek o mocy 7,5 kW, walec - wypełniony wodą lub piaskiem, ciężar pod wpływem wody 182 kg. , wymiary 460 x 960 mm; pług do odśnieżania - stalowy o szer. 122cm; szczotka do zbierania liści - obrotowa szer. 100cm; brona - z regulowaną głębokością roboczą, szer. 110 cm, z obrotowymi zębami; brona pazurowa - szer. 102 cm; przyczepka - wywrotka z unoszona klapą o wym. 97 x 72 x 28 cm; skaryfikator - do napowietrzania gleby , szer. 1,02 m; rozsiewacz - maks. pojemność 30 kg, szerokość siewu 1,2 - 2,4 m

5. Komplet urządzeń do skoku wzwyż - Poprzeczki 2 szt. do skoku wzwyż z włókna szklanego średnica 25 mm i dł. 3,5m; Stojak do skoku wzwyż wys, do 2 m

6. Płatki 30 szt. - Podstawa i ramiona płatka wykonane są z kształtownika stalowego pokrytego powłokami ochronnymi, belka z drewna pomalowana w biało czarne pasy. Zakres regulacji wysokości płatka w zakresie: 68 cm; 76,2 cm; 84 cm; 91,4 cm; 100 cm; 106,7cm.

7. Podstawowy sprzęt lekkoatletyczny: bloki startowe PBS-T, kule, tablica wyników ręczna ,oszczepy, dyski

8. Kosze na odpadki 16 szt. - wykonane z blachy ocynkowanej O 0,9-2,0 mm - wyposażone w popielnice, - z bocznym otworem w klapie, - wolnostojący na słupku metalowym - opcja z podstawą betonową, - montaż koszy ,

II. Roboty specjalistyczne - budowę automatycznego zraszania na boisku do piłki nożnej polegające na instalacji automatycznego nawadniania boiska piłkarskiego. Składać się ona miała z sieci podziemnej wykonanej z rur polietylenowych, zraszaczy oraz urządzeń sterujących, które pozwalają włączać i wyłączać instalację w żądanym przez zamawiającego czasie. Doprowadzenie wody do ww. celu przewodem PE o średnicy 63mm z sieci wodociągowej 90mm idącej przy hali sportowej. Instalacja składać się miała z rurociągu zasilającego, wykonanego z rury polietylenowej PE o 63 PN10 ułożonego wzdłuż długiego boku linii bocznej boiska jako zasilanie poszczególnych sekcji wykonanych z rur polietylenowych PE o 50 PN10 układanych na głębokości ok. 60-80cm poniżej powierzchni terenu. Całkowita długość sieci wynosi ok. 580m wzdłuż rurociągu zasilającego prowadzone będą kable sterujące /24 V/ jako połączenie każdego zaworu elektromagnetycznego ze sterownikiem. Miało być zastosowanych 35 szt. zraszaczy. Rozwiązanie to miało polegać na zamontowaniu 15 szt. zraszaczy pełnozakresowych w płycie boiska oraz 20 szt. zraszaczy sektorowych na zewnątrz boiska zespolonych w 7 niezależnych sekcji. Proces nawadniania miał odbywać się cyklicznie - sekcja po sekcji. Sterowaniem - nawadnianiem miały kierować sterowniki oraz urządzenie - wyłącznik deszczowy, który wstrzymywałby pracę instalacji nawadniającej w czasie opadu naturalnego .

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych

do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub

b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w § 1 pkt 1 lit. a) i m) umowy w sprawie udzielenia zamówienia podstawowego zostało stwierdzone, iż zakres zamówienia obejmuje w szczególności m.in. renowację murawy boiska piłkarskiego i instalację automatycznego nawadniania oraz zakup i montaż urządzeń sportowych na stadionie, w tym do utrzymania obiektu. Powyższe postanowienia umowy oraz wyjaśnienia zamawiającego pozwalają wnioskować, iż przedmiot zamówienia dodatkowego był przewidywany przy udzielaniu zamówienia podstawowego. Zatem nie można uznać, iż zamówienie dodatkowe nie było objęte zamówieniem podstawowym, gdyż jego przedmiot był wprost przewidziany w umowie o udzielenie zamówienia podstawowego.

Ponadto zarówno charakter wynagrodzenia ryczałtowego, jak i zapisy SIWZ jednoznacznie wskazują, że wykonawca miał obowiązek uwzględnić w ofercie nie tylko roboty ujęte w przedmiarze, ale także wszelkie inne roboty i elementy wynikające z dokumentacji technicznej inwestycji. Z powyższego wynika także, że za wykonanie robót objętych zamówieniem podstawowym, choć nie ujętych w przedmiarze, wykonawcy nie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie, w tym wynagrodzenie z tytułu wykonania zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Tym samym wykonawca miał obowiązek wykonać zamówienie, udzielone w niniejszej sprawie w trybie zamówienia z wolnej ręki, w ramach umowy podstawowej.

Niezależnie od powyższego, trudno także uznać, aby wyposażenie obiektu sportowego w sprzęt lekkoatletyczny i sprzęt do utrzymania tego obiektu było niemożliwe do przewidzenia, skoro sprzęt ten jest niezbędny do prawidłowego funkcjonowania i utrzymania obiektu. Budowa obiektu sportowego w oczywisty sposób pociąga za sobą konieczność zakupu urządzeń sportowych po to, aby obiekt taki mógł być użytkowany zgodnie ze swoim przeznaczeniem. Zakupy takie są zatem przewidywalne dla każdego starannie działającego zamawiającego. W szczególności, iż odniesienie do urządzeń sportowych zostało zawarte w treści umowy podstawowej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Również udzielając zamówienia obejmującego renowację murawy boiska piłkarskiego wraz z instalacją automatycznego nawadniania, przy racjonalnej ocenie nie można stwierdzić, że rozmieszczenie wszystkich niezbędnych elementów instalacji tegoż nawadniania jest niemożliwe do przewidzenia. Jest to bowiem oczywisty element tego typu inwestycji, bez którego nie mogą one funkcjonować.

Mając na uwadze powyższe, tj. brak okoliczności wskazujących na nieprzewidywalność zamówienia dodatkowego oraz fakt objęcia robót dodatkowych zakresem zamówienia podstawowego, należy wskazać, iż udzielenie zamówienia dodatkowego nastąpiło bez spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co tym samym stanowi naruszenie ww. przepisu.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.2.7. Przedmiot zamówienia: Opracowanie dokumentacji dla celów pozyskania środków z Funduszu Spójności

Wartość zamówienia: 185.000 zł (47.716 euro)

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

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

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

a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub

b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Zgodnie z przytoczonym wyżej przepisem zamówienie dodatkowe może być udzielone dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych. Należy zwrócić uwagę, iż stroną umowy podstawowej nr IR.VII.342-13/2008 z dnia 12 sierpnia 2008r. jest konsorcjum. Natomiast umowa z dnia 23 grudnia 2008r. w sprawie udzielenia zamówienia dodatkowego została zawarta z jednym z konsorcjantów. Brak tożsamości wykonawcy w obydwu przedmiotowych umowach świadczy o niespełnieniu ww. przesłanki udzielenia zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy usług. Powyższe potwierdza orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 28 czerwca 2010 r. (nr BDF1/4900/43/49/10/1228).

Ponadto, w odniesieniu do pozostałych przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy wskazać, iż zamawiający w piśmie z dnia 19 kwietnia 2011r. (JRP.042.9.2.2011) wyjaśnił, że nie jest w stanie wskazać innych przesłanek przemawiających za zastosowaniem w kontrolowanym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki, poza przesłankami opisanymi i wskazanymi w ofercie wykonawcy.

Wykonawca wskazał, iż spełnione zostały wszelkie warunki do podpisania dodatkowej umowy opisane w „art. 67 ust. 5 pkt a) i b)” ustawy Pzp:

- Wartość zamówienia dodatkowego, nieobjętego zamówieniem podstawowym nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia (wartość zamówienia dodatkowego 250 100 zł, wartość zamówienia podstawowego 512 400 zł, co stanowi 48,81%);
- Z przyczyn technicznych i gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów związanych z opóźnieniem złożenia wniosku o dofinansowanie inwestycji ze środków Unii Europejskiej. Opóźnienie to może spowodować wyczerpanie się środków pomocowych z UE i utratę przez gminę dotacji w wysokości kilkudziesięciu milionów złotych;
- Konieczność wykonania specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla pomocy technicznej wynika z faktu, że przygotowanie SIWZ jest wymagane w 100% dla kontraktów realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” - wymóg formalny, którego niespełnienie skutkuje odrzuceniem wniosku o dofinansowanie;
- Przekształcenie w spółkę prawa handlowego Zakładu Gospodarki Komunalnej wynika z konieczności zapewnienia trwałości oraz bezpieczeństwa realizacji i eksploatacji inwestycji w terminie 5 lat po jej zakończeniu - kryterium dodatkowo punktowane, jego niespełnienie może skutkować odrzuceniem wniosku o dofinansowanie;
- Konieczność weryfikacji i poprawy przedmiarów robót dla oczyszczalni ścieków i stacji uzdatniania wody wynika z faktu, że posiadane przez zamawiającego przedmiary robót nie spełniają wymogów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, co może zostać uznane za błąd w procedurze przetargowej oraz skutkować redukcją przyznanego dofinansowania;
- Decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego jest wymaganym załącznikiem do wniosku o dofinansowanie - brak tego załącznika skutkuje odrzuceniem wniosku o dofinansowanie;

- Wykonanie zamówienia podstawowego uzależnione jest od wykonania zamówienia dodatkowego. Dotyczy to Studium Wykonalności, wniosku o dotację oraz przygotowania SIWZ na wybór Inżyniera Kontraktu, za wykonanie których całkowita płatność uzależniona jest od pozytywnego rozpatrzenia wniosku oraz otrzymania przez zamawiającego dofinansowania. Bez wykonania zamówienia dodatkowego pozytywne rozpatrzenie wniosku oraz otrzymanie przez zamawiającego dofinansowania jest niemożliwe.

Przedstawione powyżej uzasadnienie wykonawcy nie odnosi się do przesłanki nieprzewidywalności sytuacji, na skutek której zaszła konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego. Wobec braku wyjaśnień zamawiającego w tej kwestii, wskazać należy, że wymogi związane z ubieganiem się o dofinansowanie ze środków UE powinny być znane zamawiającemu i w tej sytuacji obowiązek sporządzenia niezbędnej dokumentacji z tym związanej winien być objęty zamówieniem podstawowym, co również dotyczy obowiązku powołania Jednostki Realizującej Projekt i MAO, niezbędnych dla realizacji projektu. W związku z powyższym nie pojawiły się żadne nowe, niemożliwe do przewidzenia okoliczności, które warunkowałyby konieczność sporządzenia dodatkowej dokumentacji. Jak wskazuje wykonawca w przywołanym powyżej piśmie „konieczność wykonania specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla pomocy technicznej wynika z faktu, że przygotowanie SIWZ jest wymagane w 100% dla kontraktów realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” - wymóg formalny, którego niespełnienie skutkuje odrzuceniem wniosku o dofinansowanie”. Nie jest to zatem nowa regulacja, lecz wymóg wynikający wprost z ustawy Pzp, do stosowania której zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, był zobowiązany przy udzielaniu zamówienia dla pomocy technicznej dla Jednostki Realizującej Projekt. Następnie wskazano, iż „konieczność weryfikacji i poprawy przedmiarów robót dla oczyszczalni ścieków i stacji uzdatniania wody wynika z faktu, że posiadane przez zamawiającego przedmiary robót nie spełniają wymogów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego”. Również w tej sytuacji brak jest okoliczności niemożliwej do przewidzenia. Wobec faktu, iż przepisy ww. rozporządzenia nie uległy zmianie w okresie od wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego do momentu udzielenia zamówienia dodatkowego, należy uznać, że zamawiający powinien być świadomy niezgodności posiadanych przedmiarów z ww. rozporządzeniem, a w konsekwencji powyższe usługi powinny być ujęte w zamówieniu podstawowym. Podobnie należy wnioskować w przypadku decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego: skoro jest ona wymaganym załącznikiem do wniosku o dofinansowanie, konieczność jej wydania powinna być przewidziana i objęta przedmiotem zamówienia podstawowego.

Natomiast w zakresie argumentacji wskazującej na konieczność przeprowadzenia procesu przekształcenia Zakładu Gospodarki Komunalnej w spółkę prawa handlowego, zgodnie z którą zapewnienie trwałości oraz bezpieczeństwa realizacji i eksploatacji inwestycji w terminie 5 lat po jej zakończeniu miałyby stanowić kryterium dodatkowo punktowane, należy zauważyć, iż prace te miały na celu poprawienie jakości zamówienia podstawowego w celu zwiększenia szans na przyznanie dofinansowania, lecz nie spełniały kryterium niezbędności dla jego wykonania. Trudno również uzasadnić, że znaczenia powyższego kryterium przy ocenie wniosków o dofinansowanie, nie można było przewidzieć na etapie udzielania zamówienia podstawowego.

Mając na uwadze powyższe, tj. w szczególności brak tożsamości wykonawcy zamówienia podstawowego i dodatkowego oraz brak okoliczności wskazujących na nieprzewidywalność usług dodatkowych, należy wskazać, iż udzielenie zamówienia dodatkowego nastąpiło bez spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co tym samym stanowi naruszenie ww. przepisu.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 75/11).

IV.2.8. Przedmiot zamówienia: wykonanie systemu biletowego oraz systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych

Wartość zamówienia: 13.500.000 zł (3.516.541 euro)

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

Zamówienie nie finansowane ze środków UE

Z analizy zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania na „wykonanie systemu biletowego oraz systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych” będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podkreślił, iż ze względu na fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego zostało wszczęte przed dniem 24 października 2008 r., do zamówień uzupełniających zastosowanie znajdzie przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy w przywołanym powyżej brzmieniu. Zgodnie z treścią art. 4 ust. 3 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 września 2008 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) (dalej: ustawa nowelizująca) do zamówień uzupełniających udzielanych w trybie z wolnej ręki po dniu wejścia w życie przedmiotowej ustawy, które były przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego wszczętego przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej, należy stosować art. 67 ust. 1 pkt 6 w brzmieniu dotychczasowym.

Zamawiający wyjaśnił, iż zamówienie uzupełniające obejmuje wykonanie:

- systemu biletowego, będącego jednym z systemów teletechnicznych niezbędnych do sprawnego funkcjonowania stadionu piłkarskiego,
- teleinformatycznego systemu wsparcia sprzedaży bezgotówkowej.

Przedmiot zamówienia określony w SIWZ zamówienia podstawowego obejmuje swym zakresem roboty poczynając od wykonania budowli nadziemnych, konstrukcji dachowej, oświetlenia terenu, budowy urządzeń melioracyjnych poprzez instalacje wodociągowe, kanalizacyjne, tryskaczowe, grzewcze, chłodu, instalacji, instalowanie wind, technologii kuchni, przeciwpożarowej instalacji wodociągowej, instalacjach niskoprądowych oraz systemach instalacji automatyki BMS, dźwiękowym systemie ostrzegawczym i systemie kanalizacji teletechnicznej.

