PARP

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP) jest agencją rządową podlegającą Ministrowi właściwemu ds. gospodarki. Powstała na mocy ustawy z 9 listopada 2000 roku. Zadaniem Agencji jest zarządzanie funduszami z budżetu państwa i Unii Europejskiej, przeznaczonymi na wspieranie przedsiębiorczości i innowacyjności oraz rozwój zasobów ludzkich.

Od blisko dekady PARP wspiera przedsiębiorców w realizacji konkurencyjnych i innowacyjnych przedsięwzięć. Celem działania Agencji jest realizacja programów rozwoju gospodarki wspierających działalność innowacyjną i badawczą małych i średnich przedsiębiorstw (MSP), rozwój regionalny, wzrost eksportu, rozwój zasobów ludzkich oraz wykorzystywanie nowych technologii.

Misją PARP jest tworzenie korzystnych warunków dla zrównoważonego rozwoju polskiej gospodarki poprzez wspieranie innowacyjności i aktywności międzynarodowej przedsiębiorstw oraz promocja przyjaznych środowisku form produkcji i konsumpcji.

W perspektywie finansowej obejmującej lata 2007–2013 Agencja jest odpowiedzialna za wdrażanie działań w ramach trzech programów operacyjnych: **Innowacyjna Gospodarka, Kapitał Ludzki i Rozwój Polski Wschodniej**.

Jednym z priorytetów Agencji jest promowanie postaw innowacyjnych oraz zachęcanie przedsiębiorców do stosowania nowoczesnych technologii w swoich firmach. W tym celu Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości prowadzi portal internetowy poświęcony tematyce innowacyjnej **www.pi.gov.p**l, a także corocznie organizuje konkurs **Polski Produkt Przyszłości**. Przedstawiciele MSP mogą w ramach **Klubu Innowacyjnych Przedsiębiorstw** uczestniczyć w cyklicznych spotkaniach. Celem portalu edukacyjnego **Akademia PARP** (www.akademiaparp.gov.pl) jest upowszechnienie wśród mikro-, małych i średnich firm dostępu do wiedzy biznesowej w formie e-learningu. Za pośrednictwem strony internetowej **web.gov.pl** PARP wspiera rozwój e-biznesu. W Agencji działa ośrodek sieci **Enterprise Europe Network**, który oferuje przedsiębiorcom informacje z zakresu prawa Unii Europejskiej oraz zasad prowadzenia działalności gospodarczej na Wspólnym Rynku.

PARP jest inicjatorem utworzenia sieci regionalnych ośrodków wspierających MSP, tj. **Krajowego Systemu Usług dla MSP, Krajowej Sieci Innowacji i Punktów Konsultacyjnych**. Instytucje te świadczą nieodpłatnie lub wg preferencyjnych stawek usługi z zakresu informacji, doradztwa, szkoleń oraz usługi finansowe. Partnerami regionalnymi PARP we wdrażaniu wybranych działań są **Regionalne Instytucje Finansujące** (RIF).

2011 2011

KONTROLA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KONTROLA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
ul. Pańska 81/83,
00-834 Warszawa
tel.: + 48 22 432 80 80
faks: + 48 22 432 86 20
biuro@parp.gov.pl
www.parp.gov.pl

Punkt informacyjny PARP
tel.: + 48 22 432 89 91-93
0 801 332 202
info@parp.gov.pl

ISBN 978-83-7633-065-5

PARP

KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI

PARP

Urząd Zamówień Publicznych

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ SPOŁECZNY

Kontrola zamówień publicznych

Na podstawie Informatorów
Urzędu Zamówień Publicznych z 2009 i 2010 r.

Kontrola zamówień publicznych

Na podstawie Informatorów Urzędu Zamówień Publicznych z 2009 i 2010 r.

Publikacja opracowana przez Urząd Zamówień Publicznych

© Copyright by Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010

ISBN 978-83-7633-065-5

Druk współfinansowany przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Wydawca:
Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
ul. Pańska 81/83
00-834 Warszawa
www.parp.gov.pl

Wydanie I

Nakład 3 000 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:

Wydawnictwo Naukowe Instytutu Technologii Eksploatacji – PIB
ul. K. Pułaskiego 6/10, 26-600 Radom, tel. centr. (48) 364-42-41, fax (48) 364-47-65
e-mail: instytut@itee.radom.pl http://www.itee.radom.pl

Urząd Zamówień Publicznych jest jednostką budżetową zapewniającą obsługę Prezesa Urzędu, który jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Urząd powstał w 1995 r. w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Głównym celem działania jest nadzór nad systemem zamówień publicznych w Polsce oraz dbałość o prawidłowe jego funkcjonowanie.

Najważniejszymi zadaniami Urzędu są:

1) opracowywanie aktów normatywnych w zakresie systemu zamówień publicznych i dostosowanie tych regulacji do norm prawa europejskiego,
2) zapewnienie sprawnego funkcjonowania środków ochrony prawnej,
3) czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień poprzez kontrolę konkretnych postępowań,
4) upowszechnianie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów i Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego zamówień publicznych,
5) analizowanie funkcjonowania systemu zamówień,
6) wydawanie w formie elektronicznej Biuletynu Zamówień Publicznych.

Urząd Zamówień Publicznych prowadzi również działalność informacyjno-edukacyjną adresowaną do uczestników rynku zamówień publicznych, w tym przede wszystkim zamawiających i wykonawców. W ramach tej działalności realizuje szkolenia, konferencje i seminaria oraz przygotowuje publikacje. Przedsięwzięcia informacyjno-edukacyjne UZP mają znaczący wpływ na kształtowanie prawidłowej praktyki wśród zamawiających i wykonawców, propagowanie rozwiązań innowacyjnych oraz eliminowanie zachowań niekonkurencyjnych.

Kreując i wspierając rozwiązania nowoczesne i efektywne, UZP upowszechnia wykorzystanie w procedurze udzielania zamówienia instrumentów elektronicznych m.in. poprzez udostępnienie bezpłatnych platform aukcji i licytacji elektronicznych.

W sferze działalności międzynarodowej Urząd Zamówień Publicznych uczestniczył w kilku projektach twinningowych: Phare 2005 BG/2005/IB/FI/04 „Dalsze wzmocnienie systemu zamówień publicznych w Bułgarii", Phare 2006 HR/2006/IB/FI/04TL „Dalszy rozwój Krajowej Komisji ds. Kontroli Zamówień Publicznych oraz systemu odwoławczego w Chorwacji", a obecnie rozpoczął projekt z Albanią „Support for the strengthening of the Albanian public procurement, concessions and public auctions" AL 08 IB EC 01 IPA 2008. Ponadto Urząd uczestniczy w licznych przedsięwzięciach na szczeblu unijnym dotyczących Zielonych zamówień publicznych oraz działań w ramach Public Procurement Network.

Wstęp

Publikacja prezentuje wyniki kontroli prowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych w 2009 i 2010 r. oraz wskazuje na wybrane przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych, których niezastosowanie lub błędna interpretacja skutkuje nieprawidłowościami w postępowaniach przetargowych lub nieważnością umowy o zamówienie publiczne.

Każdy ze wskazanych przypadków jest poprzedzony komentarzem omawiającym przepisy ustawy lub innych aktów prawnych mających zastosowanie na poszczególnych etapach prowadzenia postępowania.

Zachęcamy do zapoznania się z publikacją zwłaszcza zamawiających, aby uniknąć błędów, które skutkują nieprawidłowościami przy wydatkowaniu środków publicznych.

Opracowanie jest publikowane w ramach projektu systemowego „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo", współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego, realizowanego w partnerstwie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz Urzędu Zamówień Publicznych. Jednym z celów projektu jest wzrost wiedzy zamawiających o możliwościach, jakie stwarza ustawa Prawo zamówień publicznych oraz sposobach wdrożenia tych rozwiązań w praktyce udzielania zamówień.

Nowe podejście, którego założenia zostały zawarte w dokumencie rządowym: „Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój", przyjętym przez Radę Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 roku, oznacza wprowadzenie nowoczesnego systemu, w którym istotnymi elementami przy udzielaniu zamówień są: innowacyjność, nowoczesne rozwiązania elektroniczne oraz kryteria ekologiczne i społeczne. Nowe podejście zmierza również do zwiększenia udziału małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych.

Zastosowanie rozwiązań wynikających z nowego podejścia (przykładowo zróżnicowanie kryteriów oceny ofert, podział zamówienia na części w celu zwiększenia udziału MSP w zamówieniach publicznych) musi iść w parze z prawidłowym, zgodnym z obowiązującymi regulacjami, prowadzeniem postępowań.

Wyrażamy nadzieję, że publikacja przyczyni się do uniknięcia błędów oraz będzie przydatnym źródłem wiedzy dla uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

SPIS TREŚCI

Naruszenia przepisów Pzp dotyczących ogłoszeń o zamówieniu i o udzieleniu zamówienia 7

Przesłanki wyboru trybu zapytania o cenę – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP 15

Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp 26

Roboty dodatkowe i uzupełniające w świetle ostatnich wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 36

Opis przedmiotu zamówienia godzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP 41

Podział zamówienia na części – przykłady nieprawidłowości stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 49

Określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP 55

Kryteria oceny ofert – przykłady nieprawidłowości stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 78

Nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego – przykłady z kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 87

Naruszenia przepisów Pzp dotyczących ogłoszeń o zamówieniu i o udzieleniu zamówienia

Ustawa Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) przewiduje kilka rodzajów ogłoszeń, do których zaliczyć można:

1) ogłoszenia informacyjne – w postaci wstępnego ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach publicznych (art. 13) oraz okresowego ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach sektorowych (art. 135),
2) ogłoszenie o zamówieniu dla poszczególnych trybów udzielania zamówień publicznych wszczynanych za pomocą stosowanego ogłoszenia, tj. dla przetargu nieograniczonego (art. 40), przetargu ograniczonego (art. 48), negocjacji z ogłoszeniem (art. 56), dialogu konkurencyjnego (art. 60 c); licytacji elektronicznej (art. 75),
3) ogłoszenie o konkursie (art. 115),
4) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (art. 95).

Przekazanie do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieszczenie w profilu nabywcy ogłoszeń informacyjnych nie jest obowiązkowe. Niewątpliwie jednak zamawiający pragnący skrócić procedurę np. przetargu nieograniczonego lub ograniczonego powinni korzystać z możliwości zamieszczania omawianych ogłoszeń we wskazanych przepisami Pzp publikatorach (art. 43 ust. 3 i art. 52 ust. 3 Pzp).

Ogłoszenia o zamówieniu, które rozpoczynają postępowania prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, licytacji elektronicznej oraz dialogu konkurencyjnego, a także postępowania zmierzające do zawarcia umowy ramowej bądź ustanowienia dynamicznego systemu zakupów **mają na celu poinformowanie wszystkich zainteresowanych o zamówieniu**. Potencjalni wykonawcy uzyskują w ten sposób możliwość zapoznania się przede wszystkim z przedmiotem zamówienia, warunkami udziału w postępowaniu oraz zyskują czas niezbędny do przygotowania oferty. Z kolei zamawiający poprzez ogłoszenie uzyskuje dostęp do szerszego kręgu wykonawców, dla których publikacja ogłoszenia o zamówieniu jest zazwyczaj podstawowym źródłem wiedzy o zamówieniach.

Stosownie do art. 40 ust. 1 ustawy Pzp (który to przepis ma zastosowanie także do innych trybów udzielania zamówień publicznych, gdzie mamy do czynienia z publicznym ogłoszeniem), zamawiający rozpoczynając procedurę udzielania zamówienia zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Publikacja ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym ma przede wszystkim na celu odzwierciedlenie głównych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania, równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji. Miejscem publicznie dostępnym jest zazwyczaj ogólnodostępna tablica ogłoszeń znajdująca się w siedzibie zamawiającego, tj. w lokalizacji, w której znajduje się działalność organizującego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Należy uznać, iż dyspozycja ww. przepisu nie będzie spełniona wówczas, gdy ogłoszenie nie będzie znajdowało się w miejscu, do którego potencjalni wykonawcy nie będą mieli dostępu.

We wskazanym wyżej przepisie posłużono się również pojęciem siedziby. **Siedzibę osoby prawnej** ustala się na podstawie ustawy lub opartego na niej statutu. Jeżeli ustawa lub oparty na niej statut nie stanowią inaczej, siedzibą osoby prawnej jest miejscowość, w której ma siedzibę jej organ zarządzający (art. 41 kodeksu cywilnego)[1].

Odnośnie do strony internetowej, to ustawa nie przewiduje definicji legalnej tego pojęcia. Jednakże w oparciu o potoczne rozumienie tego sformułowania oraz rolę przewidzianą w ustawie do spełnienia przez

[1] Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2007, s. 185.

„**własną stronę internetową**" zamawiającego można ustalić znaczenie przypisywane mu przez ustawodawcę. A zatem przez stronę internetową zamawiającego należy rozumieć stronę www podmiotowo powiązaną z danym zamawiającym, tj. wskazującą, iż dane na niej zamieszczone dotyczą właśnie jego. Zamawiający przedmiotowe dane zamieszcza (lub zleca ich zamieszczenie), zmienia je i ponosi za nie odpowiedzialność. Podkreślić należy, iż nie ma znaczenia, z czyjego serwera udostępniana jest strona, jaki ma wygląd graficzny, w jakim języku została napisana itd. Istotne jest, aby potencjalni wykonawcy bez trudu byli w stanie zorientować się, iż określona strona należy do konkretnego zamawiającego. Wykonawcy przystępujący do postępowania powinni mieć możliwość – posługując się standardowymi narzędziami informatycznymi i sprzętem komputerowym – jej przejrzenia i łatwego dotarcia do interesujących ich informacji o udzielanych zamówieniach.

Należy również podkreślić, iż obowiązek zamieszczania ogłoszenia w swojej siedzibie i na stronie internetowej realizuje się w myśl art. 40 ust. 1 ustawy Pzp łącznie. Oznacza to, iż zamawiający nie może zamieścić ogłoszenia w swojej siedzibie natomiast nie umieścić ogłoszenia na stronie internetowej. Nie może też nastąpić sytuacja przeciwna. Ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym i na stronie internetowej musi następować w tym samym dniu. Należy przyjąć, iż podmiot rozpoczynający procedurę udzielania zamówienia publicznego nie może zamieścić ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w jego siedzibie w jednym dniu, a w innym zamieścić to ogłoszenie na stronie internetowej. Wykonanie powyższych czynności powoduje wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 sierpnia 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-934/07; UZP/ZO/0-949/07 uznała, iż *„Wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego następuje z datą, w której zamawiający je upublicznił, zarówno w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie, jak i na stronie internetowej"*, natomiast w wyroku z dnia 1 kwietnia 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 343/09 stwierdziła, iż *„W trybie przetargowym dniem wszczęcia postępowania będzie co do zasady data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym, które publikowane jest w siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej, jeżeli zamawiający posiada taką stronę"*. Należy zauważyć także, iż zamawiający może opublikować ogłoszenie również w inny sposób niż określony powyżej w szczególności w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.

Nie można jednak zapominać o tym, że **ogłoszenia o zamówieniu** odpowiednio zamieszczone lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej lub w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim **nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych** (dalej BZP), **czy przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich** (dalej UOPWE), **nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w BZP lub innych niż przekazane UOPWE oraz musi zawierać informację o dniu jego zamieszczenia w BZP lub o dniu jego przekazania UOPWE.** Ponadto, zgodnie z treścią art. 40 ust. 2 i 3 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, natomiast jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu UOPWE. A zatem należy uznać, iż o miejscu publikacji (odpowiednim publikatorze) decyduje jego wartość.

Na uwagę zasługuje również przepis **art. 41 ustawy, który wskazuje minimalną treść ogłoszenia o zamówienia**. Przepis ten bowiem stanowi, iż ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej: nazwę (firmę) i adres zamawiającego; określenie trybu zamówienia; adres strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia; określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych; informację o możliwości złożenia oferty wariantowej; termin wykonania zamówienia; warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków; informację na temat wadium; kryteria oceny ofert i ich znaczenie; miejsce

i termin składania ofert; termin związania ofertą; informację o zamiarze zawarcia umowy ramowej; informację o zamiarze ustanowienia dynamicznego systemu zakupów wraz z adresem strony internetowej, na której będą zamieszczone dodatkowe informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów; informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z adresem strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna; informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień.

Komentowany artykuł określa niezbędne informacje, które muszą być zamieszczone w ogłoszeniu o przetargu nieograniczonym, tak aby potencjalni wykonawcy już na etapie ogłoszenia o zamówieniu byli w stanie ocenić możliwość udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zamawiający jednak w miarę potrzeby może rozszerzyć treść ogłoszenia, pod warunkiem że takie rozszerzenie nie godzi w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców. Zamawiający nie może pominąć danych, których podanie w ogłoszeniu jest obowiązkowe. Tym samym zamawiający zawsze ma obowiązek określenia w ogłoszeniu m.in. opisu przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, terminu związania ofertą oraz terminu wykonania zamówienia. Natomiast jeżeli chodzi o informacje dotyczące możliwości składania ofert częściowych lub oferty wariantowej, należy wskazać, iż muszą one zostać zamieszczone w ogłoszeniu jedynie wtedy, gdy zamawiający przewiduje skorzystanie z nich w postępowaniu. A zatem wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne, pomimo niezamieszczenia informacji będących obligatoryjnymi elementami ogłoszenia o zamówieniu, narusza przepis art. 41 ustawy Pzp.

Ponadto ogłoszenie o zamówieniu powinno precyzować wymienione elementy, tak aby wykonawca na ich podstawie mógł podjąć decyzję o uczestnictwie w postępowaniu, a następnie przygotować ofertę. Mimo iż w wyniku zmian dokonanych w art. 42 ustawy, w przetargu nieograniczonym już od dnia publikacji ogłoszenia na stronach internetowych dostępna jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), w dalszym ciągu nie jest dopuszczalne odsyłanie w treści ogłoszenia do zapisów siwz, a naruszenie przepisów o zawartości ogłoszenia stanowi uchybienie podstawowym zasadom ustawy i przepisom UE. Straciła natomiast nieco na aktualności opinia Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażona w wyroku z dnia 30.04.2003 r. (V Ca 579/03): *Określenie warunków, jakie winni spełniać przyszli oferenci, powinno wynikać już z treści ogłoszenia, tak aby czytający wiedział, czy udział w przetargu leży w sferze jego zainteresowań i możliwości określonych ogłoszeniem, czy też nie, bez konieczności zakupu od zamawiającego siwz*. Podkreślenia wymaga także sytuacja, w której zamawiający zamieszcza sprzeczne informacje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz. Na istotną rolę tego naruszenia zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3.04.2008 r. sygn. akt KIO/UZO 248/08 wskazując, że *Treści postanowień ogłoszenia i specyfikacji nie mogą być sprzeczne, gdyż mogłoby to prowadzić do wprowadzenia w błąd wykonawców, którzy – mimo spełniania warunku określonego w specyfikacji – odstępowaliby od zamiaru zapoznania się ze specyfikacją i udziału w postępowaniu, gdyż nie spełnialiby warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu* oraz Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 15.03.2006 sygn. akt UZP/ZO/0-688/06 stwierdzając, iż *Warunki podmiotowe udziału w postępowaniu określa się po pierwsze w ogłoszeniu o zamówieniu, które powinno zawierać opis warunków oraz opis sposobu dokonywania oceny tych warunków – art. 41 pkt 7 Pzp, a po drugie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustawy Prawo zamówień publicznych. Brzmienie obu cytowanych przepisów jest tożsame. Taką też cechę powinny posiadać obydwa omawiane dokumenty, tj. ogłoszenie i specyfikacja,* a także w postanowieniu z dnia 22.06.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1765/06) oraz w wyroku z dnia 27.04.2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-495/07). Co więcej, należy mieć na uwadze, iż ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać listę dokumentów, których żąda zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Pogląd powyższy został potwierdzony w orzecznictwie Zespołu Arbitrów – wyrok z dnia 23.01.2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-123/06, w którym wskazano, iż *Lista wymaganych dokumentów powinna być sformułowana wprost w ogłoszeniu i siwz*, a potem Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 15.02.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 83/08.

Należy również wskazać na to, że formułując ogłoszenie o zamówieniu zamawiający ma również obowiązek upublicznienia informacji zawartych w § 4 Rozporządzenia z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, tj. wskazywać dokumenty, jakie powinni składać wykonawcy mający miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Powyższe zostało potwierdzone w uchwale KIO z dnia 30.12.2009 r. sygn. akt KIO/KU 52/09.

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje również **możliwość zmiany ogłoszenia o zamówieniu**. Zgodnie bowiem z przepisem art. 11 ust. 4 ustawy Pzp, ogłoszenie zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający może zmienić, zamieszczając w Biuletynie ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, zawierające w szczególności datę zamieszczenia zmienianego ogłoszenia i jego numer. Zacytowany przepis przyznaje więc zamawiającemu uprawnienie do zmiany ogłoszenia bez konieczności wskazywania okoliczności uzasadniających taką zmianę oraz w pełnym zakresie. Zamawiający będzie w szczególności uprawniony do zmiany w ogłoszeniu informacji odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia. Na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy zamawiający będzie dokonywał zmian ogłoszeń samodzielnie, tj. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zmianie w Biuletynie Zamówień Publicznych drogą elektroniczną za pomocą formularza umieszczonego na stronach portalu internetowego Urzędu. Analogicznie możliwe jest dokonywanie zmian w ogłoszeniach opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Stosownie do art. 12 ust. 4 ustawy Pzp, ogłoszenia opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający może zmienić, przekazując UOPWE, ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.

Zgodnie natomiast z art. 12 a ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP lub opublikowanego w UOPWE, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne. Zgodnie z art. 12 a ust. 2 ustawy, jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, termin składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia UOPWE, a termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niż 10 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia UOPWE w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. A zatem **zamawiający jest ustawowo zobowiązany do zamieszczenia sprostowania ogłoszenia oraz przedłużenia terminu składania ofert, jeśli zmiana ogłoszenia dotyczy jego istotnych elementów, m.in. warunków udziału w postępowaniu, a wartość zamówienia przekracza kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy.** Stosownie natomiast do art. 38 ust. 4a Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:

1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
2) przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać także na dyspozycję art. 38 ust. 4 b ustawy Pzp, zakazującą dokonywania zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wnio-

sków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Dokonanie zmiany w ogłoszeniu na tym etapie postępowania mogłoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ wykonawca, który dopiero po zmianie ogłoszenia mógłby złożyć ofertę odpowiadającą wymogom zamawiającego, byłby takiej możliwości pozbawiony. Taka sytuacja mogłaby nastąpić, wówczas gdy wykonawca zrezygnowałby ze złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po zapoznaniu się z ogłoszeniem, a byłby zainteresowany ubieganiem się o zamówienie po zmianie ogłoszenia spowodowanej zmianą siwz.