Zamawiający zaznaczył, iż zlecane roboty w ramach zamówienia uzupełniającego są rodzajowo zbieżne z zakresem zamówienia podstawowego. Przedmiotem zamówienia uzupełniającego są bowiem instalacje teletechniczne, które były objęte również przedmiotem zamówienia podstawowego, któremu wówczas zlecono między innymi:

- system automatyki BMS (system cyfrowy zbudowany na bazie centralnego systemu komputerowego, bazujący na otwartych protokołach oraz standardach IP, wykonany w oparciu o technologię LonWorks; obejmuje m.in. automatykę sterowania oraz monitoring central wentylacyjnych, wentylatorów wyciągowych, wentylatorów pożarowych, maszynowni chłodu, węzła cieplnego, ogrzewania podłogowego, klimakonwektorów, oświetlenia, instalacji elektrycznych),
- dźwiękowy system ostrzegawczy DSO zintegrowany z systemem nagłośnienia ogólnego,
- system sygnalizacji pożaru SSP wraz z systemami oddymiania i napowietrzania grawitacyjnego,

tym samym przy wykonywaniu zamówienia uzupełniającego będzie realizował systemy w tych samych branżach, co przewidziane w zamówieniu podstawowym.

Zamówienie na system biletowy nie stanowiło przedmiotu odrębnego postępowania, a jedynie składową systemów teletechnicznych (system biletowy stanowi ok. 10 %

przedmiotu zamówienia) objętych przedmiotem zamówienia na „wybór partnera technologicznego Stadionu Piłkarskiego do przygotowania, realizacji i eksploatacji systemów teletechnicznych oraz zapewnienia finansowania w tym zakresie”. Wykonanie ww. umowy znajduje się w trakcie realizacji, wykonanie systemu biletowego zostało wyłączone, na podstawie Zarządzenia Prezydenta Miasta ze względu na opóźnienia z rozpoczęciem robót. Zamawiający podkreślił, iż nie jest bez znaczenia dla sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia specyfika branży teleinformatycznej, której niezwykła dynamika każe maksymalnie skracać czas pomiędzy przygotowaniem SIWZ, a jego faktycznym zleceniem i wykonaniem, tak aby zapewnić najwyższą aktualność rozwiązań. Zauważył, iż służyć temu miało celowe wyłączenie z zakresu zamówienia podstawowego części systemów teletechnicznych, elektronicznych, telekomunikacyjnych i teleinformatycznych, w tym takie które były zaprojektowane.

Zgodnie z treścią art. 66 ustawy, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym Zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy.

Stosownie do dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), Zamawiający mógł zastosować tryb z wolnej ręki, jeżeli łącznie zaistniały następujące okoliczności:

1. udzielenie zamówienia uzupełniającego powierza się dotychczasowemu wykonawcy w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego,
2. wartość zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane nie przekracza łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego,
3. zamówienie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień,
4. zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,
5. zamówienie uzupełniające było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków dla zamówienia podstawowego,
6. zamówienie uzupełniające dotyczy przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego.

Analizując dokumenty złożone w toku niniejszej kontroli, stwierdzić należy, że zamówienie uzupełniające powierzone zostało temu samemu podmiotowi, który wykonywał zamówienie podstawowe w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego (zamówienie podstawowe zostało udzielone 10.04.2009 r., zaś zamówienie uzupełniające – 11.03.2011 r.). Zamówienie podstawowe udzielone zostało w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu ograniczonego, a Zamawiający w pkt. XV.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających. Wartość zamówienia uzupełniającego nie stanowi więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie wykazał, że wszystkie prace objęte zamówieniem uzupełniającym polegały na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień co zamówienie podstawowe. Należy wskazać, że zakres zamówienia podstawowego obejmował prace składające się na drugi etap robót budowlanych dotyczących budowy stadionu piłkarskiego. Zamówienie podstawowe obejmowało swym zakresem wykonanie budowli nadziemnych, konstrukcji dachowej, oświetlenia terenu, budowy urządzeń melioracyjnych, instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, tryskaczowych, grzewczych, technologii kuchni, instalowaniu wind, przeciwpożarowej, instalacjach teletechnicznych w zakresie systemów automatyki BMS i dźwiękowego systemu ostrzegawczego (DSO) oraz kanalizacji teletechnicznej. Zamawiający nie przewidział jednakże realizacji systemów biletowych z obsługą wsparcia płatności bezgotówkowej. Zamawiający uzasadniając wybór trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał na prace wykonywane przez Wykonawcę w ramach zamówienia podstawowego, obejmujące wykonanie systemów teletechnicznych,

elektronicznych, telekomunikacyjnych i teleinformatycznych. Jako szczegółowe pozycje wskazano następujące pozycje kosztorysu

- 04.11 Instalacje stałoprądowe przeciwpożarowe;
- 04.15 Instalacja Automatyki BMS;
- 05.01 Dźwiękowy system ostrzegawczy oraz
- 06.02.02a Kanalizacja teletechniczna.

Biorąc jednak pod uwagę zakres świadczeń przewidziany w obu ww. postępowaniach, wynikający z ich rozliczeń, należy uznać, iż ich charakter jest zasadniczo odmienny.

Analizując poszczególne elementy ww. pozycji w przekazanym przez Zamawiającego „Rozliczeniu nr 24 za okres 01.04.2011 do 30.04.2011 r.”, przedstawiającym wykonany zakres prac i finansowe zaawansowanie robót wskazać należy, że obejmują one następujący zakres:

- Instalacje stałoprądowe przeciwpożarowe (SSP): dostawa rur winidurowych, przewodów kablkowych oraz kabla, dostawa modułowej centrali alarmowej, prace montażowe: czujek oraz gniazd pożarowych, ręcznych ostrzegaczy pożaru, modułu we/wy oraz innych urządzeń, przygotowanie i testowanie oprogramowania SSP;
- Instalacja Automatyki BMS: montaż i okablowanie aparatury obiektowej, podłączenie pomp obiegowych, dostawa szaf i tablic pomiarowych regulacyjnych i sterowniczych, pomiary instalacji elektrycznych oraz wykonanie rysunków warsztatowych;
- Dźwiękowy system ostrzegawczy: dostawa kabla oraz przewodów kablkowych, montaż uchwyty kablkowych, instalacja urządzeń wzmacniających i zasilających DSO, głośników DSO, mikrofonu strażaka oraz uruchomienie instalacji DSO;
- Kanalizacja teletechniczna: budowa studni kablkowych, wyprowadzenie instalacji ze studni kablkowych oraz ułożenie kanalizacji kablkowej.

Tymczasem zgodnie z umową z dnia 11.03.2011 r., zawartą w wyniku przeprowadzonego postępowania w trybie z wolnej ręki oraz załącznika nr 2 do tegoż aktu umowy, zatytułowanego „Wykaz materiałów i urządzeń płatnych po dostarczeniu na Plac Budowy”, całość wynagrodzenia należnego Wykonawcy obejmuje dostarczenie wymienionych w ww. załączniku materiałów i urządzeń. Są to m.in.

1. w ramach systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych:
 - sprzęt komputerowy firmy Hewlett-Packard wraz z oprogramowaniem oraz licencjami niezbędnymi do ich uruchomienia w ramach systemu;
 - interfejs dla aplikacji bezgotówkowej sprzedaży wraz z 3-letnią gwarancją,
 - 145 sztuk terminali dla punktów sprzedaży WS 4 LX firmy Micros Systems Inc.
2. w ramach systemu biletowego:
 - montaż czytników TRI-READER (TR-120) firmy Fortress GB Ltd. oraz sprzętu wspomagającego na bramkach;
 - system SMART STADIUM firmy Fortress GB Ltd. wraz z oprogramowaniem towarzyszącym;
 - serwer bramek wraz z oprogramowaniem towarzyszącym;
 - licencja na system sprzedaży biletów SRO firmy TOPTIX Ltd. wraz z oprogramowaniem oraz sprzętem towarzyszącym.

Porównanie zakresu przedmiotowego zamówienia podstawowego oraz zamówienia, którego dotyczyło zawiadomienie, powoduje, iż w ocenie Prezesa Urzędu nie sposób potraktować zakresu przedmiotowego kontrolowanego zamówienia za rodzajowo tożsamy z robotami przewidzianymi w ramach zamówienia podstawowego.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem przedstawianym przez Zamawiającego, iż o tożsamości rodzajowej przedmiotowego zamówienia z zamówieniem podstawowym świadczy fakt, iż jego zakres obejmuje prace wykonywane w ramach tej samej branży tj. instalacje teletechniczne, elektroniczne, telekomunikacyjne i teleinformatyczne. Opracowanie systemu komputerowego wraz z dostarczeniem niezbędnego do jego działania sprzętu i oprogramowania, a w zasadzie dostawa gotowych

rozwiązań opracowanych przez inne podmioty oraz ich wdrożenie i uruchomienie, jest zasadniczo różny od prac instalacyjno-technicznych, które wchodzą w zakres przywoływanych przez Zamawiającego branżowych robót w ramach budowy obiektu sportowego. Fakt, iż systemy te będą korzystały z instalacji teletechnicznych czy teleinformatycznych i będą do nich włączone, nie oznacza, iż można je traktować jako rodzajowo tożsame. Akceptacja takiego stanowiska stanowiłaby nadmierne poszerzenie wyjątku przewidzianego ustawą, który winien być interpretowany ściśle. Nie jest bowiem wystarczające dla udzielenia zamówienia uzupełniającego, aby przewidziany w nim zakres był związany z zamówieniem podstawowym, lecz wymagane jest powtórzenie tego samego rodzaju zamówień.

Należy uznać, że przedmiotowe zamówienie jest zatem rodzajowo odmienne od robót przewidzianych w SIWZ zamówienia podstawowego i nie może być traktowane jako zamówienie uzupełniające. Podobne stanowisko wyrażane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która uznaje, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, w zakres zamówień uzupełniających mogą wchodzić jedynie zamówienia tego samego rodzaju, co zamówienie podstawowe, a warunkiem możliwości ich udzielenia jest m.in. zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego. Nieuprawnione zatem byłoby działanie Zamawiającego polegające na zleceniu w ramach zamówień uzupełniających realizacji innych usług niż przewidziane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. (wyrok KIO z dnia 08.06.2009 r. sygn. akt 674/09).

Za przyjęciem stanowiska, iż świadczenia będące przedmiotem kontrolowanego postępowania nie stanowią powtórzenia tego samego rodzaju zamówień jak w zamówieniu podstawowym przemawia ponadto fakt, iż świadczenia te świadomie i celowo zostały uprzednio wyłączone z zakresu zamówienia podstawowego, zaś włączone zostały do prowadzonego odrębnie postępowania na „Wybór Partnera Technologicznego Stadionu Piłkarskiego do przygotowania, realizacji i eksploatacji systemów teletechnicznych oraz zapewnienia finansowania w tym zakresie”. Postępowanie to było prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego, a jako uzasadnienie dla skorzystania z tego trybu Zamawiający wskazał m.in. obiektywną niemożność precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia, wynikającą ze złożoności funkcjonalnej i technologicznej zamawianych systemów teletechnicznych oraz konieczność ustalenia właściwego zakresu integracji tych systemów. Nieuzasadnione jest zatem twierdzenie Zamawiającego, iż zakres zamówienia będącego przedmiotem kontroli stanowi powtórzenie tego samego rodzaju zamówień jak w zamówieniu podstawowym.

Reasumując, w ocenie Prezesa UZP w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia zamówienia podstawowego, uprawniającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 77/11).

IV.2.9. Przedmiot zamówienia: Wyłonienie konsultanta ds. wizerunku projektu i działań promocyjnych

Wartość zamówienia: 152.696 zł (39.384 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 5 Pzp

Data wszczęcia postępowania: 28.07.2009 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

Opisując przedmiot postępowania na: *Zatrudnienie konsultanta ds. wizerunku projektu i działań promocyjnych* zamawiający wskazał, że jest nim zatrudnienie eksperta, o następującym zakresie obowiązków:

1. doradztwo w zakresie kreacji wizerunku projektu oraz działań kampanii,

2. nadzór nad stworzeniem planu strategii komunikacyjnej projektu, dla wszystkich przewidzianych do realizacji w projekcie (szkoleń, kampanii medialnej i portalu internetowego) pod kątem zapewnienia równości szans kobiet i mężczyzn, nadzorowanie i koordynowanie działań strategii promocyjnej,
3. analiza materiałów prasowych internetowych dotyczących zagadnień merytorycznych związanych z tematyką projektu i agregowanie danych opisowych i statystyk z tym związanych, pod kątem zwiększenia skuteczności przyszłych działań promocyjnych prowadzonych przez wykonawców z uwzględnieniem tematyki równości szans,
4. doradztwo/konsultacje w zakresie określenia celu kampanii, przekazu reklamowego, grupy docelowej na podstawie wyników badań jakościowych przeprowadzonych w ramach projektu pod kątem zapewnienia równości szans,
5. współpraca przy dookreślaniu form dotarcia przekazu do grup docelowych poszczególnych modułów kampanii oraz działań szkoleniowych i portalu oraz współpraca przy wyborze najskuteczniejszych ścieżek dotarcia, zapewniających jak najszerszy oddźwięk medialny i społeczny proponowanych działań w projekcie, nadzór nad wdrożeniem wizerunku projektu, w tym doradztwo ekspertów zatrudnionych w projekcie dotyczące przygotowania i założeń działań promocyjnych pod kątem wizerunku medialnego i skuteczności form przekazu,
6. doradztwo przy opracowaniu media planu związanego z działaniami promocyjnymi w projekcie według założeń merytorycznych opracowanych przez zatrudnionych w projekcie ekspertów merytorycznych oraz nadzór nad podwykonawcami odpowiedzialnymi za jego wdrożenie,
7. rozpoznawanie rynku mediów pod kątem założeń projektu (problem, cel kampanii, cel przekazu reklamowego, grupa docelowa), przygotowanie kryteriów oraz dokumentów związanych z wyłonieniem wykonawców kampanii promocyjno-informacyjnej: zapytania ofertowe, negocjacje warunków współpracy, wykłady w OPZ,
8. udział we wszystkich etapach prac związanych z przygotowaniem i realizacją spotów reklamowych pod kątem realizacji założeń strategii promocyjnej projektu,
9. nadzór i koordynacja prac związanych z organizowaniem konferencji,
10. doradztwo w zakresie przekazywania informacji dotyczących bieżących działań w ramach projektu,
11. opracowanie planu przepływu i dystrybucji materiałów promocyjno-informacyjnych,
12. nadzór nad bieżącym monitoringiem skuteczności działań medialnych w projekcie, w tym efektywności przekazu, poprzez kontrole oglądalności, słuchalności, czytelności,
13. nadzór nad monitoringiem mediów pod kątem częstotliwości pojawiania się informacji dotyczących projektu i zbieranie adekwatnych materiałów,
14. nadzór nad monitoringiem mediów w zakresie pojawiania się tematyki związanej z merytorycznymi założeniami projektu oraz charakteru i trendów przekazu, merytoryczne opracowanie pozyskanych informacji,
15. cykliczne raportowanie efektów monitoringu w ww. obszarach na potrzeby KSP,
16. nadzór nad przygotowaniem komunikatów dla mediów i innych odbiorców instytucjonalnych, w tym notatek prasowych, cyklicznych informacji dotyczących działań podejmowanych w projekcie,
17. nadzór nad przygotowaniem konferencji podsumowującej oraz przygotowanie materiałów prasowych na potrzeby konferencji podsumowującej,
18. weryfikacja i parafowanie dokumentów oraz twardych rezultatów kampanii przed przedłożeniem kierownikowi projektu.

Przedmiot zamówienia został opisany przy pomocy następujących kodów CPV:
75112100-5 - Usługi administracyjne w zakresie rozwoju projektu,
98200000-5 - Usługi konsultacyjne dotyczące zapewniania równych szans.

Zastosowane przez zamawiającego do opisu przedmiotu mniejszego zamówienia kody CPV zadecydowały o zakwalifikowaniu nabywanych usług do kategorii niepriorytetowych i zastosowaniu trybu z wolnej ręki.