Kolejny rodzaj ogłoszeń, czyli ogłoszeń o udzieleniu zamówienia został uregulowany w art. 95 ustawy. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w *sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich* (Dz. U. Nr 224, poz. 1795), zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Prezesowi Urzędu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie określają, jakie informacje powinny znaleźć się w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia. Należy wskazać, iż wymóg publikacyjny odnosi się wyłącznie do zamówień już udzielonych, czyli tylko wówczas gdy została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Z uwagi na to, że ustawa nie precyzuje terminu przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, to wydaje się, iż powinno to nastąpić niezwłocznie, a więc w możliwie jak najszybszym terminie po zawarciu umowy. Zasadny wydaje się też pogląd, iż dzień, w którym doszło do zawarcia umowy, stanowi spełnienie tego wymogu. W przeciwnym razie, jeżeli obowiązek ten zostanie spełniony w późniejszym terminie, to zamawiający powinien wskazać przyczyny zwłoki oraz wykazać, iż były one niezależne od zamawiającego oraz obiektywne.

Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenia opisywanych artykułów stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Naruszenie 1:

W trakcie procedury zamawiający wyjaśniał treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odpowiedziami na pytania wykonawców z dnia 26.08.2009 r. zamawiający zmodyfikował jeden z warunków udziału w postępowaniu, zrezygnował z postawionego wymogu posiadania przez ekspertów uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w określonych specjalnościach w zakresie „bez ograniczeń". Odpowiedziami na pytania z dnia 04.09.2009 r. zamawiający wykreślił ze wszystkich wzorów formularzy sformułowanie „bez ograniczeń".

– Zgodnie z art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści siwz prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.
– Zgodnie z art. 12 a ust. 1 ustawy Pzp w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne. Zgodnie z art. 12 a ust. 2 ustawy, jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania

ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Zamawiający jest więc ustawowo zobowiązany do zamieszczenia sprostowania ogłoszenia oraz przedłużenia terminu składania ofert, jeśli zmiana ogłoszenia dotyczy jego istotnych elementów, m.in. warunków udziału w postępowaniu, a wartość zamówienia przekracza kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy.

Należy podkreślić, iż zamawiający dwukrotnie przekazywał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich sprostowania do ogłoszenia o zamówieniu:

1) w dniu 03.08.2009 r. (opublikowane w UOPWE z dnia 06.08.2009 r. pod numerem 2009/S 149 – 217294),
2) w dniu 04.09.2009 r. (opublikowane w UOPWE z dnia 09.09.2009 r. pod numerem 2009/S 173 – 249001).

Pierwsza modyfikacja dotyczyła doprecyzowania terminu związania ofertą, natomiast druga dotyczyła zmiany terminu otwarcia ofert z 08.09.2009 r. godzina 12:00 na 09.09.2009 r. godzina 14:00.

W postępowaniu będącym przedmiotem kontroli zamawiający dokonał zmiany warunków udziału w postępowaniu w trakcie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców. Zmiana ta nie została uwzględniona w sprostowaniu ogłoszenia o zamówieniu oraz nie został przedłużony termin składania ofert, który od dnia modyfikacji warunków w zakresie uprawnień wynosił 5 dni (od 04.09.09 r. do 09.09.09 r.), zamiast wymaganych min. 22 dni. Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 38 ust. 4 a oraz art. 12 a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Naruszenie 2:

W dniu 29 kwietnia 2009 r. zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowanie do ogłoszenia o zamówieniu. Sprostowaniu uległ pkt III.2.3) Zdolność techniczna, gdzie zapis *„1 budowa polegająca na przejściu pod drogą w technologii przecisku lub przewiertu sterowanego"* został zastąpiony zapisem *„3 budowy polegające na przejściu pod drogą w technologii przecisku lub przewiertu sterowanego"*. Zmianie uległ także zapis o wymogu zrealizowania przynajmniej jednego zadania inwestycyjnego w sektorze gospodarki wodno-ściekowej o wartości robót netto minimum 15 000 000 PLN, gdzie wymagana wartość realizowanych robót została zmieniona na 8 000 000 PLN. Sprostowanie zostało również zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, na stronie internetowej zamawiającego oraz na tablicy ogłoszeń. Niezależnie więc od faktu ile dni rzeczywiście pozostało od dnia publikacji sprostowania do dnia składania ofert, zamawiający jest ustawowo zobowiązany do przedłużenia terminu składania ofert, jeśli zmiana ogłoszenia dotyczy jego istotnych elementów, m.in. warunków udziału w postępowaniu, a wartość zamówienia przekracza kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy. **W postępowaniu będącym przedmiotem kontroli zamawiający dokonał zmiany warunków udziału w postępowaniu, nie przedłużył jednak terminu składania ofert.** Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 12a ust. 2 ustawy. Powyższe naruszenie nie jest jednak naruszeniem rażącym i nie miało wpływu na wynik postępowania.

Naruszenie 3:

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym z protokołu postępowania (druk ZP-1), wynika, iż zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o postępowaniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie. W myśl art. 40 ust. 1 ustawy zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. **Niezamieszczenie ogłoszenia o przedmiotowym postępowaniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego stanowi naruszenie art. 40 ust. 1 ustawy.**

Naruszenie 4:

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 wartość zamówienia (tj. 6 510 000,00 zł, co stanowi równowartość 1 679 090,04 euro wg kursu 3,8771 określonego Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 214, poza. 1763)) oraz charakter zamówienia obligujący zamawiającego do jego udzielenia zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkowały obowiązkiem zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu m.in. w UOPWE. W myśl art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, **umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowane w DzUUE, chyba że z przepisów ustawy nie wynika taki obowiązek.**

Brak przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wypełnia dyspozycję ww. przepisów.

Naruszenie 5:

Zamawiający w rozdziale VIII siwz oraz w ogłoszeniach zamieszczonych na stronie internetowej, na tablicy ogłoszeń oraz w Dzienniku Bałtyckim zawarł wymóg, aby zamówienie zostało zrealizowane w terminie do 2 listopada 2005 r. W Sekcji II.3 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych termin ten określono na 6 miesięcy od momentu udzielenia zamówienia.

W myśl art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy, „ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczone lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, nie może zawierać informacji innych niż przekazane Prezesowi Urzędu (…)". W związku z powyższym, **wskazanie w ogłoszeniu zamieszczonym w BZP informacji innych niż informacje zawarte w pozostałych ogłoszeniach, w Dzienniku Bałtyckim oraz w siwz, stanowi naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 2.**

Naruszenie 6:

W ogłoszeniu opublikowanym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim „Gazeta Wyborcza" w dniu 11 sierpnia 2008 r. zamawiający nie zawarł informacji o dniu przekazania ogłoszenia UOPWE, a zamiast tego wpisał datę opublikowania i numer ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczone lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób musi zawierać informację o dniu jego przekazania UOPWE. **Zamawiający nie zamieszczając informacji o dniu przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w dzienniku „Gazeta Wyborcza" naruszył art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy.**

Naruszenie 7:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym na stronie internetowej oraz w siedzibie w dniu 19 lutego 2008 roku wskazał, iż „opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków zawiera udostępniona na stronie siwz".

Przepis art. 41 ustawy określa minimalny zakres informacji, które muszą zostać zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym zamawiający wszczyna postępowanie

w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na własnej stronie internetowej. Zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy, ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać m.in. opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Niezamieszczenie powyższych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu jest naruszeniem art. 41 pkt 7 ustawy.

Naruszenie 8:

W ogłoszeniu o zamówieniu w pkt IV. 3. 7) zamawiający ustalił, iż wykonawca pozostanie związany ofertą przez 90 dni od dnia upływu terminu składania ofert. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 16.1. zamawiający określił niniejszy termin związania ofertą na 60 dni od ustalonej daty składania ofert.

Termin związania ofertą stanowi jeden z elementów treści, jaki zamawiający, zgodnie z art. 41 pkt 11) oraz art. 36 ust. 1 pkt. 9) ustawy Pzp, musi uwzględnić w obu dokumentach. Zamawiający ma zatem obowiązek sprecyzowania, w kontekście danego zamówienia, warunków dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym terminu związania ofertą. Niniejsze zapisy zawarte w różnych dokumentach postępowania powinny być ze sobą zgodne. Postanowienia zawarte w dostępnej dla wykonawców dokumentacji postępowania nie mogą być ze sobą sprzeczne, a poprzez swoją sprzeczność budzić wątpliwości co do wymogów stawianych przez zamawiającego potencjalnym wykonawcom zamówienia.

Niespójność między treścią ogłoszenia o zamówieniu a zapisami SIWZ w zakresie warunków dotyczących zasad prowadzonego postępowania stanowi naruszenie art. 41 pkt 11 i art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Naruszenie 9:

W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w „Gazecie Wyborczej", zamieszczonym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej, zamawiający nie zawarł informacji dotyczącej dokumentów, jakie mają zostać złożone przez wykonawców mających miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Stwierdzić zatem należy, że **zamawiający, nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o dokumentach, jakie w powyższym zakresie powinny zostać złożone przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.**

Naruszenie 10:

Zamawiający podpisał umowę w sprawie zamówienia publicznego w dniu 24.10.2008 r., a ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych dopiero 20.01.2009 r. Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w BZP.

Zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia prawie po 3 miesiącach od dnia podpisania umowy stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy.

Przesłanki wyboru trybu zapytania o cenę – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP

Tryby, w jakich zamawiający może udzielić zamówienia publicznego, zostały enumeratywnie uregulowane w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Już sam art. 10 ww. ustawy wskazuje, iż ustawa określa zamknięty katalog trybów, w których zamawiający może udzielić zamówienia. Ponadto ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje w art. 10 ust. 1 zasadę prymatu określonych (konkurencyjnych) trybów udzielania zamówień publicznych. Jako najpełniej realizujące podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych zostały w art. 10 ustawy wskazane tryby w postaci przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego. Przetarg nieograniczony i ograniczony są zatem trybami podstawowymi, których zastosowanie do udzielenia zamówienia publicznego nie jest uzależnione od spełnienia żadnych dodatkowych przesłanek. Tym samym ww. przepis w sposób pośredni ustanawia zasadę powszechnego dostępu wykonawców do zamówienia publicznego. Jak wynika z art. 39 ustawy, przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Natomiast art. 47 ustawy stanowi, że przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Powyższe oznacza *de facto*, iż ustawa w odniesieniu do trybu przetargu ograniczonego nie ogranicza liczby podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. krąg podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku jest w tym wypadku bardzo szeroki. Dopiero art. 51 ust. 1 ustawy uprawnia zamawiającego do ograniczenia liczby wykonawców, którzy będą mogli złożyć w postępowaniu oferty, wskazując, że zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Niewątpliwie celem wyróżnienia (preferowania) przez ustawodawcę określonych trybów (przetarg nieograniczony i ograniczony) jest zapewnienie najpełniejszej realizacji zasad powszechnego, równego i niczym nieograniczonego dostępu zainteresowanych wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż tryby te umożliwiają także najpełniejszą realizację zasad dotyczących zachowania uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, a tym samym dostępu przedsiębiorców do rynku.

Niewątpliwie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów niekonkurencyjnych stanowi odstępstwo od wyrażonej pośrednio w art. 10 ustawy zasady powszechnego dostępu wszystkich zainteresowanych wykonawców do zamówienia publicznego. Na powyższe wskazała KIO w wyroku z dnia 14.07.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 812/09 i KIO/UZP 833/09), w uzasadnieniu którego zostało stwierdzone, że: *„Wobec zasady prymatu trybów przetargowych można naruszyć przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 p.z.p., a także inne przepisy określające przesłanki zastosowania trybów określonych w art. 10 ust. 2 p.z.p., tylko przez zastosowanie danego trybu nieprzetargowego w sytuacji, gdy nie wystąpią przesłanki unormowane w przepisach szczegółowych, którymi są art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 p.z.p., a w odniesieniu do innych trybów: art. 55 ust. 1, art. 60b ust. 1, art. 62 ust. 1, art. 67 ust. 1, art. 70 i art. 74 ust. 2 p.z.p. Nie można naruszyć przepisów uprawniających do zastosowania innych trybów niż przetargowe, w tym art. 67 ust. 1 pkt 6 p.z.p. przez zapowiedź w specyfikacji ich niezastosowania lub art. 67 ust. 1 pkt 5 przez – nawet literalne – przytoczenie wszystkich przesłanek i zapowiedzenie, że mimo ich zaistnienia zamawiający wykona inną czynność".*

Jednym z przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych niekonkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych jest tryb zapytania o cenę. Zastosowanie tego trybu do udzielenia za-

mówienia jest uzależnione łącznie od spełnienia określonych przesłanek odnoszących się do jego przedmiotu i wartości zamówienia:

- Ustawodawca dopuścił zastosowanie tego trybu jedynie do zamówień, których wartość nie przekracza kwot określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- W odniesieniu do przedmiotu zamówienia zastosowanie powyższego trybu jest możliwe jedynie w odniesieniu do dostaw i usług, z wyłączeniem robót budowlanych bez względu na ich rodzaj i wartość.
- Dodatkowo przedmiotem zamówienia mogą być tylko typowe dostawy i usługi, które charakteryzują się jednocześnie nieznacznym zróżnicowaniem jakościowym (posiadają ustalone standardy jakościowe). Ponadto ich dostępność na znanym zamawiającemu rynku musi być znaczna, co powoduje brak trudności w zidentyfikowaniu podmiotów w minimalnej ilości wymaganej w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Niewątpliwie istotą tego trybu jest umożliwienie zamawiającym nabywania standardowych usług i dostaw w znacznie uproszczonej i mniej czasochłonnej niż przetarg nieograniczony i ograniczony procedurze. **Art. 69 ustawy wskazuje, że zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert.** Art. 69 ustawy wskazuje także na fakt, iż w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę brak jest ogłoszenia o zamówieniu, gdyż zapytanie kierowane jest przez zamawiającego do zamkniętego kręgu wykonawców.

Art. 70 ustawy określa w sposób szczegółowy przesłanki umożliwiające zastosowanie trybu zapytania o cenę wskazując, że zamawiający może udzielić zamówienia w tym trybie zapytania, 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. Oznacza to, iż tryb ten może być stosowany w odniesieniu do dostaw (nabywania rzeczy) oraz świadczenia usług, które charakteryzują się powszechną dostępnością i jednocześnie posiadają ustalone standardy jakościowe. Jednocześnie przepis ten wskazuje, iż szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego zgodnie z zasadami określonymi w art. 32, 34 i 35 ustawy nie powinna przekraczać kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Tym samym należy uznać, iż przedmiotem zamówienia powinny być typowe rzeczy powszechnego użytku (np. środki czystości, przybory higieniczne, materiały papiernicze, artykuły spożywcze, paliwa napędowe do pojazdów silnikowych, opał itp.) lub standardowe usługi (np. usługi sprzątania, usługi krawieckie, usługi szklarskie, usługi pralnicze, usługi introligatorskie i poligraficzne, usługi kserograficzne itp.), które są oferowane na rynku przez znaczną liczbę podmiotów oraz jednocześnie wykazują się typowymi i standardowymi cechami jakościowymi, zaś wartość szacunkowa zamówienia jest stosunkowo nieznaczna. Należy wskazać, iż tego rodzaju dostawy i usługi powinny być pod względem przedmiotowym w pełni porównywalne, zaś jedynym elementem, który może je od siebie odróżniać, może być ich cena. Z powyższego przepisu wynika również, iż przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie (kumulatywnie).

Znaczenie zwrotu „dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych" nie zostało doprecyzowane przez ustawodawcę. Jednakże analiza powyższego zwrotu była przedmiotem licznych interpretacji Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych w sprawach indywidualnych rozstrzyganych w formie opinii prawnych. W powyższym zakresie Departament Prawny UZP wskazał, że: *ustawa Pzp nie określa bliżej co należy rozumieć przez „usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych. Kierując się wykładnią językową, ustawowe pojęcie „powszechnie dostępny" należałoby rozumieć jako „dotyczący wszystkich, wszystkiego", pospolity, masowy, seryjny, popularny. Podobnie pod pojęciem „ustalone standardy jakościowe" należy rozumieć typy lub gatunki (dostaw/usług) dokładnie określone, znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, standardowym, a nie specyficznym wymaganiom (normom), niewymagające indywidualnego podejścia.*

Przez powszechną dostępność dostaw lub usług należy rozumieć zatem oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług. Oznacza

to, że tryb zapytania o cenę nie może być wykorzystywany do nabywania towarów lub usług specjalistycznych, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, o dostępności ograniczonej do nielicznych, specjalistycznych wykonawców. Nie można go więc stosować do zamówień na wszelkie nietypowe usługi, wymagające szczególnych kwalifikacji bądź usługi wyjątkowego zastosowania. Przesłankę art. 70 Pzp należałoby zatem rozumieć jako możliwość realizacji typowych w danej branży zamówień przez większość podmiotów tej branży. Należy podnieść, iż warunkiem świadczenia usług polegających na usuwaniu produktów niebezpiecznych jest posiadanie odpowiednich uprawnień oraz pozwoleń. Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – o odpadach (Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251 ze zm.), w art. 17 ust. 1 ustawy nakłada na podmiot trudniący się budową, rozbiórką, remontem obiektów, czyszczeniem zbiorników lub urządzeń oraz sprzątaniem, konserwacją i naprawą, w trakcie których dochodzi do powstawania odpadów, obowiązek uzyskania decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi, jeżeli wytwarza odpady niebezpieczne (np. azbest) w ilości powyżej 0,1 Mg rocznie. Powyższe usługi wymagają również, od podmiotów trudniących się ich wykonywaniem, specjalistycznych kwalifikacji.

Ponadto przez „ustalone standardy jakościowe" pojmowane jako „przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki), wyroby odpowiadające przeciętnym wymaganiom" należy rozumieć zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych produktów norm określonych przepisami prawa przedmiotu świadczenia, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Istotną cechą produktów lub usług zamawianych w trybie zapytania o cenę powinna być więc ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju produktów czy usług, oferowanych przez różnych dostawców lub wykonawców, poprzez podanie nazwy produktu lub usługi i określenie podstawowych ich parametrów czy zakresu. W konsekwencji tryb zapytania o cenę może być stosowany tylko w odniesieniu do takich dostaw lub usług, których standardy jakościowe nie są ustalane indywidualnie przez zamawiającego na jego konkretne potrzeby, ale zamawiający zaspokaja swoje potrzeby poprzez nabywanie towarów lub usług ogólnie dostępnych, powszechnie oferowanych, takich jakie są *de facto* oferowane wszystkim, ewentualnie zainteresowanym ich zakupem.

O tym, czy dany przedmiot zamówienia zakwalifikować można jako powszechnie dostępny o ustalonych standardach jakościowych, decyduje zamawiający, mając na uwadze całość zamówienia. Jak zostało już wyżej wskazane – rzeczy i usługi powszechnie dostępne to takie, które jako dobra popularne są wszędzie na rynku oferowane i wykonywane przez wszystkich wykonawców działających w określonej branży. Można je nabywać bez względu na miejscowość i czas. Natomiast przyjęcie, że określone usługi są standardowe, oznacza, iż niezależnie od faktu, kto będzie ich wykonawcą (o ile jest przynajmniej pięciu wykonawców świadczących usługi określonego rodzaju), jedyną różnicą będą zaoferowane ceny (tzn. sam przedmiot będzie zestandaryzowany – identyczny, niezależnie od tego, który z wykonawców go wykona). Na rynku dostaw, w trybie zapytania o cenę mogą zostać zakupione np. artykuły biurowe, produkty spożywcze różnego asortymentu, opał, paliwo, standardowy sprzęt komputerowy. Natomiast rynek usług to m.in. zakup prostych usług poligraficznych, usług utrzymania czystości lub usługi pralnicze".

W zakresie niedopuszczalności zastosowania trybu zapytania o cenę do usługi inżyniera kontraktu wypowiedziała się Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w orzeczeniu z dnia 17.09.2007 r. (sygn. akt 0965-DB/94/07), wskazując, że: „Usługa pełnienia roli inżyniera kontraktu nie posiada cech usługi standardowej (typowej) i z tego powodu nie może mieć charakteru usługi powszechnie dostępnej o ustalonych standardach jakościowych. W związku z powyższym udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie roli inżyniera Kontraktu zadania pod nazwą przebudowa drogi powiatowej w trybie zapytania o cenę jest niezgodne z przepisem art. 70 ustawy z 2004 r. Prawo zamówień publicznych i wyczerpuje dyspozycję przepisu art. 17 ust. 1 pkt 2 a ustawy z 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych".

Wyżej przytoczona opinia Departamentu Prawnego UZP oraz orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych wskazują, iż **wykluczone jest udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę w odniesieniu do specjalistycznych dostaw lub usług,**

których realizacja uzależniona jest od posiadania przez wykonawców określonych decyzji administracyjnych lub wymaga posiadania określonych uprawnień, bez których realizacja przedmiotu zamówienia jest niemożliwa. Tym samym specjalistyczny charakter przedmiotu zamówienia stoi w sprzeczności ze wskazaną w art. 70 ustawy przesłanką, aby przedmiotem zamówienia były dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych.

W przypadku powyższego trybu ma znaczenie fakt, iż wszczęcie postępowania następuje poprzez skierowanie pytania o cenę do wybranych przez zamawiającego wykonawców. Oznacza to, iż grupa podmiotów biorących udział każdorazowo w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę jest ustalana przez zamawiającego i za niedopuszczalne należy uznać udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, do którego nie zostało skierowane pytanie o cenę. Na powyższe wskazuje wprost treść art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, który stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Tym samym w powyższym wypadku zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył ofertę pomimo braku zaproszenia do składania ofert w trybie zapytania o cenę.