Art. 5 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu właściwym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania stanowił, iż w postępowaniach o udzielenie zamówień, których przedmiotem

są usługi wymienione w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi lub w załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej, a także przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku informowania w tych przypadkach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Prawidłowa kwalifikacja usługi będącej przedmiotem zamówienia jako usługi „niepriorytetowej”, zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, umożliwiła zamawiającemu skorzystanie z możliwości wyłonienia wykonawcy w drodze zamówienia z wolnej ręki.

Mając na uwadze powyższe, po pierwsze należy stwierdzić, że zastosowane przez zamawiającego kody CPV nie były prawidłowe, a w konsekwencji nie uzasadniałyby zastosowania trybu z wolnej ręki. W szczególności nie ma podstaw do wskazania kodu 98200000-5 – usługi konsultacyjne dotyczące równych szans, ponieważ z zakresu obowiązków wykonawcy nie wynika, aby do jego zadań należało konsultowanie z zamawiającym, czy też doradzanie mu, jak zapewnić równe szanse pracowników. Nie jest też prawidłowe zastosowanie kodu 75112100-5 – usługi administracyjne w zakresie rozwoju projektu, ponieważ usługi wchodzące w zakres ww. przedmiotu zamówienia mają inny charakter i nie sprowadzają się jedynie do administrowania projektem. Opis przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie dotyczy natomiast usług priorytetowych opisanych kodami: - 79342200-5 oraz 79341100-7 – usługi doradcze w zakresie promocji i usługi doradcze reklamowe.

Reasumując należy podkreślić, iż analiza zakresu usług eksperckich stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia prowadzi do wniosku, iż zamawiający opisując przedmiot niniejszego zamówienia przy pomocy kodów CPV posłużył się niewłaściwymi kodami. Na zakres usług eksperckich, jak wskazano powyżej składały się m.in. doradztwo w zakresie kreacji wizerunku projektu, nadzór nad stworzeniem planu strategii komunikacyjnej projektu, dla wszystkich przewidzianych do realizacji w projekcie (szkoleń, kampanii medialnej i portalu internetowego), analiza materiałów prasowych internetowych dotyczących zagadnień merytorycznych związanych z tematyką projektu i agregowanie danych opisowych i statystyk z tym związanych, pod kątem zwiększenia skuteczności przyszłych działań promocyjnych prowadzonych przez wykonawców z uwzględnieniem tematyki równości szans; doradztwo/konsultacje w zakresie określenia celu kampanii, przekazu reklamowego, grupy docelowej na podstawie wyników badań jakościowych przeprowadzonych w ramach projektu. Zakres obowiązków eksperckich obejmuje zatem szeroki zakres czynności związanych z promocją projektu oraz jego medialną reklamą, które to usługi są usługami priorytetowymi.

Nieprawidłowe zakwalifikowanie ww. usług jako niepriorytetowych oznacza, iż w ramach prowadzonych procedury zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył dyspozycję niniejszego przepisu.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 59/11).

IV.2.10. Przedmiot zamówienia: Organizacja imprezy kulturalnej

Wartość zamówienia: 196.721 zł (51.243 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie 5 Pzp

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Warmia i Mazury

W toku kontroli stwierdzono, że ww. postępowanie zostało wszczęte w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 66 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 66 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo, ustawodawca stworzył możliwość skorzystania z trybu z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku zamówień których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, co następuje. Z analizy dokumentacji niniejszego postępowania wynika, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełniona byłaby przesłanka wymieniona w artykule 5 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, tj. w szczególności, należy zauważyć, iż zamawiający nie wykazał, iż w razie udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym doszłoby do naruszenia zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków. Przede wszystkim nie przekonuje argument zamawiającego, jakoby właściwie przedmiotowe zamówienie była w stanie wykonać tylko firma działająca na rynku lokalnym. Przedmiot niniejszego zamówienia nie ma charakteru specyficznego, nie obejmuje również dziedziny, w której wymagana byłaby specjalistyczna wiedza. W ocenie Prezesa Urzędu wątpliwe jest jakoby wykonawca inny niż lokalny nie posiadał znajomości historii, kultury i dziedzictwa regionu w stopniu pozwalającym mu na właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, że w sytuacji zamieszczenia odpowiedniego opisu przedmiotu zamówienia, wraz ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego, każdy wykonawca profesjonalnie zajmujący się organizacją tego rodzaju imprez byłby w stanie wykonać właściwie przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc się do argumentu o specyfice branży gastronomicznej wskazać należy, że z załącznika nr 1 do wniosku o wszczęcie postępowania o niniejsze zamówienie publiczne, wynika, że Zamawiający wystosował zapytanie ofertowe do trzech różnych wykonawców. Każdy z trzech potencjalnych wykonawców, wśród których zamawiający zrobił rozeznanie, był w stanie przeprowadzić konkurs kulinarny wśród zakładów gastronomicznych województwa warmińsko - mazurskiego. Zamawiający nie wykazał w tym zakresie istnienia żadnych specyficznych cech, którymi rządziłaby się branża gastronomiczna na terenie województwa warmińsko - mazurskiego, a które uniemożliwiłyby wykonawcom spoza regionu właściwe przeprowadzenie konkursu kulinarnego.

Co do obaw zamawiającego dotyczących ewentualnego niedochowania przez potencjalnego wykonawcę terminu wskazanego w harmonogramie realizacji projektu w przypadku zdecydowania się na przeprowadzenie niniejszego postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych, wskazać należy, że przedmiotowa usługa – jak sam zamawiający zauważył – mieści się w katalogu usług o charakterze niepriorytetowym. Oznacza to, że zamawiający na podstawie art. 5 ust. 1 był uprawniony do niestosowania przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania spełniania

warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na postawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Powyższe stanowi duże ułatwienie dla terminowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem pożądanego terminu. Ponadto zamawiający wszczął niniejsze postępowanie w dniu 18 czerwca 2010 r. (data przekazania zaproszenia do negocjacji), natomiast aneks do umowy o dofinansowanie został zawarty w dniu 28 czerwca 2010 r. (10 dni po wszczęciu przedmiotowego postępowania). Nie było więc przeszkód do wszczęcia niniejszego postępowania przed podpisaniem umowy o dofinansowanie. Obawa zamawiającego związana z możliwością niedochowania terminów przez innych wykonawców nie ma zatem charakteru obiektywnego. Należy zwrócić uwagę zamawiającego, że w wyroku NSA z dnia 11 września 2000 r. (sygn. akt II A SA 2074/00) oraz wyroku SN z dnia 6 lipca 2001 r., (sygn. akt III RN 16/01) wskazano, iż nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że szacując wartość przedmiotu niniejszego zamówienia zamawiający zwrócił się do trzech wykonawców na terenie województwa z zapytaniem w sprawie zorganizowania przedmiotowej imprezy kulturalnej. Oznacza to, że na rynku istnieje wiele podmiotów, które potencjalnie są zdolne do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Wskazać należy, że w sytuacji gdy dany podmiot profesjonalnie zajmuje się tego rodzaju działalnością, potrafi zorganizować każdą imprezę kulturalną, a znajomość specyfiki danego regionu nie powinna stanowić dla niego przeszkody.

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

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 52/11).

IV.2.11.Przedmiot zamówienia: Obsługa prawna jednostki, w tym kontrola zamówień publicznych u beneficjentów w ramach POIiŚ

Wartość zamówienia: 128.100 zł (33.368 euro)

Tryb: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 5 Pzp

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zamawiający wszczął w dniu 21 kwietnia 2010 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Obsługa prawna jednostki*”. Przedmiot zamówienia obejmuje dwie usługi – świadczenie ogólnej obsługi prawnej oraz kontrolę zamówień publicznych w ramach POIiŚ u beneficjentów Programu.

Uzasadniając tryb wyboru zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie ogólnej obsługi prawnej zamawiający podniósł argument dotyczący konieczności szybkiego i efektywnego przeprowadzenia zmian organizacyjno - prawnych w związku ze zmianą statusu prawnego jednostki. Cel ten można było osiągnąć – według zamawiającego - jedynie poprzez powierzenie obsługi prawnej kancelarii dotychczas współpracującej zamawiającym, mającej doświadczenie w obsłudze jednostek sektora finansów publicznych i wiedzę na temat organizacji samego zamawiającego, jedynej takiej jednostki sektora finansów publicznych w województwie.

Natomiast odnosząc się do obsługi prawnej z zakresu kontroli zamówień publicznych, głównym argumentem zamawiającego przemawiającym za udzieleniem zamówienia

wybranej kancelarii był fakt niewywiązania się prawidłowo z takiej obsługi przez inną kancelarię dotychczas współpracującą z zamawiającym, a jednocześnie zaistniałe trudności z obsadzeniem stanowiska pracy związanego z kontrolą zamówień publicznych. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach podał, że zastosowanie trybu otwartego na konkurencję „uniemożliwiłoby realizację zamierzonych przez zamawiającego celów”. Z całości wyjaśnień można wywnioskować, że zamawiający posiada tak duże doświadczenie w zakresie współpracy z kancelariami prawniczymi oraz rozeznanie w jakości i cenach oferowanych przez nie usług, iż może z całym przekonaniem stwierdzić, że zastosowanie trybu konkurencyjnego nie dałoby lepszych rezultatów niż jego własny wybór odpowiedniego wykonawcy.

Art. 5 ust. 1a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Sformułowanie „uzasadniony przypadek”, o którym jest mowa w omawianym przepisie, ma miejsce wtedy, gdy zastosowanie negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki będzie oparte na obiektywnych racjach oraz poparte argumentami i dowodami uzasadniającymi takie postępowanie zamawiającego. Wynika z tego, że zamawiający nie może powoływać się na subiektywne przekonania, twierdzenia niepoparte dowodami, jak również na okoliczności, które zostały spowodowane jego własnym działaniem.

Należy zaznaczyć, że uzasadnienie wyboru trybu niekonkurencyjnego należy uznać za wystarczające nie wtedy, gdy zamawiający udowodni istnienie korzyści wynikających z zastosowania trybu bez ogłoszenia, lecz gdy uprawdopodobni, że zastosowanie innego trybu tworzy możliwość powstania skutków niekorzystnych, jest niecelowe, trudne czy wręcz niemożliwe do przeprowadzenia. Sformułowanie ustawy „mogłoby” pozwala na rezygnację z innych trybów, gdy zamawiający wykaże podstawy do przypuszczeń, że konsekwencją zastosowania takich trybów byłyby okoliczności wskazywane w art. 5 ust. 1a pkt 1–4 ustawy Pzp. Uprawdopodobniona możliwość ich powstania jest wystarczającym powodem do stosowania trybów negocjacyjnych. Ponadto, niezbędne jest wykazanie nie tylko celowości odstąpienia od trybów podstawowych (trybu przetargu nieograniczonego oraz ograniczonego), ale również od negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i licytacji elektronicznej, a także niemożności zastosowania trybu zapytania o cenę.

Ustosunkowując się do wykazania przez zamawiającego spełnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, zarówno w zakresie ogólnej obsługi prawnej jak i kontroli zamówień publicznych, należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu nie jest możliwa jednoznaczna i definitywna ocena, jakoby nie dało się znaleźć żadnej kancelarii prawniczej poza wybraną przez zamawiającego, która byłaby kompetentna jednocześnie w dziedzinie kontroli zamówień publicznych i obsługi prawnej jednostki sektora finansów publicznych. Tylko takie stwierdzenie uzasadniałoby w pełni tryb zastosowany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Nie jest możliwe takie stwierdzenie bez uprzedniego zastosowania trybu konkurencyjnego, który pozwala na zapoznanie się z ofertami wielu podmiotów i tym samym wybór najkorzystniejszej z punktu widzenia zamawiającego oferty.

Ponadto, usługi prawnicze z dziedziny zamówień publicznych czy obsługa prawna jednostek sektora finansów publicznych nie stanowią wyjątkowo specyficznej materii, dlatego nie można subiektywnie i z góry założyć, że żaden inny podmiot, poza świadczącym usługi dotychczas, nie podoła zawilej – według zamawiającego – dziedzinie. Szczególnie, że w przypadku publicznego ogłoszenia mogłyby zgłosić się podmioty ze znacznie większego

obszaru niż miejscowość właściwa dla zamawiającego, jak to miało miejsce przy nieformalnych zapytaniach o cenę.

Zamawiający podniósł również argument konieczności terminowej realizacji zadań. Jednym z podstawowych warunków zastosowania art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy jest wykazanie, że krótkie terminy realizacji zadań zostały narzucone zamawiającemu bez jego winy. Należy jednak w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy przy zastosowaniu trybów konkurencyjnych zamawiający może zastosować wszystkie dopuszczone przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe uproszczenia proceduralne, dotyczące m.in.:

- skrócenia terminów składania wniosków albo ofert;
- braku obowiązku żądania dokumentów;
- uchylecia zakazu posługiwania się kryteriami oceny ofert dotyczącymi właściwości wykonawcy.

Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi niepriorytetowe prowadzone w trybie konkurencyjnym może zostać znacząco skrócone i tym samym umożliwić terminową realizację zadań.

Ponadto, zamawiający musiał mieć wiedzę o przewidywanej nowelizacji ustawy o finansach publicznych, która spowoduje konieczność zmian organizacyjno-prawnych jednostki, jak również wiedział o kończącym się terminie trwania umowy na obsługę prawną. Trudno więc uznać za zasadny argument o potrzebie terminowej realizacji zadań, który powstał bez winy zamawiającego.

Za nieprawidłową należy także uznać argumentację zamawiającego, że zasadne było dokonanie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, ponieważ współpraca z innym podmiotem nie spełniła oczekiwań zamawiającego. Nie można *a priori* założyć, że wykonawca inny niż preferowany przez zamawiającego nie spełni oczekiwań tylko dlatego, że poprzednio wybrana (również w trybie niekonkurencyjnym i tylko na podstawie kryterium ceny) kancelaria nie wywiązała się prawidłowo z zadania powierzonego przez zamawiającego.

Należy odrzucić argument zamawiającego, zgodnie z którym nie zastosował on otwartego trybu na udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ obawiał się wykorzystania przez wykonawców potencjału podmiotów trzecich, a w konsekwencji braku możliwości zweryfikowania faktycznego doświadczenia i wiedzy podmiotu, który realizowałby zamówienie. Obawy zamawiającego przed ewentualnym wyborem wykonawcy, który nie posiadałby właściwych kompetencji, a posłużył się potencjałem innego podmiotu w celu wygrania przetargu, były nieuzasadnione. Wybrany wykonawca musiałby wykazać, że faktycznie będzie dysponował doświadczeniem i wiedzą podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia. Ponadto, niedopuszczalne jest, aby zamawiający w celu omięcia niektórych przepisów ustawy Pzp stosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

Reasumując, tryb zamówienia z wolnej ręki, jako tryb niekonkurencyjny, powinien być stosowany ze szczególną rozwagą, wyłącznie w sytuacjach spełniających przesłanki ustawowe, gdy jednocześnie niecelowe czy znacząco utrudnione byłoby przeprowadzenie postępowania poprzedzonego ogłoszeniem. W przedmiotowej sprawie zamawiający polegał na subiektywnym przekonaniu, że tylko jeden podmiot jest w stanie efektywnie zrealizować cel postępowania. Nie wykazał zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 5 ust 1a pkt 1 i pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki stanowi naruszenie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 37/11).

IV.2.12. Przedmiot zamówienia: pełnienie nadzoru inwestorskiego

Wartość zamówienia: 109.561 zł (28.258 euro)

Tryb: zapytanie o cenę

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Przedmiotem niniejszego zamówienia było pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej na terenie miasta i gminy”.

Jako podstawę udzielenia niniejszego zamówienia zamawiający wybrał tryb zapytania o cenę, a jako uzasadnienie zastosowania niniejszego trybu zamawiający podał treść art. 70 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zgodnie z art. 70 ustawy, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Do kategorii usług, określonych w art. 70 ustawy Pzp w szczególności nie można zaliczyć usług pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, albowiem funkcja ta może być pełniona wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane w zakresie pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego w danej specjalności. Przy wykonywaniu przedmiotowej usługi istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania oraz wielkości do tej, na której nadzór ma być pełniony. W konsekwencji, konkretnej usługi nadzoru inwestorskiego nie może świadczyć każdy podmiot działający w branży, lecz tylko te podmioty, które spełniają, poza posiadaniem uprawnień budowlanych, także inne warunki udziału w postępowaniu, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia o czym świadczy też fakt, że zamawiający wymagał w niniejszym postępowaniu wykazania przez wykonawców odpowiedniego doświadczenia. Ponadto, nie ma podstaw do uznania, iż usługa nadzoru inwestorskiego posiada ustalone standardy jakościowe. Niewątpliwie przepisy prawa budowlanego określają zadania i obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres jest określony w umowie zawartej z inwestorem, a z kolei postanowienia umowy wynikają przede wszystkim z charakteru inwestycji, na której inspektor będzie pełnił swoje obowiązki. Stąd też, nie można twierdzić, iż usługa nadzoru inwestorskiego może mieć charakter typowy, standardowy i z tego powodu posiadać ustalone standardy jakościowe.

Ponadto, należy zauważyć, że w treści art. 10 ustawy Pzp został określony zamknięty katalog trybów, w których może być udzielone zamówienie publiczne. Jednocześnie – w myśl art. 10 ust. 1 ustawy Pzp – zasadą jest, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Oznacza to, iż podmiot udzielający zamówienia powinien stosować przede wszystkim te tryby. W uzasadnionych przypadkach, ale tylko w okolicznościach przewidzianych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp), zamawiający może korzystać z innych trybów udzielania zamówień. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zastosowanie trybów niekonkurencyjnych, a więc także trybu zapytania o cenę, dopuszczalne jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach, które muszą być interpretowane w sposób ścisły.

Reasumując, udzielając zamówienia na pełnienie nadzoru inwestorskiego w trybie zapytania o cenę, zamawiający naruszył art. 70 ustawy Pzp, z uwagi na niespełnienie przesłanek powszechnej dostępności oraz ustalonych standardów usługi, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż zamawiający powinien był zastosować jeden z trybów konkurencyjnych przewidzianych przez ustawę. Zaniechanie tego obowiązku spowodowało niezamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu a w konsekwencji naruszenie art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 49/11).

IV.2.13. Przedmiot zamówienia: świadczenie usług wsparcia w ilości 1500 roboczogodzin

Wartość zamówienia: 327.868 zł (84.565 euro)

Tryb: zapytanie o cenę

Projekt z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Zgodnie z treścią art. 70 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu było *świadczenie usług wsparcia w ilości 1500 roboczogodzin*. Do zadań wykonawcy należało m.in. wsparcie w zakresie procedur i zasad inicjowania i monitorowania współpracy zamawiającego z otoczeniem informacyjnym ochrony zdrowia, w tym przede wszystkim z systemami ponadsektorowymi i bazowymi administracji rządowej oraz administracji samorządowej. Do zadań wykonawcy w zakresie przedmiotu zamówienia należało również udzielanie wsparcia w zakresie wpływu zmian legislacyjnych dotyczących ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. nr 64 poz. 565 ze zm.), oraz ustawy z dnia 15 listopada 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. nr 130 poz. 1450 ze zm.) na inicjowane przez zamawiającego procesy informatyzacji ochrony zdrowia, a także udzielenie wsparcia w zakresie identyfikacji i opisu procedur przygotowawczych do monitorowania i ograniczania ryzyk projektowych wynikających z wrażliwości danych medycznych.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż tak określona usługa jest usługą powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Usługa wsparcia w wyżej opisanym zakresie wymaga posiadania kompleksowej wiedzy, doświadczenia i umiejętności z wielu dziedzin. Polega na przeprowadzaniu spotkań konsultacyjnych, opracowaniu materiałów informacyjnych, jak również na wypracowaniu rozwiązań instytucjonalnych w zakresie informatyzacji ochrony zdrowia. Co więcej, wymaga znajomości projektów informatycznych, systemów teleinformatycznych (np. elektronicznej platformy usług administracji publicznej ePUAP), środków komunikacji elektronicznej oraz problematyki dotyczącej elektronicznego podpisu dokumentów, o których mowa w ww. ustawie z dnia 15 listopada 2001 r. o podpisie elektronicznym.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż usługa wsparcia w wyżej opisanym zakresie będąca przedmiotem niniejszego postępowania nie może być uznana za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Nie charakteryzuje jej bowiem powszechna dostępność oraz nie istnieją przeciętne (typowe, standardowe) wzorce jej wykonywania. Usługa ta nie może być spełniona przez dowolnego wykonawcę, lecz wyłącznie przez podmioty zatrudniające osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje.

Reasumując, udzielając zamówienia w trybie zapytania o cenę, zamawiający naruszył art. 70 ustawy, z uwagi na niespełnienie przesłanek powszechnej dostępności usługi oraz ustalonych standardów usługi. Zgodnie z ustawą, zamawiający powinien był zastosować konkurencyjny tryb przetargu nieograniczonego lub ograniczonego zgodnie z właściwymi przepisami, obligującymi go m. in. do zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Nieprawidłowe udzielenie zamówienia w trybie zapytania o cenę, z uwagi na niespełnienie przesłanek powszechnej dostępności usługi oraz ustalonych standardów usługi, stanowi naruszenie art. 70 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 104/11).

IV.2.14. Przedmiot zamówienia: pomoc finansowo - organizacyjna

Wartość zamówienia: 730.600 zł (188.439 euro)

Tryb: zapytanie o cenę

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Stosownie do art. 70 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest

mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z uwagi na pozaprzetargowy charakter zapytania o cenę, przesłanki jego zastosowania powinny być interpretowane w sposób ścisły, a wszelkie wątpliwości co do zasadności udzielania zamówienia w tym trybie powinny przemawiać za zastosowaniem procedury otwartej tj. przetargiem nieograniczonym bądź ograniczonym.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, iż do kategorii usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych nie można zakwalifikować m. in.:

- zarządzania i rozliczania projektów unijnych z uwagi na ich profesjonalny charakter oraz wymóg posiadania fachowej wiedzy,
- usług szkoleniowych, albowiem wymagają od podmiotów oferujących ich wykonanie szczególnych cech bądź kwalifikacji odpowiadających ich przedmiotowi.

Przedmiot zamówienia w postaci pomocy technicznej dla Jednostki Realizującej Projekt, która obejmuje takie usługi jak opracowanie struktury i procedur organizacyjnych JRP, opracowanie wewnętrznych procedur dla zamówień, opracowanie kodów księgowych, przeprowadzenie szeregu specjalistycznych szkoleń oraz sprawdzanie i nadzór nad przygotowaniem rozliczeń inwestycji realizowanej w ramach POIiŚ, należy do kategorii usług, do których wykonania niezbędne jest posiadanie przez wykonawców odpowiednich kwalifikacji, w tym w szczególności dysponowanie doświadczonym i wykwalifikowanym personelem zdolnym do wykonania zamówienia. Świadczą o tym również warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w SIWZ, w których zamawiający wymagał od wykonawców m.in. posiadania doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na prowadzeniu księgowości dla podmiotów prawa handlowego - przez okres co najmniej 1 roku dla co najmniej 1 podmiotu, lub co najmniej 1 usługi polegającej na przeprowadzeniu procedury organizacyjnej dla Jednostki Realizującej Projekt albo jednostki organizacyjnej gminy albo zakładu budżetowego, lub co najmniej 1 usługi polegającej na przeprowadzeniu szkolenia z zakresu pomocy dla Jednostki Realizującej Projekt. Zamawiający również wymagał w SIWZ dysponowania wykwalifikowanym personelem z odpowiednimi uprawnieniami do realizacji zamówienia, tj. głównym księgowym z doświadczeniem 3 letnim lub posiadającym uprawnienia do usługowego prowadzenia ksiąg podatkowych oraz specjalistą ds. środków unijnych, który uczestniczył w co najmniej 1 zespole realizującym inwestycję przy współudziale Jednostki Realizującej Projekt, po stronie Jednostki Realizującej Projekt, Inżyniera Kontraktu, Pomocy Technicznej dla JRP lub Zespole szkoleniowym realizującym szkolenie w zakresie pomocy technicznej dla JRP.

Reasumując należy wskazać, iż katalog usług objęty przedmiotem zamówienia nie mieści się w kategorii usług powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, o których mowa w art. 70 ustawy Pzp, zatem udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie zapytania o cenę nastąpiło niezgodnie z przesłankami jego zastosowania określonymi w ww. przepisie, co stanowi naruszenie ww. przepisu.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 74/11).

IV.3. Naruszenia dotyczące oceny ofert.

IV.3.1. Przedmiot zamówienia: dostawa pięciu fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych

Wartość zamówienia: 85.040.983 zł (22.151.858 euro)

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego

Zgodnie z opisem sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawcy mieli wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym

okresie, dostarczyli nie mniej niż 3 fabrycznie nowe elektryczne zespoły trakcyjne (EZT) o łącznej wartości nie mniejszej niż 36 000 000,00 PLN brutto, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, wydane na czas nieokreślony lub określony przez UTK lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej lub państwie, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160km/h.

Wybrany wykonawca – NEWAG S.A. na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku wykazał dostawę czterech fabrycznie nowych EZT (19WE). Wykonawca w tabeli zrealizowanych dostaw jako odbiorcę wpisał ING Lease (Polska) Sp. z o.o. oraz dołączył potwierdzenie należytego wykonania ww. dostaw wystawione i podpisane przez ING Lease (Polska) Sp. z o.o.

Na wybór najkorzystniejszej oferty zostało złożone odwołanie przez innego wykonawcę. Należy zwrócić uwagę, że do ww. odwołania została dołączona umowa z dnia 19.08.2009 r. zawarta pomiędzy Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o., a Konsorcjum Spółek: ING Lease (Polska) Sp. z o.o. oraz NEWAG S.A. na leasing finansowy. Z ww. umowy wynika, że ING Lease (Polska) Sp. z o.o. wspólnie z NEWAG S.A. realizowała zamówienie na dostawę ww. 4 EZT, a zatem była konsorcjantem NEWAG S.A., natomiast odbiorcą EZT była Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. Również zamawiający w toku niniejszego postępowania pismem z dnia 21.04.2011 r. zwrócił się m.in. o potwierdzenie, że dostarczone EZT wykonują obecnie pracę przewozową z wykorzystaniem prędkości eksploatacyjnej 160 km/h, do SKM Sp. z o.o. jako odbiorcy pojazdów.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający żąda wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Podkreślenia wymaga, iż brak jest definicji ustawowej dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia publicznego. Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia). Potwierdzenie należytego wykonania zamówienia może być zatem wskazywane za pomocą różnych dokumentów, nie tylko referencji, np. protokołów odbioru, adnotacji na wystawionej fakturze, kopii faktur wraz z dokumentami potwierdzającymi ich zapłacenie oraz innych dokumentów zwyczajowo przyjętych w stosunkach gospodarczych. W sytuacji, gdy zamawiający odmawia wystawienia referencji za zrealizowane zamówienie publiczne, wykonawca może posłużyć się innymi dokumentami, z których wynika, iż zamówienie zostało wykonane z należyłą starannością.

Powyższe nie oznacza jednak, że potwierdzającym należyte wykonanie dostaw może być dowolny podmiot. Aby bowiem potwierdzenie to było wiarygodne, a zatem spełniało funkcję udowodnienia doświadczenia wykonawcy, musi być wydane przez podmiot, dla którego dostawy były wykonane lub inny bezstronny podmiot dysponujący wiedzą na temat sposobu wykonania tych dostaw.

Przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia należy także interpretować w świetle prawa wspólnotowego, które w tym wypadku wprowadzić nie zostało doprecyzowane w dyrektywie 2004/17/WE, ale w dyrektywie 2004/18/WE, w art. 48 ust. 2 pkt a) ii), zgodnie z którym dowody dostaw i usług należy przedstawić:

- w przypadku, gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca – w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ;

- w przypadku, gdy odbiorcą był nabywca prywatny – w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy.

Oznacza to, że jedynie w przypadku wykazywania doświadczenia w zakresie dostaw realizowanych dla podmiotów prywatnych wykonawca może złożyć własne oświadczenie. Natomiast w przypadku realizacji dostaw dla instytucji zamawiającej, wykonawca zobowiązany jest złożyć zaświadczenie wydane przez właściwy organ, czyli przez samą instytucję lub inny organ dysponujący wiedzą co do jakości wykonanych dostaw.

Odnosząc powyższe uregulowanie do niniejszej sprawy należy stwierdzić, że niedopuszczalne jest potwierdzenie prawidłowości wykonanych dostaw przez ich wykonawcę, w tym wypadku – konsorcjanta wykonawcy. W świetle § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, wykonawca powinien przedstawić potwierdzenie należytego wykonania dostaw wystawione przez ich odbiorcę, czyli przez SKM Sp. z o.o. W sytuacji, gdy wybrany wykonawca nie złożył takiego potwierdzenia, wystawionego przez odbiorcę dostaw, zamawiający zobowiązany był do wezwania go do uzupełnienia ww. dokumentu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zaniechanie wezwania wykonawcy - NEWAG S.A. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw wystawionego przez ich odbiorcę stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił wezwanie wykonawcy - NEWAG S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie ww. warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, w tym - uzupełnienia dokumentu potwierdzającego przez odbiorcę dostaw ich należyte wykonanie. W przypadku nieuzupełnienia przez wykonawcę takiego dokumentu, zalecono wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, wykonawcy - NEWAG S.A. z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

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

IV.3.2. Przedmiot zamówienia: budowa obiektów małej retencji

Wartość zamówienia: 514.780 zł (134.092 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz SIWZ zamawiający żądał: „dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz co najmniej 5 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy”.

W formularzu oferty wykonawca złożył oświadczenie o posiadaniu wymaganych dokumentów. Natomiast ze złożonego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu

zamówienia, wynika, iż Pan Zbigniew G., który ma zostać zatrudniony na stanowisku kierownika budowy posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji obejmującej kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie budowy i robót w specjalności wodno-melioracyjnej w pełnym zakresie, a nie jak wymagał tego zamawiający w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń.

Pan Zbigniew G. uzyskał stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w dniu 10 czerwca 1986 r. na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz.46).

Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 2 i 5 ww. rozporządzenia, w brzmieniu obowiązującym na dzień 10 czerwca 1986 r., „organ administracji państwowej stopnia powiatowego stwierdza posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy i robót (...), w specjalnościach techniczno-budowlanych:

- pkt 2) konstrukcyjno-budowlanej - obejmującej budynki oraz inne budowle nie wymienione w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej oraz wodno-melioracyjnej,
- pkt 5) wodno-melioracyjnej - obejmującej również ujęcia wód”.