Należy ponadto zwrócić uwagę, iż art. 71 ust. 1 ustawy wskazuje, iż zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zapytania o cenę, zapraszając do składania ofert taką liczbę wykonawców, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5. Określona w art. 71 ust. 1 ustawy minimalna liczba wykonawców służy przede wszystkim realizacji zasady uczciwej konkurencji. Jednakże brak możliwości zidentyfikowania przez zamawiającego na rynku wskazanej w powyższym przepisie minimalnej liczby podmiotów mogących zaoferować dostawy lub usługi pożądane przez zamawiającego powinien sygnalizować temu ostatniemu, iż przedmiot zamówienia nie ma charakteru powszechnie dostępnego. Tym samym ww. przepis dopełnia niejako w praktyce przesłankę wskazaną w art. 70 ustawy, gdyż brak możliwości zidentyfikowania przez zamawiającego na rynku wskazanej w art. 71 ustawy liczby wykonawców powoduje, iż nie sposób uznać, że przedmiot zamówienia charakteryzuje się powszechną dostępnością.

W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do przesłanek udzielenia zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę:

Przykład 1 (KN/66/08):

Zamawiający przeprowadził w trybie zapytania o cenę postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę prowadzenia księgowości.

W doktrynie utrzymuje się, iż dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Za takie dobra nie mogą być uważane rozmaite usługi nietypowe, zwłaszcza wymagające szczególnych kwalifikacji (np. eksperckie, poszukiwawcze, artystyczne) albo rzadkiego bądź wyjątkowego zastosowania (np. geologiczne, detektywistyczne czy ratownicze).

W rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 12 lipca 2002 r. w sprawie uprawnień do usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych (Dz. U. Nr 120, poz. 1022 ze zm.) wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 81 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694, z późn. zm.), określone zostały warunki uprawniające do usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych, w tym m. in. kwalifikacje i wymagania, których spełnienie uprawnia do usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych, wykaz dokumentów składanych przez osoby fizyczne ubiegające się o wydanie certyfikatu księgowego oraz sposób prowadzenia wykazu osób posiadających certyfikat księgowy.

Zgodnie z § 2 ust. 2 w zw. z § 3 ust. 3 ww. rozporządzenia, za uprawnione do usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych uznaje się osoby fizyczne posiadające certyfikat księgowy oraz osoby nieposiadające takiego certyfikatu, ale wpisane do rejestru biegłych rewidentów lub na listę doradców podatkowych.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż na gruncie ustawy Pzp usługi prowadzenia ksiąg rachunkowych nie można uznać za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Usługa ta nie może być spełniona przez dowolnego wykonawcę, lecz wyłącznie przez osoby lub podmioty posiadające uprawnienia wymagane do usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych.

Ponadto z protokołu posiedzenia komisji przetargowej z dnia 23.10.2006 r. wynika, iż z zapytaniem o cenę zwrócono się do pięciu osób, a za najkorzystniejszą ofertę komisja uznała ofertę pani A. Z kolei w drugim protokole z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 23.10.2007 r. stwierdzono, iż zapytanie o cenę skierowano do trzech osób, tj. p. A, p. B. i p. C. W protokole tym również nadmieniono, iż na zapytanie o cenę odpowiedziała tylko p. A i została przez komisję zakwalifikowana na stanowisko księgowej w projekcie EFS. W rozmowie telefonicznej i w piśmie z dnia 8.12.2008 r. osoba pełniąca funkcję sekretarza komisji w postępowaniu wyjaśniła, iż rozbieżności w datach obydwu ww. protokołów są efektem „oczywistej literówki" i protokoły te zostały sporządzone w przedmiotowym postępowaniu 23.10.2006 r.

Należy zaznaczyć, iż stosownie do art. 71 ustawy zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zapytania o cenę, zapraszając do składania ofert taką liczbę wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności usługi będące przedmiotem zamówienia, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przesyła specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Z powyższego wynika, iż zamawiający przed skierowaniem zapytania o cenę powinien przeprowadzić badanie rynku w celu ustalenia katalogu podmiotów rzeczywiście prowadzących działalność w danej branży oraz świadczących usługi będące przedmiotem zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest również zaproszenie właściwej liczby wykonawców, która zapewni konkurencję i wybór najkorzystniejszej oferty, przy czym liczba ta musi wynosić co najmniej 5. Zaproszenie do składania ofert mniejszej niż 5 liczby wykonawców stanowi naruszenie przepisu art. 71 ust. 1 ustawy.

Jednocześnie należy zaznaczyć, iż zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu. Powyższe ma na celu zapewnienie przez zamawiającego konkurencji poprzez możliwość dokonania wyboru spośród co najmniej dwóch niepodlegających odrzuceniu ofert.

Tym samym zamawiający, prowadząc postępowanie w celu udzielenia zamówienia publicznego na świadczenie usług prowadzenia księgowości w trybie zapytania o cenę, naruszył dyspozycję art. 70 ustawy poprzez udzielenie zamówienia w powyższym trybie bez spełnienia ustawowych przesłanek jego zastosowania. Jednocześnie, przyjmując za wiarygodną treść protokołu zawierającego więcej szczegółowych informacji dotyczących przedmiotowego postępowania, należy uznać, iż zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie zapytania o cenę niezgodnie z normą wyrażoną w art. 71 ust. 1 ustawy, poprzez skierowanie zapytania tylko do trzech osób oraz z treścią art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z zaniechaniem unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, iż w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę wpłynęła tylko jedna oferta. Powyższe naruszenia mogą skutkować nieważnością umowy zawartej w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy, ponieważ zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy.

Przykład 2 (KN/40/09):

W załączniku do wniosku o wszczęcie postępowania zamawiający powołuje się na następujące okoliczności: „Zamawiający (…) sugeruje wybór trybu postępowania w postaci zapytania o cenę, mając na celu za-

pewnienie sprawnego przebiegu postępowania z uwagi na jego prostotę i szybkość. Tryb ten pozwoli ponadto na poniesienie stosunkowo niewielkich kosztów w porównaniu z kosztami wiążącymi się z przeprowadzeniem przetargu w innym trybie. Wartość zamówienia jest mniejsza od kwoty określonej w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 87 poz. 604), do którego odsyła art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. O powszechnej dostępności usług będących przedmiotem zamówienia przesądza występowanie na rynku działania zamawiającego wiele podmiotów oferujących w pełni porównywalne usługi. Tym samym spełnione zostają warunki z art. 70 Pzp dotyczące ograniczenia co do wartości zamówienia oraz jego przedmiotu".

Przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu było opracowanie projektów inżynierskich wraz z kosztorysami i studium wykonalności dla projektu CENTRUM EDUKACJI I BADAŃ EKOLOGICZNYCH. Do zadań wykonawcy należało wykonanie szeregu usług, polegających zarówno na przeprowadzeniu spotkań konsultacyjnych, opracowaniu materiałów informacyjnych jak również na wypracowaniu rozwiązań instytucjonalnych, kadrowych i finansowych niezbędnych do wdrożenia inwestycji, opracowaniu projektów budowlanych i przygotowaniu ostatecznego zakresu inwestycji wraz z kosztorysem. Nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż tak określona usługa jest usługą powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Usługa ta wymaga posiadania kompleksowej wiedzy, doświadczenia i umiejętności z wielu dziedzin. Co więcej, do opracowania przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia projektów budowlanych wykonawca obowiązany jest posiadać odpowiednie uprawnienia.

Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 1 i 2 ustawy Prawo budowlane, projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego stanowi samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, którą wykonywać mogą wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją wydaną przez organ samorządu zawodowego. Z uwagi na fakt, że usługi te mogą być wykonywane jedynie przez podmioty legitymujące się odpowiednimi uprawnieniami, nie można uznać, że są to usługi o charakterze masowym czy pospolitym.

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 rażące naruszenie art. 70 ustawy mogące skutkować nieważnością zawartej z wykonawcą umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Przykład 3 (KN/70/09):

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Nadzór nad remontem mostu wraz z nadzorem drogowym i nadzorem nad pracami związanymi z przeniesieniem wodociągu pod dno rzeki" w trybie zapytania o cenę na podstawie art. 69 ustawy Prawo Pzp. Przedmiotem niniejszego zamówienia była usługa nadzoru budowlanego nad remontem mostu na rzece.

Uzasadniając wystąpienie, w przedmiotowym stanie faktycznym, przesłanek stosowania trybu zapytania o cenę, zamawiający wskazał, iż usługa nadzoru budowlanego jest typową i powtarzalną usługą w branży, a także jest świadczona powszechnie w zbliżonych cenach. Znalezienie wykonawcy nie wiąże się zdaniem zamawiającego z żadnymi trudnościami (ogólnie dostępne listy osób świadczących wskazane usługi znajdują się

w dyspozycji okręgowych Izb Inżynierów Budownictwa). Wartość zamówienia nie przekraczała ponadto progu 137 000 euro. Zamawiający podkreślił, że skorzystanie z trybu zapytania o cenę było podyktowane chęcią szybkiego i sprawnego zapewnienia nadzoru nad ważną ze względu na interes publiczny inwestycją, umożliwiło także ograniczenie nakładu pracy i kosztów organowi publicznemu w okresie wzmożonej pracy nad przygotowaniem inwestycji na kolejny rok.

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Nadzór nad remontem mostu wraz z nadzorem drogowym i nadzorem nad pracami związanymi z przeniesieniem wodociągu pod dno rzeki" prowadzone w trybie zamówienia zapytania o cenę na podstawie art. 70 ustawy zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie wykazał, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z „usługami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach jakościowych", co zgodnie z art. 70 jest obligatoryjną przesłanką umożliwiającą zastosowanie ww. trybu udzielenia zamówienia.

Z uwagi na przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu, jakim jest „wykonanie nadzoru inwestorskiego", mamy do czynienia z sytuacją szczególnego rodzaju, bowiem zakres czynności wchodzących w skład nadzoru inwestorskiego oraz uprawnienia niezbędne do jego wykonywania zostały określone w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. 2003 r. Nr 207, poz. 2016 ze zm.). Nadzór inwestorski polega na reprezentowaniu interesów inwestora na budowie oraz wykonywaniu bieżącej kontroli jakości i ilości wykonywanych robót, udziale w sprawdzaniu i odbiorach robót zakrywanych i zanikających, badaniu i odbiorze instalacji oraz urządzeń technicznych, jak również udziale przy odbiorze gotowego obiektu budowlanego. Inwestor może powierzyć również inspektorowi nadzoru inwestorskiego zadanie sprawdzenia rozliczeń i innych świadczeń rzeczowych. Nadzór inwestorski musi być ustanowiony na budowie obiektów budowlanych wyszczególnionych w odpowiednich przepisach albo w pozwoleniu na budowę, albo może być również ustanowiony z własnej inicjatywy inwestora. Natomiast zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, wykonywanie nadzoru inwestorskiego stanowi samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, czyli jedną z działalności związanych z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązywania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych. W myśl art. 12 ust. 2 ustawy Prawo budowlane samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, w tym wykonywanie nadzoru inwestorskiego, mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją zwaną uprawnieniami budowlanymi. Są one wydawane przez organy samorządu zawodowego. Warunkiem uzyskania uprawnień budowlanych jest złożenie egzaminu ze znajomości przepisów prawnych dotyczących procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej.

W świetle przytoczonych powyżej przepisów ustawy Pb należy stwierdzić, iż na gruncie ustawy Pzp usługi pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie danej specjalności nie można uznać za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Usługa ta nie może być spełniona przez dowolnego wykonawcę, lecz wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane w zakresie pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego danej specjalności. Świadczą o tym także wymogi postawione przez zamawiającego wykonawcom w zakresie przedstawienia uprawnień dla osób, które będą wykonywać zamówienie. Dodatkowo przy wykonywaniu przedmiotowej usługi istotne znaczenie mają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie, wyniesione ze wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania oraz wielkości do tej, na której nadzór ma być pełniony. Nie ma też żadnych podstaw do uznania, iż usługa nadzoru inwestorskiego posiada ustalone standardy jakościowe. Niewątpliwie przepisy prawa budowlanego, określają zadania i obowiązki inspektora nadzoru budowlanego, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres jest określony w umowie z inwestorem. Z kolei postanowienia umowy wynikają przede wszystkim z charakteru inwestycji, na której inspektor będzie pełnił swoje obowiązki. Stąd też nie można stwierdzić, iż usługa nadzoru inwestorskiego może mieć charakter typowy, standardowy i z tego powodu posiadać ustalone standardy jakościowe.

Mając na uwadze powyższe, nie można uznać przedstawionej przez zamawiającego argumentacji za wystarczającą do wypełnienia przesłanek art. 70 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający zobowiązany był skorzystać z trybów podstawowych, jakie przewiduje ustawa Prawo zamówień publicznych, tj. przetargu nieograniczonego lub ograniczonego (art. 10 ustawy), które obligują go m.in. do zamieszczenia ogłoszenia o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia.

Przykład 4. (KN/96/09)

1. Przedmiotem zamówienia było pełnienie funkcji Inwestora zastępczego (Inżyniera Kontraktu) nad realizacją zadań inwestycyjnych pn.:
   Zadanie 1. *„Budowa kanalizacji – etap II wraz z modernizacją SUW"*.
   Zadanie 2. *„Wodociąg wschód gminy wraz z SUW"*.

Jako podstawę udzielenia niniejszego zamówienia zamawiający wybrał tryb zapytania o cenę, a jako uzasadnienie zastosowania niniejszego trybu zamawiający podał treść art. 70 ustawy Pzp.

Przedmiotem niniejszego zamówienia było pełnienie funkcji inwestora zastępczego (inżyniera kontraktu) obejmującej w swoim zakresie usługi nadzoru inwestorskiego oraz technicznej i ekonomicznej obsługi inwestycji.

Zakres czynności wchodzących w skład nadzoru inwestorskiego oraz uprawnienia niezbędne do jego wykonywania zostały określone w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Nadzór inwestorski polega na reprezentowaniu interesów inwestora na budowie oraz wykonywaniu bieżącej kontroli jakości i ilości wykonywanych robót, udziale w sprawdzaniu i odbiorach robót zakrywanych i zanikających, badaniu i odbiorze instalacji oraz urządzeń technicznych, jak również przy odbiorze gotowego obiektu budowlanego. Inwestor powierza również inspektorowi nadzoru inwestorskiego zadanie sprawdzania rachunków oraz ewentualnie rozliczeń materiałowych i innych świadczeń rzeczowych. Nadzór inwestorski musi być ustanowiony na budowie obiektów budowlanych wyszczególnionych w odpowiednich przepisach albo w pozwoleniu na budowę, albo może być również ustanowiony z własnej inicjatywy inwestora.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 Prawa budowlanego, wykonywanie nadzoru inwestorskiego stanowi samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, czyli jedną z działalności związanych z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązywania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych.

W myśl art. 12 ust. 2 Prawa budowlanego, samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, w tym kierowanie budową, wykonywanie nadzoru inwestorskiego, mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją zwaną uprawnieniami budowlanymi. Są one wydawane przez organy samorządu zawodowego. Warunkiem uzyskania uprawnień budowlanych jest złożenie egzaminu ze znajomości przepisów prawnych dotyczących procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej.

Zgodnie z art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane oraz – zgodnie z odrębnymi przepisami – wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności.

W myśl art. 13 Prawa budowlanego, uprawnienia budowlane mogą być udzielane do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi, a także zgodnie z art. 13 ust. 3 stanowią również podstawę do wykonywania nadzoru inwestorskiego. Uprawnienia budowlane są udzielane w specjalnościach: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, drogowej, mostowej, kolejowej, wyburzeniowej, telekomunikacyjnej, instalacyjnej w zakresie

sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektromagnetycznych. Ograniczenia w zakresie uprawnień budowlanych sprecyzowane zostały w rozporządzeniu Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 nr 83 poz. 578 z późn. zm.). Należy także podkreślić, iż stosownie do art. 12 ust. 6 Prawa budowlanego, osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, w tym inspektor nadzoru inwestorskiego, są odpowiedzialne za wykonywanie tych funkcji zgodnie z przepisami i zasadami wiedzy technicznej oraz za należytą staranność w wykonywaniu pracy, jej właściwą organizację, bezpieczeństwo i jakość.

W świetle przytoczonych powyżej przepisów Prawa budowlanego należy stwierdzić, iż na gruncie ustawy Pzp usługi pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie danej specjalności nie można uznać za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Usługa ta nie może być spełniona przez dowolnego wykonawcę, lecz wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane, w zakresie pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego w danej specjalności. Świadczą o tym także warunki postawione przez zamawiającego wykonawcom w zakresie uprawnień dla 3 inspektorów nadzoru, którzy będą wykonywać zamówienie.

Dodatkowo przy wykonywaniu przedmiotowej usługi istotne znaczenie mają 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. O tym także świadczą warunki określone przez zamawiającego w zakresie doświadczenia wykonawcy na inwestycjach kanalizacyjnych o wartości min. 5 mln zł oraz dysponowanie specjalistą ds. rozliczeń. Nie ma też podstaw do uznania, iż usługa nadzoru inwestorskiego posiada ustalone standardy jakościowe. Niewątpliwie przepisy Prawa budowlanego określają zadania i obowiązki inspektora nadzoru budowlanego, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres jest określony w umowie zawartej z inwestorem. Z kolei postanowienia umowy wynikają przede wszystkim z charakteru inwestycji, na której inspektor będzie pełnił swoje obowiązki. Stąd też nie można twierdzić, iż usługa Inwestora zastępczego (Inżyniera kontraktu), obejmująca w swoim zakresie usługę nadzoru inwestorskiego, może mieć charakter typowy, standardowy i z tego powodu posiadać ustalone standardy jakościowe.

W związku z powyższym przedstawiona przez zamawiającego argumentacja nie wyczerpuje przesłanki określonej w art. 70 ustawy umożliwiającej udzielenie niniejszego zamówienia w trybie zapytania o cenę.

Reasumując, udzielając zamówienia na pełnienie funkcji Inwestora zastępczego (Inżyniera Kontraktu) w trybie zapytania o cenę, zamawiający naruszył art. 70 ustawy, 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.

Przykład 5 (KN/134/09):

1. Zamawiający w dniu 04.07.2006 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę na dostawę unitu stomatologicznego wraz z aparatem RTG oraz systemem radiografii cyfrowej.

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. Wobec powyższego, aby Zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę w odniesieniu do dostaw muszą zostać łącznie spełnione dwie przesłanki: przedmiotem zamówienia powinny być dostawy po-

wszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych (przesłanka przedmiotowa), a wartość zamówienia powinna być mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (przesłanka wartościowa). Jednocześnie przesłanka dotycząca przedmiotu zamówienia obejmuje dwa elementy. Jednym z nich jest powszechna dostępność zamawianych dostaw lub usług oraz jednocześnie konieczność, aby dostawy lub usługi cechowały się ustalonymi standardami jakościowymi. W doktrynie wskazuje się, że dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach to takie, które reprezentują: „standardy jakościowe ogólnie znane w chwili rozpoczęcia postępowania" oraz że: „o powszechnej dostępności dostaw lub usług przesądza występowanie na rynku działania zamawiającego wielu podmiotów oferujących w pełni porównywalne wyroby gotowe lub typowe usługi". Wskazane powyżej przesłanki muszą wystąpić kumulatywnie.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że dostawa wyspecjalizowanego urządzenia, jakim jest unit stomatologiczny wraz z aparatem RTG oraz systemem radiografii cyfrowej, nie jest dostawą powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych, co oznacza, że udzielenie zamówienia na jej realizację nie może nastąpić w trybie zapytania o cenę, jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie. Na powyższe wskazuje także fakt, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaprosił do składania ofert jedynie 4 wykonawców. W wyjaśnieniach złożonych w toku skargi o sygn. SK/388/08 Zamawiający w piśmie z dnia 05.05.2009 r. wskazał, iż „Wyjaśniając kwestię zaproszenia do składania ofert tylko 4 wykonawców informuję, że z dostępnych mi informacji wynika, iż w 2006 r. SPZZOZ nie zidentyfikował na rynku większej liczby podmiotów, które mogłyby zaoferować aparaturę będącą przedmiotem zamówienia". Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż ze względu na specjalistyczny przedmiot zamówienia odpadła przesłanka powszechnej dostępności przedmiotu zamówienia uprawniająca do zastosowania trybu zapytania o cenę. Tym samym Zamawiający nie był w stanie skierować zaproszenia do składania ofert do wymaganej w ustawie liczby wykonawców, co jednoznacznie wskazuje, iż zastosowanie trybu zapytania o cenę było nieuprawnione. Ponadto należy wskazać, iż urządzenia stanowiące przedmiot zamówienia są urządzeniami specjalistycznymi, których produkcja oparta jest o zaawansowane technologicznie procesy produkcyjne i jednocześnie wykorzystuje najnowsze zdobycze techniki w zakresie radiografii cyfrowej jamy ustnej. Każdy z wykonawców stosuje w tym zakresie specyficzne i niestandardowe rozwiązania, które nierzadko podlegają ochronie patentowej lub stanowią zastrzeżone wzory przemysłowe. Dokonany przez Zamawiającego w zaproszeniu do składania ofert opis przedmiotu zamówienia jednocześnie wskazuje, iż zamawiane urządzenia nie znajdują się w powszechnym detalicznym obrocie handlowym, wymagają profesjonalnego montażu w miejscu przeznaczenia, muszą spełniać szczególne wymagania zawarte w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 roku o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 93, poz. 896 z późn. zm.), tj. wprowadzanie ich do obrotu i sam obrót podlegają szczególnym procedurom oraz wymagają zgłoszenia. Zgodnie bowiem z art. 52 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych „Wytwórca, autoryzowany przedstawiciel, importer, podmiot odpowiedzialny za wprowadzenie do obrotu wyrobu medycznego, podmiot zestawiający wyroby medyczne lub podmiot dokonujący sterylizacji, o których mowa w art. 8, mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dokonuje zgłoszenia do Rejestru wyrobu medycznego do różnego przeznaczenia lub aktywnego wyrobu medycznego do implantacji przed pierwszym wprowadzeniem go do obrotu lub do używania". Na podstawie art. 52 ustawy, podmiot wprowadzający wyrób medyczny do obrotu jest zobowiązany do zgłoszenia wyrobu do Rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i do używania, prowadzonego, zgodnie z art. 51 tej ustawy, przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Wobec powyższego należy wskazać, iż jedna z zasadniczych przesłanek zastosowania powyższego trybu, tj. odnosząca się do przedmiotu zamówienia przesłanka powszechnej dostępności i kwestia ustalonych standardów jakościowych nie została dla trybu zapytania o cenę spełniona. Nie można bowiem mówić o powszechnej dostępności produktu w przypadku gdy sam Zamawiający przyznaje, iż zidentyfikował jedynie 4 wykonawców, mogących zrealizować przedmiot zamówienia. Tym samym Zamawiający, udzielając zamówienia w trybie zapytania o cenę, rażąco naruszył art. 70 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego konsekwencją naruszenia ww. przepisów ustawy może być stwierdzenie przez sąd nieważności umowy, stosownie do treści art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy.