Powyższe wskazuje, iż specjalność konstrukcyjno-budowlana oraz specjalność wodno-melioracyjna są to dwie odrębne od siebie specjalności. Zatem nie można uznać, że Pan Zbigniew G. posiadający uprawnienia w specjalności wodno-melioracyjnej posiada uprawnienia budowlane równoważne wymaganym przez zamawiającego, tj. w specjalności w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wzywa w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień, z których nie wynika, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Przy czym zgodnie z ugruntowanym poglądem zarówno doktryny jak i orzecznictwa, przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się nie tylko do formalnej zawartości dokumentu czy oświadczenia, ale także do jego merytorycznej treści. Dlatego dokument niepotwierdzający warunków należy uznać za dokument błędny i jako taki podlegający uzupełnieniu (por. wyrok KIO z 20.03.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 207/08). Jednocześnie należy zaznaczyć, iż istnieje możliwość uzupełnienia uprawnień dla nowej osoby, nie ujętej w pierwotnie złożonym wykazie osób.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu zalecił zamawiającemu wezwanie wykonawcy, zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie, czy poza dołączonymi do oferty uprawnieniami wodno-melioracyjnymi pan Zbigniew G. posiada także wymagane uprawnienia konstrukcyjno-budowlane. W przypadku odpowiedzi negatywnej zalecono zamawiającemu wezwanie wykonawcy, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą przewidzianą do pełnienia funkcji kierownika budowy, tj. osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz co najmniej 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy. W przypadku nieuzupełnienia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku zalecono wykluczenie tegoż

wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

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

IV.3.3. Przedmiot zamówienia: rozbudowa drogi wojewódzkiej
Wartość zamówienia: 89.327.790 zł (23.268.504 euro)
Projekt z Programu Operacyjnego Warmia i Mazury

Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, że wykonawca winien być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 3 000 000 PLN. W celu potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku zamawiający zażądał, zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. nr 226, poz. 1817), przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W toku kontroli stwierdzono, iż do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konsorcjum firm FC. załączył zaświadczenie z dnia 4 marca 2011r. wystawione przez Aon Risk Services Construccion S.A.U. Pośrednictwo Ubezpieczeniowe, z którego wynika, iż ww. spółka posiada ważną polisę od Ogólnej Odpowiedzialności Cywilnej i Odpowiedzialności Cywilnej Pracodawcy zawartą z Towarzystwem Ubezpieczeniowym. We wniosku brak jest jednak ww. polisy.

W piśmie z dnia 29 listopada 2010 r. zamawiający wyjaśnił, że „przyjął zaświadczenie o posiadaniu ważnej polisy od Ogólnej Odpowiedzialności Cywilnej Pracodawcy podpisane w oryginale przez Dyrektora ARS Construccion SAU, jako inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Należy zauważyć, iż zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 ww. rozporządzenia w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda 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.

Mając na uwadze ww. przepis należy wskazać, że każdy wykonawca uprawniony jest do złożenia zamiast opłaconej polisy ubezpieczeniowej innego dokumentu potwierdzającego fakt ubezpieczenia wykonawcy przy jednoczesnym spełnieniu wymagania braku polisy po stronie wykonawcy. Albowiem to na wykonawcy, który zobowiązany jest do udowodnienia, iż spełnia określone w siwz wymagania ciąży obowiązek wykazania w przypadku, gdy składa inny dokument na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności ekonomicznej niż polisa ubezpieczeniowa, że nie posiada polisy ubezpieczeniowej.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zaniechanie powyższego obowiązku, tj. nie wezwanie przez zamawiającego wykonawcy - konsorcjum firm FC. do uzupełnienia

dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w opisanym powyżej zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do ww. naruszenia ustawy Pzp oraz mając na uwadze fakt, że oferta ww. wykonawcy - konsorcjum firm FC. - została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił zamawiającemu wezwanie wykonawcy zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu, tj. opłaconej polisy.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 109/11). Zamawiający wykonał zalecenie pokontrolne.

IV.3.4. Przedmiot zamówienia: budowa drogi powiatowej

Wartość zamówienia: 570.750 zł (147.211 euro)

Zamówienie nie finansowane ze środków UE

W pkt 9.1 d) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polegającego na zrealizowaniu w ciągu ostatnich pięciu lat co najmniej 2 zadań odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, zamawiający żądał przedłożenia przez wykonawców w ofercie „*wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie*”. Podkreślenia wymaga, iż zamawiający nie wskazał w SIWZ jakie roboty uzna za odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest budowa drogi powiatowej. Ponadto, zamawiający w pkt 3 SIWZ zapisał, iż w ramach budowy planuje się wykonanie: prac przygotowawczych, roboty naziemne, odwodnienie, podbudowę, nawierzchnię.

W celu potwierdzenia spełniania określonego przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca Z. przedłożył wraz z ofertą „Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat robót budowlanych” oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie następujących zadań:

1. „Modernizację drogi dojazdowej do gruntów rolnych”. W ramach zadania wykonawca wykazał się wykonaniem robót ziemnych, warstwy odsączającej, podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem, warstwy wiążącej, powierzchniowego utrwalenia emulsją asfaltową i grysami bazaltowymi, zjazdów na posesje oraz do gruntów rolnych o nawierzchni żwirowej;
2. „Budowę drogi gminnej”. W ramach zadania wykonawca wykonał następujące prace: profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcyjne, podbudowę gr. 15 cm z kruszyw łamanych, podbudowę gr. 10 cm z kruszyw łamanych, nawierzchnie z mieszanek mineralno – bitumicznych warstwa wiążąca, nawierzchnie z mieszanek mineralno – bitumicznych warstwa ścieralna.

Zamawiający pismem z dnia 26 marca 2009 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia Wykazu o roboty odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia zgodnie z pkt 8 SIWZ, ze względu na fakt, iż wskazane przez wykonawcę roboty oraz załączone referencje nie odpowiadały w pełni warunkom w zakresie wykonania podbudowy zgodnie z projektem budowlanym, przedmiarem robót i kosztorysem ofertowym.

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wykonawca przedłożył dodatkowe referencje, które w jego opinii potwierdzały spełnienie warunku w zakresie

doświadczenia dotyczące wykonania podbudów takich jak w projekcie budowlanym, protokół odbioru i przekazania do użytkowania oraz protokół odbioru końcowego inwestycji.

W piśmie z dnia 31 marca 2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Z. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przy czym należy zauważyć, iż zgodnie z art. 24 ustawy sankcją za niespełnienie warunku udziału w postępowaniu jest wykluczenie z postępowania. W uzasadnieniu odrzucenia oraz wyjaśnieniach przekazanych do UZP zamawiający podniósł, iż podstawą odrzucenia było niespełnienie warunku określonego w pkt 8.2c SIWZ. W opinii zamawiającego wykonawca nie zrealizował w okresie ostatnich pięciu lat co najmniej dwóch zadań odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. W opinii zamawiającego „wykonawca w złożonej ofercie oraz w dokumentach przesłanych na wezwanie do ich uzupełnienia nie przedstawił wykonania robót w zakresie podbudowy odpowiadającym robotom zgodnie z projektem budowlanym, przedmiarem robót, kosztorysem ofertowym i Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót.

Zamawiający precyzując normę o charakterze blankietowym zawartą w art. 22 ust. 1 ustawy wskazuje, jakie warunki uzna za wystarczające dla zapewnienia wykonania zamówienia. W celu weryfikacji spełnienia ustalonych przez siebie warunków zamawiający żąda oświadczeń i dokumentów na ich potwierdzenie. Mając na uwadze zapisy SIWZ wskazać należy, iż zamawiający nie sprecyzował, co rozumie pod pojęciem „robót odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”. W wyroku z dnia 18 grudnia 2007 r. (KIO/UZP 1422/07) KIO uznała, że już z samego brzmienia § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wynika, iż wolą ustawodawcy było objęcie jego dyspozycją usług i dostaw, niekoniecznie tożsamy z przedmiotem zamówienia. Sformułowanie „odpowiadających swoim rodzajem” oznacza, iż wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie i charakterze.

Zatem, jeżeli zamawiający nie sprecyzował, jakim konkretnie rodzajem oraz jaką wielkością robót mieli wykazać się wykonawcy, w przypadku gdy przedmiotem zamówienia była budowa drogi, to dokonując oceny doświadczenia wykonawców należało odnieść się jedynie do charakteru oraz wielkości wskazanych robót w ogólności.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż zamawiający w związku z nieuzasadnionym odrzuceniem oferty wykonawcy Z. naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie należy zauważyć, że niezasadnie odrzucona oferta była najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

- IV.3.5. Przedmiot zamówienia:** wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych; wiadukty drogowe, wiadukty kolejowe
Wartość zamówienia: 71.566.395 zł (18.641.936 euro)
Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Jak wynika z siwz, w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej w zakresie doświadczenia Zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o ww. zamówienie wykazał się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zamówienia lub zamówień obejmujących łącznie budowę lub przebudowę co najmniej 5 obiektów typu: most lub wiadukt o rozpiętości przęsła co najmniej 20 m., w tym co najmniej 1 (jeden) wiadukt kolejowy. Na potwierdzenie powyższego warunku zdolności technicznej wykonawcy zobowiązani byli przedstawić wykaz wykonanych robót – w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – z podaniem ich ilości, przedmiotu, dat wykonania i Zamawiających,

oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie (sporządzone zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ). Jeżeli wykonawca polegałby na doświadczeniu innych podmiotów, to zobowiązany był przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu wybrany wykonawca w załączniku nr 6 do oferty tj. w wykazie wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat zamówień wykazał się doświadczeniem podmiotu trzeciego polegającym na budowie mostów i wiaduktów realizowanych w ramach budowy autostrady D1. Podmiot trzeci złożył także oświadczenie o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Jednakże w załączniku nr 8 do oferty tj. w wykazie robót przeznaczonych do podwykonania, wykonawca nie wskazał robót polegających na budowie lub przebudowie obiektów typu most lub wiadukt jako robót, które zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom, pomimo braku posiadania samodzielnie takiego doświadczenia. Z oferty nie wynika także, w jaki inny sposób podmiot trzeci zamierza udostępnić wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Należy zauważyć, że z dokumentów dołączonych do oferty wykonawcy nie wynika, jakimi zasobami związanymi z wiedzą i doświadczeniem dysponuje wykonawca oraz czy są to zasoby niezbędne do realizacji 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.

W opisanej sytuacji zamawiający, wobec zaniechania obowiązku wykazania przez ww. wykonawcę, w jaki sposób będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia, zobowiązany był zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w zakresie dostępnych mu zasobów podmiotu trzeciego. Zaniechanie zamawiającego w tej sprawie narusza art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że ww. oferta została uznana za najkorzystniejszą Prezes Urzędu zalecił, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień o sposobie dysponowania wiedzą i doświadczeniem firmy VAHOSTAV – SK w zakresie doświadczenia w budowie mostów i wiaduktów na etapie realizacji zamówienia. W przypadku udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień, które nie będą wykazywały dysponowania wiedzą i doświadczeniem, Prezes Urzędu zalecił wezwanie wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, doświadczenia w realizacji zamówienia lub zamówień obejmujących łącznie budowę lub przebudowę co najmniej 5 obiektów typu: most lub wiadukt o rozpiętości przęsła co najmniej 20 m., w tym co najmniej 1 wiadukt kolejowy.

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

IV.3.6. Przedmiot zamówienia: Remont i rozbudowa świetlicy wiejskiej

Wartość zamówienia: 544.552 zł (141.847 euro)

Projekt z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż pismami z dnia 15 marca 2011 r. zamawiający zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wykonawców W. oraz Z. m.in. o *podanie wykazu osób, które posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności, posiadają niezbędną wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje do wykonania zamówienia.*

Należy zatem zauważyć, że zamawiający wezwał ww. wykonawców o uzupełnienie ww. dokumentu, natomiast z dokumentacji przedmiotowego postępowania nie wynika, aby zamawiający wymagał od wykonawców w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz przedłożenia ww. dokumentu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W toku kontroli zamawiający wyjaśnił, iż „stosownie do (...) rozdziału VI ust. 2 siwz (...), komisja przetargowa na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy uważała, że na tym etapie należy wezwać wykonawców o (...) podanie osób, które posiadają niezbędną wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje do wykonania zamówienia”. Należy jednak wskazać, iż wyżej przywołany przez zamawiającego zapis rozdziału VI ust. 2 siwz informuje jedynie wykonawców, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „*posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia*”, nie zawiera natomiast opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (tj. oświadczeń i dokumentów wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego), lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne było unieważnienie postępowania. Tym samym, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1. warunków udziału w postępowaniu;
2. przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Należy zatem wskazać, iż zamawiający nie może wzywać wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów, których wcześniej nie wymagano w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie są to w takim przypadku dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, wezwanie ww. wykonawców do uzupełnienia dokumentów, których wykonawca nie wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym samym postępowaniu, pismem z dnia 22 marca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Z. z ceną 500.000,01 zł oraz o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy B. z ceną 436.169,19 zł, gdzie jako uzasadnienie zamawiający wskazał, iż „w kosztorysie ofertowym wyposażenie budynku w poz. Lp.1. przyjęto 1 stół na wartość 1.661,00 zł – niezgodnie z przedmiarem robót, gdzie podano 15 sztuk stołów i wartością obliczoną w kosztorysie inwestorskim w kwocie 23.240,00 zł.” Z kosztorysu ofertowego ww. wykonawcy wynika, iż ceną jednostkową za stół, było 1.660,00 zł, a nie 1.661,00 zł.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona.

W przedmiotowym stanie faktycznym błąd w pozycji przedmiarowej nr Lp.1. miał charakter omyłki, o jakiej mowa w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Różnica kwoty wskazanej przez wykonawcę B. w ww. pozycji kosztorysu ofertowego, tj. 1.660,00 zł a kwotą, która winna zostać prawidłowo wyliczona, (przy uwzględnieniu 15 szt. stołów), tj. 24.900,00 zł wyniosła 23.240,00 zł. Jak wynika z powyższego, cena zaoferowana przez ww. wykonawcę wzrosła z 436.469,19 zł, do kwoty 459.709,19 zł. Niemniej jednak cena zaproponowana przez wykonawcę w dalszym ciągu byłaby niższa niż cena oferty ostatecznie wybranej jako najkorzystniejsza.

Należy zatem stwierdzić, że poprawienie przez zamawiającego pozycji przedmiarowej dotyczącej ilości stołów, nie miało charakteru znaczącego w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotowego postępowania i bez wątplenia nie ingerowałoby w sposób istotny w treść złożonej oferty. Tym samym zamawiający poprzez odrzucenie oferty wykonawcy B. naruszył dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego odrzucenia najkorzystniejszej oferty w świetle jedynego kryterium – ceny i do wyboru oferty droższej.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

IV.3.7. Przedmiot zamówienia: Budowa budynku socjalno - dydaktycznego

Wartość zamówienia: 3.074.867 zł (793.084 euro)

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego

Z analizy dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż pismem z dnia 9 grudnia 2008 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty z ceną 3.746.380,03 zł. W tym samym dniu zamawiający zawiadomił o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy R. z ceną 3.365.500,81 zł, gdzie jako uzasadnienie zamawiający wskazał, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz. Z dokumentacji postępowania wynika, że w kosztorysie wykonawcy R. w poz. 19 wykonawca przyjął do wyceny 16 szt. kuchenek, a powinno być 18, w pozycji 18 wykonawca zaoferował zaprawę wapienno – cementową, a nie jak tego wymagał zamawiający zaprawę SOPRO lub inną o podobnych właściwościach, w poz. 59 i 86 nie został wyszczególniony rodzaj użytej zaprawy, w poz. 68 przyjęto złe ilości do wyceny folii (powinno być 413,64 a jest 652,20), w poz. 127 wykonawca przyjął rozebranie chodników, wysepki i przejść, a nie wskazał odtworzenia tych ciągów, w poz. 134 i 135 zamiast 38 m i 34 m rur wyceniono długość 68 m, i 38 m, w poz. 157 kosztorysie wyceniono 9 przejść a powinno być 4.

Odnosząc się do uzasadnienia zamawiającego dotyczącego odrzucenia oferty firmy R., należy wskazać na przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, który przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji, obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt 2 wskazana została okoliczność, kiedy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posłużyć się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.). Z brzmienia tego przepisu wynika, iż *ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy*. Z tego wynika, iż oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w siwz, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany przede wszystkim co do zakresu, sposobu czy terminu wykonania zamówienia. Należy też zwrócić

uwagę, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści siwz, jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona. W przedmiotowym stanie faktycznym błędy w ofercie wykonawcy R. miały charakter omyłek, o których mowa w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawienie przez zamawiającego pozycji przedmiarowych dotyczących ilości, długości czy uzupełnienie opisu pozycji nie miałyby charakteru znaczącego i bez wątplenia nie ingerowałyby w sposób istotny w treść złożonej oferty. Przykładowo wykonawca wskazał 16 sztuk kuchenek z ceną jednostkową 1100 PLN, zatem poprawienie omyłki poprzez przeliczenie ww. ceny jednostkowej dla 18 sztuk kuchenek zmieniłoby cenę oferty jedynie o 2200 PLN, przy czym w świetle całego przedmiotu zamówienia kuchenki nie są najbardziej znaczącym jego elementem. Tym samym należy uznać, iż zamawiający był zobligowany do poprawienia omyłek i niezwłocznego zawiadomienia o tym ww. wykonawcy, gdyż ww. omyłki stanowiły niezgodność treści oferty z treścią siwz, możliwą w okolicznościach niniejszego postępowania, do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Reasumując, należy stwierdzić, iż zamawiający poprzez odrzucenie oferty wykonawcy R. naruszył dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty korzystniejszej cenowo od oferty uznanej w tym postępowaniu za najkorzystniejszą (jedynym kryterium oceny ofert była cena). Dodatkowo należy wskazać, że również w innych ofertach znajdowały się analogiczne omyłki, które mogły być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 87/11).

IV.3.8. Przedmiot zamówienia: budowa sieci kanalizacyjnej

Wartość zamówienia: 46.428.991 zł (12.094.033 euro)

Projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Zgodnie z postanowieniami siwz, w ramach prowadzonej procedury zamawiający zobowiązał wykonawców do sporządzenia oferty w dwóch egzemplarzach (1 oryginał i 1 kopia – może być kserokopia oryginału). Jak wynika z przekazanej dokumentacji postępowania w ofercie złożonej przez konsorcjum firm: AG. wystąpiły różnice pomiędzy dwoma złożonymi egzemplarzami oferty - w oryginale oferty brakuje wycenionego przedmiaru robót, rozdział: „Instalacje elektryczne – zasilanie pompowni”, ponadto oryginał oferty zawiera dwukrotnie wyceniony przedmiar, tj. rozdział „Skrzyżowanie z drogami powiatowymi”, przez co w konsekwencji nie zgadza się cena oferty z wycenionym przedmiarem robót. Załączona kopia oferty zawiera przedmiar robót wyceniony zgodnie z wymaganiami siwz, tym samym jest niezgodna z oryginałem.

Zamawiający w piśmie z dnia 28 stycznia 2011 r., odpowiadając na pytanie dotyczące sposobu wyjaśnienia rozbieżności w ofercie najkorzystniejszej oraz wymaganej formy złożenia oferty wskazał, że dokumentacja postępowania nie zawierała informacji, który z egzemplarzy oferty jest wiążący. Wobec powyższego zamawiający uznał oryginał oferty za wiążący, gdyż jest to dokument zazwyczaj wiążący w stosunku do kopii. Natomiast złożona kopia oferty zdaniem zamawiającego nie była kopią złożonego oryginału oferty, gdyż zawierała wyceniony przedmiar zgodnie z wymaganiami siwz. Z uwagi na fakt, iż wyceniony przedmiar w oryginale oferty jest niezgodny z treścią siwz a złożona kopia oferty jest niezgodna z oryginałem zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty najkorzystniejszej. Ponadto zamawiający wyjaśnił, iż zaistniałe rozbieżności w złożonej ofercie były wyjaśniane

z wykonawcą w siedzibie zamawiającego, tj. wykonawca został poinformowany, że jego oferta zostanie odrzucona z ww. powodu.

Stosownie do 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 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,
- nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Pierwszy z ww. przepisów odnosząc się do treści oferty oraz siwz wskazuje, że odrzuceniu podlega tylko taka oferta, która pod względem merytorycznym nie jest zgodna z siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie wymóg złożenia oferty w 2 egzemplarzach, z których jeden stanowić będzie kopię oryginału, nie jest wymogiem merytorycznym dotyczącym treści oferty, a jedynie wymogiem o charakterze formalnym, którego niespełnienie nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz, a zatem nie stanowi podstawy odrzucenia oferty. Tym samym fakt, że 2 egzemplarze oferty nie były w pełni zgodne ze sobą nie uzasadnia odrzucenia ww. oferty.

Ponadto w przedmiotowej sprawie powstał także problem niezgodności ceny podanej w oryginale formularza oferty z przedmiarem zawartym w tymże oryginale. Jednocześnie kopia oferty zawierała prawidłowy przedmiar robót i prawidłowo obliczoną cenę oferty, co pozwalało zamawiającemu w sposób zasadny przypuszczać, że brak wyceny jednego z przedmiarów i dwukrotna wycena innego przedmiaru, a w konsekwencji niewłaściwie obliczona cena w oryginale oferty, są wynikiem omyłki wykonawcy, nie zaś świadomym oferowaniem przez niego przedmiotu zamówienia w kształcie takim, jak w oryginale oferty. W tym miejscu należy także zauważyć, że w przypadku wątpliwości zamawiającego, czy niezgodność oferty z treścią siwz ma charakter omyłki, czy też świadomego oświadczenia woli wykonawcy oferującego zamawiającemu element przedmiotu zamówienia, którego nie wymagał, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 powołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści. Zawarte w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania, co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca sporządza ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią siwz. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich „nieistotności”, również winny być poprawiane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, tj. zmiany przekonania wykonawcy, co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i brak wyrażenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż z okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy, w tym w szczególności z prawidłowo sporządzonego przedmiaru robót i obliczenia ceny w kopii oferty wynika, iż wykonawca zamierzał złożyć ofertę zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a brak jednego przedmiaru i dwukrotna wycena innego, mogą zostać uznane za inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie poprawienie ww. omyłki poprzez przyjęcie brakującego przedmiaru z kopii oferty i pominięcie jednego z przedmiarów dwukrotnie wycenionych, da podstawę do poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, tak aby cena była zgodna z prawidłowo sporządzonym przedmiarem. Tym samym zamawiający zobligowany był do poprawienia omyłek i niezwłocznego zawiadomienia o tym ww. wykonawcę. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu zalecił, aby zamawiający dokonał poprawienia wskazanych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie brakującego przedmiaru „Instalacje elektryczne – zasilanie pompowni” z kopii oferty oraz poprzez pominięcie jednego z przedmiarów „Skrzyżowanie z drogami powiatowymi” dwukrotnie wycenionych w oryginale oferty, a następnie zawiadomienie ww. wykonawcy o poprawieniu ww. omyłek. Jeżeli ww. wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgłosiłby sprzeciwu wobec poprawienia ww. omyłek, zalecono poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, tak aby cena zgodna była z poprawionym przedmiarem robót. W dalszej kolejności zalecono dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert.

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

IV.4. Naruszenia dotyczące opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia.

IV.4.1. Przedmiot zamówienia: pełnienie funkcji inwestora zastępczego

Wartość zamówienia: 1.220.000 zł (314.668 euro)

Data wszczęcia postępowania: 18.06.2009 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej

Zamawiający opisał w pkt 2.4 SIWZ m.in. sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami posiadającymi doświadczenie przy realizacji inwestycji finansowanych ze środków UE, tj. osobami na stanowisko:

- Koordynatora pracy inspektorów nadzoru – kierownika zespołu, który musiał mieć doświadczenie w kierowaniu budową lub nadzorowaniu inwestorskim jednego zadania finansowanego ze środków UE,
- Specjalisty ds. rozliczeń inwestycji, który musiał mieć doświadczenie w rozliczaniu co najmniej jednej inwestycji budowlanej finansowanej ze środków UE.

Wskazać należy, że 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 polegają m.in. na zapewnieniu wykonawcom jak najszerszego dostępu do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, dążyć powinien do realizacji ww. postulatu, unikając wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zauważyć należy, że szczególnie wrażliwym na możliwość naruszenia powyższych zasad etapem procedury jest formułowanie warunków udziału w postępowaniu. Wówczas bowiem określane jest, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których droga ta będzie zamknięta. Art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, bezpośrednio wskazuje, że zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka natomiast sytuacja może mieć miejsce, gdy warunki zostaną opisane na tyle rygorystycznie, że nie można ich uzasadnić potrzebami zamawiającego. W konsekwencji, sytuacja taka doprowadzić może do ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie i ograniczania uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym należy zwrócić uwagę, iż nie każdy wykonawca działający na rynku usług inwestora zastępczego dysponuje osobami posiadającymi doświadczenie w kierowaniu budową lub nadzorowaniu inwestorskim zadań sfinansowanych z udziałem środków unijnych. Nie oznacza to jednak, że takie osoby wskazane do pełnienia konkretnych funkcji nie mają wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia. Innymi słowy, jeżeli dana osoba nadzorowała wcześniej realizację obiektu o podobnym przeznaczeniu do występującego w

przedmiotowym postępowaniu, stwierdzić należy, że posiada ona niezbędną wiedzę i doświadczenie, niezależnie od tego, czy inwestycja taka była finansowana ze środków unijnych.

Również postawienie ww. wymogu odnośnie osoby na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń inwestycji, stanowi ograniczenie konkurencji. Dla dokonywania czynności związanych z rozliczaniem inwestycji nie ma znaczenia, czy finansowanie danego zamówienia dokonywane jest z udziałem czy bez udziału środków unijnych i w żadnej mierze nie powinno to wpływać na ocenę doświadczenia w prawidłowym dokonywaniu operacji finansowych.

Stąd też odwołanie się przez zamawiającego przy opisie ww. warunków udziału w postępowaniu do finansowania inwestycji ze środków UE, uznać należy za ograniczenie, w sposób nieuprawniony, dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy dysponują osobami mającymi doświadczenie i wiedzę wystarczającą do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie należy zauważyć, że warunki odnoszące się do doświadczenia uzyskanego w trakcie inwestycji współfinansowanych ze środków UE są niezasadne nawet w przypadku udzielania zamówień współfinansowanych z tych środków, o czym świadczy także stanowisko KE wynikające z audytów projektów unijnych.

W konsekwencji należy uznać, że postawienie ww. warunków prowadziło do naruszenia art. 22 ust. 2 w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 20/11).

IV.4.2. Przedmiot zamówienia: przebudowa dawnej Synagogi na potrzeby Ośrodka Kultury

Wartość zamówienia: 3.828.288 zł (825.042 euro)

Data wszczęcia postępowania: 19 lutego 2010 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego

Jak wynika z dokumentacji kontroli zamawiający na potwierdzenie zdolności ekonomicznej wymagał, aby ze sprawozdania finansowego z okresu dwóch lat obrotowych (2007 r. i 2008 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wynikało, że wykonawca osiągnął łączny wynik dodatni, a także jego obrót łączny w robotach budowlanych za te lata wyniósł ponad 20 mln zł. Wykonawca miał również wykazać się wskaźnikiem płynności bieżącej (III stopnia) wyliczonym jako bieżące aktywa/bieżące zobowiązania, nie mniejszym niż 1,00 za lata obrachunkowe 2007 i 2008, oraz wskaźnikiem rentowności firmy lub lidera konsorcjum wyliczonym jako zysk netto/przychody x 100% nie mniejszym niż 4%.

Pismem z dnia 9 maja 2011 r. (znak: RGK III/3411/7/22/10/11) zamawiający wyjaśnił, iż stawiając warunek opisany w SIWZ (część III.2.2.2 lit. a)), który brzmiał: „ze sprawozdania finansowego za okres dwóch lat obrotowych (2007 r. i 2008 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie osiągnął łączny wynik dodatni a także jego obrót łączny w robotach budowlanych za te lata wyniósł ponad 20 mln zł”, miał na myśli wynik dodatni jako zysk osiągnięty przez wykonawcę.

Zasadniczo weryfikacja wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokonuje się na podstawie dokonanego przez zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp ustalone minimalne wymogi (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków) muszą być związane z przedmiotem zamówienia i mieć charakter proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wskazane w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu mają zapewnić realizację podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Powyższe zasady udzielania zamówień wymagają, aby

opis sposobu oceny spełniania warunków udziału był adekwatny do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nie ograniczał dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Zamawiający może zatem określić potencjał ekonomiczny, który na podstawie obiektywnej oceny można uznać za niezbędny dla prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia.

Wymogiem tego rodzaju nie będzie jednak żądanie, by wykonawcy wykazali się zyskiem, osiągniętym w określonym czasie. Ocena kondycji ekonomicznej wykonawcy na podstawie kryterium dodatnich wyników finansowych jest nieuzasadniona w celu prawidłowego oszacowania jego zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Wskaźnik dodatniego wyniku finansowego nie jest bowiem właściwym dla wykazania dobrej kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa, które jest w fazie rozwoju lub poczyniło znaczne inwestycje, które mogą przynieść zyski w przyszłości. Ponadto wskaźnik ten ogranicza udział przedsiębiorców krócej działających na rynku.

Na ustalenie przez zamawiającego nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia i naruszającego uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców ekonomiczno – finansowego warunku udziału w postępowaniu wskazywać również może fakt, iż jeden z wykonawców złożył protest na warunki dotyczące wymaganej zdolności ekonomicznej. Na powyższe wskazuje również złożone w toku postępowania pytanie o wyjaśnienie treści SIWZ, w zakresie warunku dotyczącego ekonomicznej i finansowej zdolności wykonawców i prośba o dopuszczenie wykazania przez wykonawcę zdolności ekonomicznej w inny sposób.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej nie jest bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 50/11).

IV.4.3. Przedmiot zamówienia: zarządzanie projektem wraz z promocją

Wartość zamówienia: 439.499 zł (114.482 euro),

Data wszczęcia postępowania: 25 maja 2010 r.

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego

W ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.3) oraz w siwz (pkt VII) zamawiający określił warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wskazując, iż:

1) Doświadczenie zawodowe – wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał z należyłą starannością:

- w zakresie Zadania nr 1:

co najmniej dwa kontrakty wykonywane na rzecz Jednostek Samorządu Terytorialnego, w ramach projektów realizowanych przez te Jednostki Samorządu Terytorialnego ze środków unijnych, polegające na:

a) przygotowywaniu niezbędnych sprawozdań i raportów dla Instytucji Pośredniczącej jak również pomocy w rozliczaniu projektu realizowanego z wykorzystaniem środków unijnych,
b) wykonywaniu zadań związanych z zarządzaniem projektem, w tym: analiza i monitorowanie ryzyka w projekcie, monitorowanie oraz nadzór nad prawidłową realizacją projektu, uczestniczenie w procedurach odbioru projektów,
c) sporządzaniu dokumentacji przetargowej (minimum treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia),

dla projektów o wartości co najmniej 5 mln zł netto każdy, których przedmiotem było wdrożenie systemu informatycznego, w tym co najmniej jeden z tych projektów obejmował

budowę lub rozwój systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

- w zakresie Zadania nr 2:

a) co najmniej jeden kontrakt polegający na wsparciu merytorycznym i koordynacji prac przy wdrożeniu lub rozwoju zcentralizowanego systemu informatycznego obejmującego co najmniej 150 placówek oświatowych prowadzonych przez Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

2) Potencjał kadrowy – wykonawca musiał wykazać, że dysponuje lub będzie dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które posiadają kwalifikacje, wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, odpowiadające minimalnym warunkom określonym poniżej:

- w zakresie Zadania nr 1:

a) Zespół ekspertów unijnych - minimum 3 specjalistów posiadających wykształcenie, kwalifikacje i doświadczenie w zakresie zarządzania co najmniej dwoma projektami dofinansowanymi ze środków unijnych, w tym co najmniej jednym projektem wykonywanym na rzecz Jednostki Samorządu Terytorialnego, o wartości projektu co najmniej 5 mln zł netto, którego przedmiot obejmował budowę lub rozwój systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego, w tym:

- minimum jeden ekspert ds. architektury, posiadający wykształcenie wyższe informatyczne lub ekonomiczne oraz kwalifikacje w zakresie tworzenia architektur systemów informatycznych klasy Enterprise, potwierdzone certyfikatem TOGAF lub równoważnym,

- minimum jeden ekspert ds. finansów, posiadający wykształcenie wyższe ekonomiczne oraz doświadczenie w całościowym rozliczaniu projektów dofinansowanych ze środków unijnych,

- minimum jeden ekspert ds. prawa unijnego, posiadający wykształcenie wyższe prawnicze;

b) Zespół kierowników projektów - minimum 2 specjalistów posiadających wykształcenie wyższe informatyczne lub ekonomiczne i doświadczenie w zakresie zarządzania projektami, potwierdzone uczestnictwem w całościowym zarządzaniu przynajmniej dwoma projektami informatycznymi oraz certyfikat PRINCE2 Foundation lub równoważny, w tym co najmniej jeden ze specjalistów posiada doświadczenie w zakresie zarządzania co najmniej jednym projektem dofinansowanym ze środków unijnych wykonywanym na rzecz Jednostki Samorządu Terytorialnego o wartości projektu co najmniej 5 mln zł netto, którego przedmiot obejmował budowę lub rozwój systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

- w zakresie Zadania nr 2:

a) minimum jeden ekspert ds. informatycznych, który:

- ukończył studia wyższe o kierunku informatyka o specjalizacji systemy operacyjne i sieci komputerowe lub ukończył studia wyższe o kierunku informatyka w zakresie systemy i sieci komputerowe,

- posiada doświadczenie w koordynowaniu pracami przy wdrożeniu lub rozwoju zcentralizowanego systemu informatycznego w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez Jednostkę Samorządu Terytorialnego,

- posiada wiedzę w zakresie konfiguracji szkolnych sieci komputerowych, potwierdzoną co najmniej jednokrotnym prowadzeniem szkolenia dla administratorów szkolnych sieci komputerowych, w akredytowanych ośrodkach MEN.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W celu ustalenia, czy zamawiający opisał sposób oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem dnia 20.09.2011 r. wystąpił do Eksperta o sporządzenie opinii w przedmiotowym zakresie.

Poddawszy analizie dokonany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Ekspert w opinii z dnia 21.10.2011 r., w odniesieniu do warunku doświadczenia wskazał (pkt 2.2.2 opinii), iż w zakresie Zadania nr 1 zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie przygotowania niezbędnych sprawozdań i raportów dla Instytucji Pośredniczącej oraz pomocy w rozliczaniu projektu unijnego, zarządzania projektem oraz sporządzania dokumentacji przetargowej w projektach o wartości co najmniej 5 mln zł netto, których przedmiotem było wdrożenie systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

Wg najlepszej wiedzy Biegłego opisane tu czynności związane z raportowaniem, sprawozdawczością i rozliczaniem projektu unijnego, jak i sporządzaniem dokumentacji przetargowej (tym bardziej, iż "wsad merytoryczny" zostanie opracowany w ramach drugiego z opiniowanych tu projektów) nie różnią się istotnie w zależności od beneficjenta projektu, lecz o ich kształcie decydują wymagania adresatów tego typu dokumentacji (np. Instytucji Pośredniczącej) a w zakresie dokumentacji przetargowej uniwersalne przepisy Prawa Zamówień Publicznych. Tym samym samo wymaganie posiadania doświadczenia w realizacji tego typu czynności jest oczywiście uzasadnione przedmiotem zamówienia, lecz wymaganie posiadania doświadczenia we wskazanych wyżej czynnościach wykonywanych w projektach adresowanych do oświaty podlegającej JST nie znajduje już uzasadnienia. Podkreślić należy, że rękojmię należytego wykonania zamówienia dawałyby tutaj podmioty generalnie posiadające doświadczenie w doradztwie w prowadzeniu "projektów unijnych" (sprawozdawczość, rozliczenia, dokumentacja projektu unijnego) o odpowiedniej wielkości, niekoniecznie realizowanych na zamówienie instytucji państwowych lub samorządowych. (...).

W zakresie zadania nr 2 zamawiający wymagał, by wykonawca wykonał co najmniej jeden kontrakt polegający na wsparciu merytorycznym i koordynacji przy rozwoju scentralizowanego systemu informatycznego obejmującego co najmniej 150 placówek oświatowych prowadzonych przez Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

W ocenie Biegłego wymaganie posiadania wskazanego powyżej doświadczenia w koordynacji projektów informatyzacji oświaty samorządowej jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, w którym nadzór techniczny nad realizacją projektu wymaga (np. w aspekcie oprogramowania aplikacyjnego wspierającego działanie placówki oświatowej) wiedzy o funkcjonowaniu jednostek oświatowych, a jej posiadanie może zagwarantować przede wszystkim uczestnictwo w podobnych projektach na rzecz podobnych jednostek. Jak wynika z treści p. 2.3 sformułowane wymaganie, by projekt dotyczył min. 150 placówek oświatowych jest jednak zbyt wyśrubowane, brak mu logicznego uzasadnienia i zasadniczo ogranicza konkurencję.

W przywołanym powyżej punkcie 2.3 opinii Ekspert udzielił również odpowiedzi na pytanie, ile projektów informatycznych polegających na budowie lub rozbudowie systemu zarządzania oświatą w co najmniej (...) 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną jednostkę samorządu terytorialnego o wartości minimum 5 mln zł netto (...) zrealizowanych zostało w Polsce w terminie 3 lat przed upływem terminów składania ofert (chodzi o projekty, które mogły być wykazane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniach)?

Odpowiadając na powyższe Ekspert wskazał, iż generalnie rozwój zainteresowania systemami zarządzania oświatą nastąpił w ostatnich latach. Projekt tej wielkości mógł dotyczyć przede wszystkim największych miast w Polsce - tj. miast wojewódzkich. Wg przeprowadzonej kwerendy Internetowej, która nie daje 100% gwarancji, iż wykryto wszystkie możliwe przedsięwzięcia (...), jedyny zakończony projekt tej skali to projekt zrealizowany w latach 2005 - 2007 w Krakowie, za ok. 8 mln zł. Do podobnego projektu przystąpił w tym roku Gdańsk (191 placówek, koszt ok. 11 mln zł). Zrealizowano natomiast wiele projektów w mniejszych miejscowościach.

Tak ostre wymagania w mej ocenie znacząco i w sposób nieuzasadniony ograniczyły konkurencję w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienia. Podkreślić należy, iż liczba placówek objętych projektem nie jest głównym czynnikiem rękojmi należytego wykonania

przedmiotowych zamówień, gdyż co do zasady konstrukcja systemów tego typu cechuje się dużą powtarzalnością, a przez to większa liczba placówek zwiększa jedynie nakład pracy, która jednak jest w swej istocie podobna w projekcie obejmującym np. 30 placówek wszystkich typów, co w projekcie obejmującym 100, czy 150 placówek.

W odniesieniu do warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w opinii Eksperta, w zakresie Zadania nr 1, o ile wszystkie wskazane role ocenić należy jako potrzebne przy realizacji zamówienia (...), o tyle wymagania w zakresie kompetencji i doświadczenia są w mej ocenie w istotnej części nie uzasadnione przedmiotem zamówienia i specyfiką projektu, w ramach którego są one udzielane, szczególnie w kontekście ustaleń zawartych w punkcie 2.3.

Generalnie oceniam wymaganie posiadania doświadczenia w projekcie oświatowym za nieuzasadnione - specyfika branży edukacyjnej, przedmiot zamówienia i projektu, w ramach którego jest ono udzielane nie uzasadniają posiadania takiego doświadczenia. W szczególności:

- Zarządzanie projektem jest realizowane w oparciu o uniwersalne metodyki (np. PRINCE2, PMBOK czy IPMA) - wystarczające jest więc doświadczenie w zarządzaniu projektem, co najwyżej projektem współfinansowanym ze środków UE;

- Dokumentowanie projektu współfinansowanego ze środków UE i związana z tym sprawozdawczość nie zależy od branży tylko od wymagań określonych przez jednostki zajmujące się dystrybucją przydziałem i dystrybucją funduszy (m.in. jednostki pośredniczące) – w tym zakresie z pewnością wystarczy doświadczenie w projekcie współfinansowanym ze środków UE;

- Kwestie architektury i technologii informatycznych są niezależne od branży edukacyjnej. Wymaganie posiadania certyfikatów z obszaru architektury korporacyjnej opisanej w TOGAF również nie wydaje się potrzebne - trudno zrozumieć do czego wiedza na temat tego ogólnego podejścia (nie zawierającego de facto wytycznych konstrukcyjnych) może się przydać w realizacji zadań objętych zamówieniem tym bardziej, iż jego stosowanie nie jest wymagane w dokumentacji przetargowej.

W zakresie Zadania nr 2, o ile niewątpliwie ekspert ds. informatycznych jest niezbędny przy nadzorze technicznym nad projektem, o tyle wymagania co do kwalifikacji tej osoby budzą zasadnicze wątpliwości odnośnie wszystkich wymaganych pozycji opisujących kompetencje i doświadczenia takiej osoby. Nie jest w ogóle zrozumiałe dlaczego wymagana jest tak specyficzna specjalność ukończonych studiów (co do zasady - absolwenci większości wiodących uczelni nie spełniają tak zakreślonego wymagania z uwagi na brak takich specjalności w ofercie dydaktycznej tych uczelni) zamiast np. konkretnej znajomości technologii sieciowych i systemów operacyjnych potwierdzonych odpowiednimi szkoleniami/certyfikatami; doświadczenie w koordynacji prac może mieć tu pewne znaczenie, ale tak zasadnicze wyśrubowanie wymagań co do specyfiki i wielkości projektu nie ma uzasadnienia (zwłaszcza w kontekście ustaleń z p. 2.3), podobnie, jak trudno uznać, za uzasadnione wymaganie prowadzenia szkolenia dla administratorów szkolnych sieci komputerowych - szkolne sieci komputerowe nie stanowią jakiejś wyodrębnionej kategorii sieci komputerowych (mieszczą się generalnie w kategorii sieci lokalnych i to wiedzy z tego zakresu należałoby tu wymagać), nawet, jeśli MEN prowadzi pewne działania standaryzacyjne, to wystarczająca do realizacji zamówienia polegającego na koordynacji merytorycznej prac jest odpowiednia wiedza z zakresu sieci komputerowych potwierdzona szkoleniami, czy certyfikatami.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny oraz prawny, w szczególności treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania zauważyć należy, iż zamawiający opisał warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję.

Nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia było odwołanie się przy opisie warunku doświadczenia (w zakresie obydwu zadań) do realizacji projektów oświatowych podlegających pod jedną jednostkę samorządu terytorialnego, gdyż również podmioty posiadające doświadczenie w realizacji projektów na rzecz innych instytucji dawały rękojmię

należytego wykonania przedmiotu umowy. Jak wskazał bowiem biegły, czynności należące do zadań wykonawcy określone są przez instytucje przyznające środki (np. Instytucje Pośredniczące), natomiast ich charakter nie zależy od rodzaju beneficjenta. W tym kontekście wykonawca, który posiadał doświadczenie w zarządzaniu projektem unijnym na rzecz podmiotów innych niż wskazane w opisie warunku, również byłby w stanie wykonać zamówienie.

W przedmiotowej sprawie za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz ograniczające konkurencję uznać również należy odwołanie się zamawiającego przy opisie warunków (doświadczenia oraz dysponowania personelem) do projektu obejmującego zcentralizowany system informatyczny dla 150 placówek oświatowych. Jak podniesiono w opinii eksperckiej, co do zasady konstrukcja systemów informatycznych tego typu cechuje się dużą powtarzalnością, a przez to większa liczba placówek zwiększa jedynie nakład pracy. Tym samym nie ma uzasadnienia dla odwołania się w opisie warunku do aż 150 placówek oświatowych, skoro wiedza i doświadczenie wykonawcy lub jego kadry byłyby wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia już przy liczbie np. kilkudziesięciu takich placówek. Argumentem przemawiający za stwierdzeniem, iż powyższe ograniczało konkurencję jest przeprowadzona w ramach sporządzania opinii kwerenda z której wynika, iż jedynym zakończonym projektem tej skali na dzień składania i otwarcia ofert był zrealizowany w latach 2006-2007 projekt „Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w Krakowie” na rzecz Miasta Krakowa. Niniejsze stanowisko znajduje potwierdzenie w dokumentacji przedmiotowego postępowania – ww. projekt z Krakowa ujęty został w wykazie doświadczenia wykonawcy, który jako jedyny złożył ofertę na Zadanie nr 1.

Jak wskazano powyżej, również część wymagań w zakresie kompetencji i doświadczenia członków personelu przewidzianego do realizacji przedmiotu zamówienia, nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia oraz specyfice projektu. W szczególności wymóg posiadania przez eksperta ds. architektury certyfikatu TOGAF lub równoważnego oraz wymogi posiadania opisanego w warunku wykształcenia nie były niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Ww. wymogi stanowiące część opisu sposobu oceny spełniania warunków nie były zatem niezbędne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia, tym samym nie były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie tak opisane wymogi mogły utrudniać dostęp do ww. zamówienia, o czym świadczy fakt, że w obu częściach postępowania złożono po 1 ofercie.

Wobec powyższego należy uznać, iż zamawiający dokonując w ww. sposób opisu oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 110/11).

IV.4.4. Przedmiot zamówienia: dostawa 70 autobusów

Wartość zamówienia: 69.475.609 zł (18.097.319 euro)

Data wszczęcia postępowania: 3 grudnia 2010 r.

Projekt z Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa 70 szt. fabrycznie nowych, niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej, w tym: autobusów jednoczłonowych – w liczbie 40 szt. i autobusów przegubowych dwuczłonowych w liczbie 30 szt.

Zamawiający zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, zgodnie z którym w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca winien przedłożyć wykaz wykonanych zamówień zrealizowanych z należytą starannością w okresie ostatnich

3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, z którego będzie wynikać, że wykonawca:

- a) dostarczył fabrycznie nowe, niskopodłogowe, jednoczłonowe autobusy komunikacji miejskiej w ilości co najmniej 30 sztuk,
- b) dostarczył fabrycznie nowe, niskopodłogowe, przegubowe autobusy komunikacji miejskiej w ilości co najmniej 30 sztuk

z załączeniem dokumentów, potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należyście.

W dniu 27 czerwca 2011 r. DKUE zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie żądania wymogu wykazania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw autobusów dwuczłonowych w liczbie takiej samej, jak liczba autobusów zamawianych (30) oraz o wyjaśnienie dlaczego doświadczenie wykonawcy w dostawie mniejszej liczby autobusów byłoby niewystarczające do wykazania zdolności do wykonania zamówienia.

W odpowiedzi zamawiający wyjaśnił, że opis sposobu oceny spełniania ww. warunku został dokonany ze względu na krótki, tj. roczny termin realizacji zamówienia oraz zaawansowanie techniczne autobusów dwuczłonowych wymagające większego zaangażowania w serwis i obsługę techniczną niż autobus jednoczłonowy. Zamawiający wskazał również, iż wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, mógł wykazać się dostawami autobusów każdego rodzaju, np. w partiach po kilka, kilkanaście sztuk, tak aby ich sumaryczna ilość wyniosła min 30. Zamawiający podał, iż warunek dostawy 30 autobusów dwuczłonowych w ciągu trzech lat przy wymogu dostaw w okresie jednego roku nie jest warunkiem wygórowanym, ponieważ stanowi jedną trzecią przedmiotu zamówienia, a wykonawca posiadający takie doświadczenie w ocenie zamawiającego gwarantuje wystarczającą jakość dostawy i poprawność jej wykonania w wymaganym w SIWZ terminie.

Należy zauważyć, że niniejsze postępowanie zostało wszczęte po wejściu w życie przepisów ustawy Pzp znowelizowanych ustawą z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010, nr 113, poz. 759 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Oznacza to, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Należy przy tym zauważyć, że art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Użyte przez Ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Potwierdza to także treść § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w którym wskazano, że zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien zatem wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego.

W świetle powyższych rozważań nie można uznać, że w przedmiotowym postępowaniu warunek wykazania doświadczenia w zakresie dostawy co najmniej 30 sztuk dwuczłonowych autobusów komunikacji miejskiej, został określony na poziomie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia. Przede wszystkim nie można przyjąć, że do

wykonania zamówienia polegającego na dostarczeniu 30 sztuk autobusów przegubowych, 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 autobusów, byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, w tym także w okresie 1 roku. 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, gdyż można je wykazać już po realizacji i dostawie mniejszej liczby wymaganych autobusów. Tym samym dla wykazania zdolności do wykonania zamówienia w zakresie dostawy 30 sztuk autobusów w określonym terminie, nie jest niezbędne posiadanie wiedzy i doświadczenia w realizacji również 30 sztuk autobusów, ale potencjał techniczny i kadrowy wykonawcy gwarantujący realizację przedmiotowego zamówienia. W tym celu zaś zamawiający powinien żądać innych dokumentów, jak choćby dotyczących liczby pracowników, kwalifikacji kadry, czy sprzętu, jakim dysponują wykonawcy, itp. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie dokonał jednak opisu oceny spełniania warunków w takim zakresie, poprzestając na wymogu wykazania dostaw takiej samej ilości przegubowych autobusów, jak w udzielonym zamówieniu. Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że w kwietniu 2009 r. zamawiający wszczął postępowanie na dostawę 24 autobusów jednoczlónowych i 24 autobusów dwuczónowych, w którym w opisie sposobu oceny spełniania warunku doświadczenia żądał dla obu rodzajów autobusów wykazania dostaw w ilości 20 autobusów, zaś termin realizacji wynosił 150 dni. Świadczy to o możliwości wykonania zamówienia na dostawę autobusów w krótszym niż 1 – roczny terminie także przez wykonawcę posiadającego doświadczenie w mniejszej ilości autobusów niż przewiduje przedmiot zamówienia.

Wobec powyższego, wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji takiej samej liczby 30 sztuk autobusów, jak w udzielanym zamówieniu, należy uznać za warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy wykonali mniejszą liczbę takiego rodzaju autobusów. Wymóg taki, mógł zatem prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 63/11).

IV.4.5. Przedmiot zamówienia: dostawa sterylizatora gazowego niskotemperaturowego z abatorem oraz sterylizatora parowego przelotowego

Wartość zamówienia: 344.262 zł (88.793 euro)

Projekt z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego

Przedmiotem zamówienia kontrolowanego postępowania w części I była dostawa sterylizatora/aeratora niskotemperaturowego z abatorem, wentylacją mechaniczną, odprowadzeniem gazów z komory spalania po sterylizacji + ETO Abatorem (1 szt.) – Pakiet I. Należy wskazać, że w toku postępowania wykonawcy zadawali pytania dotyczące sporządzonego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Przykładowe pytania to:

Dotyczące Sterylizatora gazowego:

- Czy zamawiający dopuści w pkt 5 oraz w pkt 54 tabeli siwz do przetargu urządzenia różnych producentów podtrzymując jednocześnie wymóg pełnej kompatybilności?
- Czy zamawiający dopuści w pkt 18 tabeli siwz wykonanie ścian bocznych ze stali nierdzewnej?
- Czy zamawiający dopuści w pkt 19 tabeli siwz pojemność komory do 140 l?
- Czy zamawiający dopuści w pkt 20 tabeli siwz zmianę wymiarów w granicach 5 %?
- Czy zamawiający dopuści w pkt 21 tabeli siwz zmianę wymiarów w granicach 15%?

- Czy zamawiający dopuści w pkt 23 tabeli siwz różnicę w wadze wyrobu w granicach 15 %?
- Czy zamawiający dopuści w pkt 27 tabeli siwz czas cyklu 55C mniejszy od 180 minut?
- Czy zamawiający dopuści w pkt 28 tabeli siwz czas cyklu 37 C mniejszy od 300 minut?
- Czy zamawiający w pkt 61 tabeli siwz nie popełnił omyłki, ponieważ żądana przez zamawiającego norma IEC/EN 61326-1 jest normą wycinkową oraz chybioną merytorycznie i nie może być dokumentem potwierdzającym zgodność wyrobu z Dyrektywą 93/42 EEC. Prosimy o wykreślenie z siwz tego wymogu.

Pismem z dnia 21 października 2009 r. zamawiający odpowiedział negatywnie na pytania wykonawcy dotyczące przedmiotu zamówienia, tj. nie dopuścił możliwości wprowadzenia ww. zmian.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię.

W opinii z dnia 16 sierpnia 2010 r. biegli z Politechniki Warszawskiej powołani przez Prezesa Urzędu na podstawie analizy dokumentacji postępowania stwierdzili, że „warunki zamówienia dla sterylizatora gazowego zostały sprecyzowane w sposób, który nie dopuszcza możliwości złożenia ofert przez innych wykonawców tego typu urządzenia poza firmą 3M”. W opinii biegłych pełna kompatybilność urządzeń oznacza, że „urządzenia różnych producentów można bezpośrednio połączyć do pracy zespołowej (bez konieczności dostosowywania ich do współpracy)”. Ponadto, „warunki zawarte przez zamawiającego w załączniku nr 4 do siwz w poz. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 27 i 28 siwz wskazują na konkretnego wykonawcę, a szczególnie wskazanie wymiarów zewnętrznych i wewnętrznych oraz masę urządzenia poz. 21, 22 i 23, które są identyczne z danymi zamieszczonymi w karcie katalogu sterylizatora gazowego firmy 3M. Tak sprecyzowane warunki mogłyby stanowić przykładowe cechy urządzenia, jednak w siwz należało podać dopuszczalną tolerancję tych wartości. (...) Niedopuszczenie przez zamawiającego zmiany wymiarów w granicach 5% a nawet 10 % uniemożliwiło złożenie oferty innym oferentom. Podobnie niedopuszczenie wykonania ścian bocznych poz. 18 SIWZ ze stali nierdzewnej jest nieuzasadnione z uwagi na fakt, że w praktyce będą one trwalsze, od „metalów pokrytych emalią” przy wymaganym przez zamawiającego drzewie ze stali nierdzewnej. Poz. 19 SIWZ – wymagana pojemność komory sterylizacyjnej 136 litrów – a oferent proponuje do 140 litrów, czyli większą, a zamawiający nie wyraża na to zgody. Analogicznie poz. 27 i 28 SIWZ – czas cyklu mniejszy od 180 minut – wymagane 165 minut dla 55°C i odpowiednio 300/280 minut przy 37 °C. Wartości czasów wymagane i oferowane przez wykonawcę stanowią różnicę poniżej 10%, co naszym zdaniem powinno zawierać się w granicach tolerancji”.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z literalnym brzmieniem powyższego przepisu wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 października 2008 r. (sygn. KIO/UZP 984/08). Jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych jest zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z której wynika, że zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

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.

A zatem, w niniejszym stanie faktycznym nie sposób uznać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który nie utrudniał uczciwej konkurencji, tym bardziej, iż w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta. Świadczą o tym w szczególności pytania zadawane przez wykonawców w toku postępowania oraz stanowisko wyrażone w opinii biegłych.

Wobec powyższego poprzez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia w zakresie części I (tj. dostawa sterylizatora gazowego niskotemperaturowego), przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt, zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 12/11).

IV.4.6. Przedmiot zamówienia: zakup, dostawa, instalacja, konfiguracja sprzętu komputerowego i multimedialnego wraz z oprogramowaniem
Wartość zamówienia: 121.800 zł (31.416 euro)
Projekt z Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

Przedmiotem zamówienia kontrolowanego postępowania był zakup, dostawa, instalacja, konfiguracja sprzętu komputerowego i multimedialnego wraz z oprogramowaniem dla projektu - Zdaj maturę idź na studia, realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Priorytetu IX - Rozwój wykształcenia i kompetencji w regionach Działania 9.2 Podniesienie atrakcyjności i jakości szkolnictwa zawodowego współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Zamówienie polegało na dostawie po 7 sztuk nw. sprzętu:

- A - tablic interaktywnych,
- B - projektorów multimedialnych,
- C - komputerów przenośnych,
- D - zestawów pilotów do testów.

W związku z wątpliwościami co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię.

Ze sporządzonej ekspertyzy wynika, że: „Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w treści SIWZ w części A i D naruszył zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne”. W uzasadnieniu swojego stanowiska biegli stwierdzili, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia została sformułowana w sposób preferujący jednego wykonawcę – firmę InterWrite. Biegli zwrócili uwagę na następujące okoliczności. W odniesieniu do tablic interaktywnych biegli zakwestionowali wymagany obszar roboczy tablicy (1181 mm x 1575 mm), który zamawiający podał z dokładnością do 1 mm. Tak wyspecyfikowany element tablicy wskazuje zdaniem biegłych, iż „zamawiający nie kierował się konkretnymi swoimi potrzebami, a raczej specyfiką konkretnego urządzenia”. Za nieuzasadniony uznano także wymóg posiadania interfejsów RS232, USB oraz możliwość użycia połączenia radiowego. Biegli ocenili, że taki wymóg w sposób skuteczny ogranicza liczbę dostępnych modeli tylko do modelu InterWrite Board 1277. „Pozostałe dostępne na rynku modele posiadają złącza USB i radiowe lub RS232 i radiowe, ale w żadnym z analizowanych modeli nie pojawiły się trzy opcje równocześnie”.

W odniesieniu do zestawu pilotów do testów biegli stwierdzili, że żaden system za wyjątkiem systemu INTERWRITE MOBI & CPS nie spełnia niezbędnego parametru, polegającego na komunikacji pilotów do testów z odbiornikiem w technologii w zakresie podczerwieni (IR). Biegli zwrócili uwagę, że na rynku istnieją co prawda inni producenci oferujący zestawy pilotów, jednak oferują oni system bezprzewodowy bazując na falach radiowych (RF) lub składają się z komponentów różnych producentów przez co mogą zawierać niejednorodne oprogramowanie obsługujące cały system.

W konkluzji biegli stwierdzili, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie tablic interaktywnych (A) oraz zestawów pilotów do testów (D) został sformułowany w sposób naruszający art. 7 i 29 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z literalnym brzmieniem powyższego przepisu wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 października 2008 r. (sygn. KIO/UZP 984/08). Jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych jest zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z której wynika, że zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Ponadto, należy wskazać, iż 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.

A zatem, w niniejszym stanie faktycznym nie sposób uznać, że przedmiot zamówienia dotyczący części A i D, został opisany w sposób, który nie utrudniał uczciwej konkurencji. Świadczy o tym w szczególności stanowisko wyrażone w ekspertyzie biegłych, protesty złożone w toku postępowania, a także analiza ofert złożonych w postępowaniu, tj. obydwaj wykonawcy zaoferowali dostawę tablic interaktywnych Interwrite oraz pilotów do testów tego producenta.

Wobec powyższego poprzez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia dla części A - tablic interaktywnych oraz części D - pilotów do testów, przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt, zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 17/11).

IV.4.7. Przedmiot zamówienia: Dostawa autobusu przystosowanego do przewozu osób niepełnosprawnych
Wartość zamówienia: 205.000 zł (52 874 euro)
Zamówienie nie finansowane ze środków UE.

Zamawiający, w postępowaniu, którego przedmiotem była dostawa pojazdu – autobusu w wersji 19-to osobowej, przystosowanego do przewozu osób poruszających się na wózku inwalidzkim, wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, że pojazd ma spełniać określone wymagania, w tym ma posiadać kolor lakieru: „srebrny brylantowy metalik”.

W związku z wątpliwościami, które pojawiły się w toku postępowania wyjaśniającego, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do rzeczoznawcy z prośbą o opinię w sprawie zgodności opisu przedmiotu zamówienia z zasadami odnoszącymi się do opisu przedmiotu zamówienia opisanymi w art. 29 ustawy. W sporządzonej opinii rzeczoznawca stwierdził, iż „nazwa koloru >>srebrny brylantowy metalik << jest stosowana tylko do pojazdów MERCEDES-BENZ Sprinter”. Rzeczoznawca potwierdził także jednoznacznie, iż jedyną marką samochodu, na bazie którego możliwe było przystosowanie go do potrzeb, zwłaszcza pod względem pojemności (wersja 19 osobowa, tj. 18 + 1) i koloru (srebrny brylantowy metalik) był MERCEDES-BENZ Sprinter.

Jednocześnie, biegły podał, pomijając wymagania dotyczące koloru lakieru, iż pozostałe marki pojazdów służących do zabudowy nie mogły spełnić wymogów siwz z uwagi na odbiegające od wymaganych parametry mocy lub pojemności silnika. Biegły

rzeczoznawca stwierdził, iż: „Samochód marki VOLKSWAGEN Crafter 35 TDi ma moc 163 kW – spełniającą wymagania, ale pojemność 2459 ccm, która wymagań nie spełnia. IVECO Daily 35 – 14 ma pojemność 2287 ccm, która spełnia wskazane przez zamawiającego parametry, ale moc 116 kW, która tych parametrów nie spełnia.”.

Stosownie do treści art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 Nr 223 poz. 1655), który stanowi realizację wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady przygotowywania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną, z naruszeniem niniejszej zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia nie tylko w sytuacji bezpośredniego wskazania przez zamawiającego danych znaków towarowych, czy oznaczeń. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi również, gdy w sposób pośredni wskazane w SIWZ parametry prowadzą do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego.

A zatem, naruszeniem dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, które wskazuje na konkretny produkt eliminując jednocześnie możliwość zaferowania produktów innych producentów.

W świetle przytoczonej opinii biegłego, sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, wskazujący takie jego elementy jak pojemność oraz moc silnika, a przede wszystkim rodzaj lakieru właściwy wyłącznie samochodom marki MERCEDES – BENZ Sprinter, naruszał zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy oraz wyrażoną w art. 7 ust.1 ustawy zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, oferujących pojazdy innych marek.

O tym, iż wymagania zamawiającego dotyczące koloru lakieru czy pojemności i mocy silnika miały wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym wynik przedmiotowego postępowania, świadczą również pytania wykonawców do treści SIWZ oraz wyłącznie jedna złożona w postępowaniu oferta.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.