2. Zamawiający w dniu 04.07.2006 r. przekazał drogą elektroniczną trzem wykonawcom zaproszenie do składania ofert w trybie zapytania o cenę. Zgodnie z art. 71 ust. 1 ustawy Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zapytania o cenę, zapraszając do składania ofert taką liczbę wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przekazał zaproszenie do składania ofert jedynie 4 wykonawcom.

Biorąc pod uwagę powyższe, działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 71 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego konsekwencją naruszenia ww. przepisu ustawy może być stwierdzenie przez sąd nieważności umowy, stosownie do treści art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

Ustawa Pzp, która przyznaje pierwszeństwo stosowania przetargu nieograniczonego i ograniczonego w celu udzielenia zamówienia publicznego jako procedur zapewniających najszerszy dostęp wykonawców do realizacji zamówienia, przewiduje także funkcjonowanie niekonkurencyjnego trybu – trybu z wolnej ręki. Jest to tryb, który w swoim założeniu eliminuje drogę ubiegania się szerszemu gronu wykonawców o zamówienie.

W tym trybie zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Co więcej, wykonawca ten nie jest wyłaniany w drodze konkurencyjnej. W omawianej procedurze nie ma zatem miejsca na realizację zasady konkurencyjności. Z uwagi na powyższe, ustawodawca dopuścił zastosowanie trybu z wolnej ręki wyłącznie w przypadkach, w których wszczęcie procedury przetargowej albo innej cechującej się wyższym poziomem konkurencyjności, nie jest możliwe albo byłoby niecelowe. Możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki obwarowana jest zatem zaistnieniem w okolicznościach danej sprawy określonych przesłanek, które wymienione zostały w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Interpretacja w zakresie stosowania powyższych przesłanek zawarta jest w *Wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolej ręki, opracowanych zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej przyjętymi przez Komitet Europejski Rady Ministrów w dniu 17.11.2006 r.*, które dostępne są na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Jedną z przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp jest następująca okoliczność: *Dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze*. (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a)

Zastosowanie trybu z wolej ręki w oparciu o tę przesłankę zależne jest od szczególnego charakteru danego zamówienia, jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Nie podlega zatem ocenie to, czy dany wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej albo czy dysponuje największym doświadczeniem lub potencjałem organizacyjnym i technicznym. Nie bierze się także pod uwagę renomy danej firmy lub zaufania, jakim się ona cieszy u zamawiającego. Subiektywna ocena wykonawcy nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o omawianą przesłankę. Chodzi o fakt istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw/usług/robót budowlanych. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. Jednocześnie taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzezwyciężalny.

Inną przesłanką zastosowania trybu z wolnej ręki jest okoliczność, w której 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. (art. 67 ust. 1 pkt 3)

Przepis ten umożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

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

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy. Zdarzenie, które wywołuje konieczność udzielenia zamówienia, musi mieć przy tym charakter nieprzewidywalny. Do zdarzeń takich można zaliczyć zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Przy tym nieprzewidywalność wystąpienia danego zjawiska należy oceniać w okolicznościach każdej sprawy indywidualnie. O ile bowiem w danym środowisku wystąpienie pewnych zdarzeń jest typowe, to w innym może być zupełnie niespotykane. Należy też zwrócić uwagę, że za nieprzewidywalne nie mogą być uznane 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. Analizując przedmiotową przesłankę należy także zwrócić uwagę na cel udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3. 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 ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. Udzielając zamówienia w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3, zamawiający pamiętać powinien o konieczności zachowania zasady proporcjonalności – zamówienie powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia oraz zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji[2]. Tym samym nie ma podstaw do tego, by udzielić zamówienia na pełny jego zakres albo dłuższy okres.

Naruszenia, jakich dopuszczają się zamawiający wszczynając postępowanie w trybie z wolnej ręki w oparciu o ww. podstawę prawną, wynikają m.in. z błędnego rozumienia przesłanek umożliwiających zastosowanie tego trybu. Zdarza się także, że zamawiający nie przeprowadzają rzetelnego rozpoznania rynku w celu upewnienia się, czy w danej sprawie zachodzi okoliczność, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Niejednokrotnie nie dokonują także analizy konieczności udzielenia w przyszłości danego zamówienia, przez co nie wszczynają odpowiednio wcześnie procedur konkurencyjnych, których czas przeprowadzenia jest siłą rzeczy dłuższy, i następnie korzystają z trybu z wolnej ręki powołując się na natychmiastową potrzebę udzielenia zamówienia, którego konieczność realizacji była *de facto* znana już od dłuższego czasu.

Poniżej wymienione zostały przykładowe naruszenia, wykazane w toku kontroli postępowań o udzielenie zamówień wszczętych w trybie z wolnej ręki. Obrazują one typowe błędy popełniane przez zamawiających podczas analizy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Naruszenia:

1. Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a)

Zamawiający wszczął w trybie z wolnej ręki postępowanie w przedmiocie dostawy zestawów do dializy otrzewnowej dla dorosłych.

Uzasadniając zaistnienie przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) wyjaśnił, że wyłącznym dystrybutorem przedmiotu zamówienia jest firma X. Dodał, że umowę zamierza zawrzeć na okres 12 miesięcy. W celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do Ministerstwa Zdrowia z proś-

[2] Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości C-107/92 Komisja przeciwko Republice Włoch oraz C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji.

bą o udzielenie informacji, czy istnieją na rynku inne niż firma X podmioty będące dystrybutorami przedmiotu ww. zamówienia. W odpowiedzi Ministerstwo Zdrowia udzieliło informacji, że zestawy będące przedmiotem zamówienia dostarczane są przez trzy firmy: X, Y, Z. W piśmie dodano również, że z przeprowadzonego rozeznania wynika, iż u zamawiającego terapię z pomocą dializy otrzewnowej stosuje się z użyciem zestawów firm X i Y. Z pisma tego wynika także, że zazwyczaj leczenie z pomocą zestawów i płynów dializacyjnych kontynuuje się sprzętem wybranej firmy. Zgodnie z opinią przedstawioną przez Ministerstwo Zdrowia, dla pacjentów leczonych dotychczas zestawami firmy X zachodzą okoliczności wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, natomiast jeśli zamawiający zamierza zakupić sprzęt, który będzie stosowany do leczenia nowych pacjentów, to powinien przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym, gdyż oprócz firmy wskazanej przez zamawiającego istnieją na rynku jeszcze dwie inne, które mogłyby zrealizować zamówienie.

UZP poprosił zamawiającego o określenie grupy pacjentów, co do której przedmiot niniejszego zamówienia będzie miał zastosowanie, tj. o wyjaśnienie, czy będzie on stosowany do kontynuacji terapii pacjentów leczących się już u zamawiającego, czy do leczenia nowych pacjentów. W odpowiedzi, zamawiający przesłał informacje dotyczące określenia grupy pacjentów, co do której przedmiot zamówienia będzie miał zastosowanie: 11 „starych" pacjentów, 4 „nowych" pacjentów.

Analiza sprawy doprowadziła do stwierdzenia, że w odniesieniu do zamówienia w zakresie zestawów przeznaczonych do leczenia „nowych" pacjentów nie zachodziła sytuacja, w której uzasadnione było powierzenie wykonania zamówienia w trybie z wolnej ręki ze względu na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Znalazło to potwierdzenie w opinii przekazanej przez Ministerstwo Zdrowia, zgodnie z którą udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) uzasadnione było jedynie w zakresie zakupu zestawów, które będą wykorzystywane do leczenia „starych" pacjentów. Wiązało się to z koniecznością kontynuacji terapii za pomocą sprzętu i preparatów o tych samych parametrach. W przypadku natomiast rozpoczęcia leczenia „nowych" pacjentów, nie występowała przesłanka konieczności stosowania wcześniej wykorzystywanych urządzeń i preparatów. Stąd też w celu udzielenia zamówienia na zestawy do dializy dla tej grupy pacjentów zamawiający powinien był przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym. Należy podkreślić, że jak wynika z ww. opinii MZ, na rynku funkcjonowali obok firmy X również inni wykonawcy, dostarczający zestawy do dializy otrzewnowej dla dorosłych, tj. firma Y i firma Z. Co więcej, z rozeznania przeprowadzonego przez Ministerstwo Zdrowia wynika, że u zamawiającego terapię za pomocą dializy otrzewnowej stosowało się z użyciem zestawów firm X jak również Y. Stanowiło to potwierdzenie funkcjonowania na rynku więcej niż jednego podmiotu będącego w stanie zrealizować zamówienie. Tym samym nie można uznać za uzasadnione stwierdzenie zamawiającego, że jedynym dystrybutorem zestawów do dializy otrzewnowej dla dorosłych była firma X.

2. Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a)

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu wszczętym w trybie z wolnej ręki był zakup przegubowego niskopodłogowego autobusu miejskiego o napędzie hybrydowym wraz z 10-letnim serwisem technicznym. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał analizy rynku wśród producentów autobusów miejskich w zakresie możliwości dostawy w bieżącym roku ww. przedmiotu zamówienia. Dodał, że autobus o napędzie hybrydowym charakteryzuje się innowacyjnym rozwiązaniem technicznym w zakresie ochrony środowiska, polegającym na zastosowaniu napędu hybrydowego spełniającego warunki czystości spalin EURO V (obecnie obowiązującą normą czystości spalin jest, jak podał zamawiający, EURO IV). Zamawiający stwierdził, że jedynym dostawcą mogącym spełnić wymóg w zakresie terminu dostawy przedmiotu zamówienia, posiadającym homologację dopuszczającą do ruchu, jest firma X. Zwrócił uwagę na to, że stopień technologicznych prac nad nowym typem napędu autobusów miejskich u pozostałych producentów autobusów miejskich nie jest na tyle zaawansowany, aby mogli oni dostarczyć przedmiotowy autobus w wymaganym terminie. Zamawiający podkreślił, że realizacja przedmiotowego zamówienia musi zostać dokonana w roku bieżącym ze względu na wsparcie finansowe tego

projektu ze środków Gminnego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Zakupiony autobus miał być zaprezentowany w dniach 8–12 grudnia 2008 r. podczas Światowej Konferencji Klimatycznej.

O istnieniu innych niż firma X podmiotów, których działalność gospodarcza związana była z produkcją autobusów, świadczyło dokonane przez zamawiającego rozeznanie rynku. Z dokumentów przedstawionych przez zamawiającego wynikało, że zapytanie ofertowe skierowane zostało do kilku firm, np. X, Y, Z. Potwierdza to, że na rynku funkcjonowały obok wybranej przez zamawiającego firmy X również inne podmioty, które mogłyby złożyć ofertę wykonania przedmiotowego zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym. Wprawdzie tylko jedna z firm wyraziła gotowość zrealizowania zamówienia, ale odmowa innych związana była z narzuconym przez zamawiającego terminem dostarczenia autobusu (do 30.10.2008 r.), a nie z generalną niemożliwością zrealizowania zamówienia. Należy jednak podkreślić, że w świetle zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) nie jest możliwa do zaakceptowania sytuacja, w której zamawiający określając możliwy do przyjęcia tylko przez jednego wykonawcę termin wykonania zamówienia, ogranicza krąg podmiotów, które mogłyby złożyć oferty wykonania zamówienia (tj. dostarczenia autobusów), a tym samym kreuje monopol wybranego wykonawcy na rynku i następnie powołuje się na taki stan rzeczy udzielając zamówienia na ww. podstawie prawnej. Dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) konieczne jest bowiem istnienie trwałego i nieprzezwyciężalnego monopolu, który ma charakter obiektywny.

3. Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 3

Postępowanie prowadzone w trybie z wolnej ręki dotyczyło kontynuacji budowy stopnia wodnego na rzece X. Zamawiający uzasadniający wystąpienie w przedmiotowym stanie faktycznym okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazał, że w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, w dniu 10.10.1997 r. zawarta została z firmą X umowa na realizację inwestycji pn. Budowa Stopnia Wodnego na rzece X. Termin zakończenia robót ustalony został na dzień 19.10.2002 r.

Jak podał zamawiający, w trakcie realizacji budowy okazało się, że termin ten nie zostanie dotrzymany z uwagi na dwie przyczyny:

- słabnąca kondycja finansowa wykonawcy,
- mniejsze niż pierwotnie zakładano wielkości środków przekazywanych zamawiającemu przez Skarb Państwa.

Powyższe spowodowało konieczność zmiany terminu zakończenia robót (aneksem do umowy z 2002 r.) na dzień 30.10.2009 r. oraz waloryzację ceny.

Zamawiający dodał, że wykonawca w styczniu 2003 r. zmienił firmę, pod którą działał na Y. W marcu 2005 r. ogłoszona natomiast została jego upadłość z opcją zawarcia układu z wierzycielami, w kwietniu 2006 r. opcja układowa została zmieniona na upadłość z opcją likwidacji majątku upadłego. W wyjaśnieniach zamawiający zauważył, że zgodnie z ekspertyzą z 2008 r. inwestycja zrealizowana była w 45%. Zwrócił również uwagę, że ekspertyza ta stwierdzała, że wobec zaistniałego stanu rzeczy możliwy ze względów technicznych i technologicznych termin zakończenia robót przypadnie na rok 2011. Jak wynika z przedłożonych wyjaśnień, z uwagi na konieczność kontynuowania choćby w minimalnym zakresie prac wykonawca pomimo pozostawania w stanie upadłości nie opuścił placu budowy, zapewniając minimum bezpieczeństwa.

W styczniu 2008 r. zamawiający otrzymał od Syndyka Masy Upadłości pismo zawierające informację, że ze względu na trwający proces likwidacji przedsiębiorstwa – wykonawcy, kontynuowanie prac przez firmę Y po roku 2009 nie będzie możliwe. W dniu 21.02.2008 r. odbyło się spotkanie zamawiającego z syndykiem, podczas którego syndyk poinformował o sceptycznym nastawieniu Rady Wierzycieli do wprowadzenia do umowy na wykonanie przedmiotowej inwestycji zmian wydłużających termin realizacji umowy. Z uwagi na powyższe za-

mawiający oraz syndyk zaakceptowali możliwości rozwiązania umowy na zasadzie porozumienia stron. W dniu 6.06.2008 r. zawarte zostało porozumienie o rozwiązaniu umowy na realizację przedmiotowej inwestycji. Jak wyjaśnił zamawiający, warunkiem wejścia w życie tej umowy było szybkie znalezienie wykonawcy, który bez przerwy w procesie inwestycyjnym będzie w stanie kontynuować roboty przerwane przez firmę Y. Jak wyjaśnił zamawiający, warunek taki był konieczny, gdyż niedopuszczalne było, aby nie została zachowana ciągłość i bezpieczeństwo prowadzonych robót.

Zamawiający dodał także, że z uwagi na powtarzalność występowania Q10%, które zagraża budowie przedmiotowego stopnia wodnego, należy dążyć do skrócenia czasu trwania budowy. Zamawiający podkreślił, że powtórzenie powodzi, jaka miała miejsce w 2006 r., w przypadku równoczesnego wstrzymania robót i braku zapewniania czynności ochrony wykonywanych obiektów skutkować może katastrofą budowlaną i trwałym uszkodzeniem wykonanych obiektów. Zamawiający odrzucił tryb przetargu nieograniczonego, gdyż jego zdaniem procedura ta spowodowałaby konieczność wstrzymania robót od chwili opuszczenia placu budowy przez dotychczasowego wykonawcę do czasu wyłonienia nowego wykonawcy. Natomiast wobec faktu, że jak uważa zamawiający, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, procedura nieograniczona może trwać ok. roku, jej wybór mógłby spowodować szkody na placu budowy oraz zwiększyć koszty ponownego wejścia na plac. Zamawiający rozważył także możliwość powierzenia innemu wykonawcy w trybie z wolnej ręki kontynuacji prac w niezbędnym zakresie oraz zabezpieczenia terenu budowy na czas trwania procedury przetargowej. Uznał jednak, że takie rozwiązanie jest niemożliwe, gdyż jego konsekwencje pod względem finansowym i terminowym byłyby dotkliwsze niż w przypadku wszczęcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Problem, na jaki zwrócił uwagę zamawiający, stanowiły również kryteria, które musi spełniać wykonawca zastępujący dotychczasowego. Stwierdził, że aby prace mogły rozpocząć się od razu, wykonawcą powinien być podmiot obecny już na placu budowy i możliwie najlepiej znający specyfikę zamówienia. Uznał zatem, że w sposób najpełniejszy warunki te spełnia Generalny Podwykonawca Robót – firma Z. Zwrócił uwagę na to, że spółka ta sukcesywnie przejmowała od firmy Y prowadzenie robót, a obecnie praktycznie prowadzi wszelkie prace związane z wykonaniem kontraktu. Zamawiający zaznaczył, że rozwiązanie umowy z wykonawcą – firmą Y skutkowałoby opuszczeniem placu budowy przez Generalnego Podwykonawcę, co mogłoby doprowadzić do katastrofy budowlanej. Zwrócił także uwagę na potencjał i szerokie doświadczenie w zakresie budownictwa hydrotechnicznego firmy Z. Zamawiający w konkluzji doszedł do przekonania, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nie narazi zamawiającego na dodatkowe koszty, wykonanie inwestycji nie zostanie wstrzymane, okres jej realizacji nie będzie wydłużony, warunki umowne dotychczasowego kontraktu pozostaną niezmienione, a ponadto wyeliminowana zostanie możliwość naliczenia kar pieniężnych przez dostawców związanych z realizacją inwestycji. Zamawiający uznał zatem, że przedmiotowy stan faktyczny wypełnia przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i pkt 3 ustawy.

Mając na celu dokładne wyjaśnienie stanu faktycznego niniejszej sprawy, UZP zwrócił się do zamawiającego z prośbą o:

1) wyjaśnienie, na jaki okres zawarta miała być umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia oraz jakiego zakresu prac miała ona dotyczyć, biorąc pod uwagę fakt, że wykorzystanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 możliwe jest jedynie w zakresie niezbędnym do zapobieżenia skutkom wystąpienia niemożliwego wcześniej do przewidzenia zdarzenia;
2) wyjaśnienie przyczyn, ze względu na które zamawiający zawarł porozumienie o rozwiązaniu umowy z wykonawcą (firmą Y) dopiero w połowie 2008 r., pomimo że wykonawca ten nie wykonywał umowy w sposób należyty już od 2002 r.;
3) wyjaśnienie, czy aktualnie prace związane z wykonywaniem kontraktu na „Budowę Stopnia Wodnego na rzece X" wykonywane były jedynie przez jednego podwykonawcę – firmę Z, czy też przez innych podwykonawców. Jeżeli prace wykonywali również inni podwykonawcy, poproszono o ich wymienienie oraz wyjaśnienie przyczyny, ze względu na które, zdaniem zamawiającego, przedmiotowe zamówienie mogło zostać powierzone jedynie firmie Z.

W odpowiedzi zamawiający wyjaśnił, że umowa w sprawie udzielenia zamówienia miała być zawarta na okres do dnia 31.12.2012 r. Zakres prac tej umowy miał dotyczyć niezrealizowanej dotychczas części zamówienia udzielonego wykonawcy – firmie Y na podstawie umowy z 1997 r. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nacelowane było na zachowanie ciągłości prowadzonych robót ze względu na ich bezpieczeństwo oraz ochronę przed katastrofą budowlaną obiektów już wykonanych, w szczególności w okresie zagrożenia powodziowego, które może się pojawić kilka razy do roku. Ponadto wyjaśnił, że zawarł porozumienie o rozwiązaniu umowy z firmą Y z powodu postawienia tej spółki w stan upadłości. Dodał, że znaczący był brak możności potwierdzenia przez zamawiającego wysokości środków finansowych na inwestycję w 2008 r. Przy tym zaznaczył, że firma ta w okresie realizacji wykonywała umowę w sposób należyty, zgodny z prawem budowlanym, a jedynym powodem tego, że inwestycja ta nie jest realizowana w sposób należyty, jest brak finansowania w sposób umożliwiający jej zakończenie w terminie do 31.12.2009 r. Z wyjaśnień przedłożonych przez zamawiającego wynika poza tym, że prace wykonywane są przez jednego podwykonawcę, którym była firma Z.

W wyniku kontroli stwierdzono:

– Zamawiający nie wykazał, że przedmiotowe zamówienie mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zamawiający argumentację zasadności udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oparł na możliwych utrudnieniach organizacyjnych, stratach finansowych oraz potencjalnym zagrożeniu katastrofą budowlaną. Należy jednak podkreślić, że argumenty takie nie stanowią podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie ww. przepisu. Uzasadnieniem zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) jest istnienie faktycznego monopolu na danym rynku, tj. nieistnienie żadnego innego wykonawcy, który mógłby zrealizować zamówienie. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Już sam fakt pierwotnego udzielenia zamówienia na realizację inwestycji firmie innej niż tej, którą zaproszono do negocjacji w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki, świadczy o tym, że nie istnieje na przedmiotowym rynku właściwym sytuacja rzeczywistej monopolizacji. Do wniosku takiego należało dojść, tym bardziej że postępowanie, w wyniku którego wyłoniono dotychczasowego wykonawcę inwestycji – firmę Y, przeprowadzone zostało w trybie przetargu nieograniczonego. Oznacza to, że sam zamawiający miał świadomość funkcjonowania na rynku więcej niż jednego podmiotu, który mógłby zrealizować zamówienie. Argumenty dotyczące przewidywanych konsekwencji udzielenia zamówienia pomiotowi innemu niż generalny podwykonawca, pracujący na placu budowy, w postaci strat finansowych, trudności organizacyjnych czy też wydłużenia terminu wykonania inwestycji, nie stanowią natomiast okoliczności uzasadniających wybór trybu z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Przyczyny te nie są związane z obiektywnym faktem funkcjonowania na rynku wyłącznie jednego podmiotu zdolnego do wykonania zamówienia.
– Stwierdzono również, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie zaszła przesłanka art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Uzasadnienie konieczności natychmiastowego udzielenia zamówienia zamawiający oparł na przewidywanych stratach finansowych, problemach organizacyjnych oraz potencjalnym zagrożeniu katastrofą budowlaną, jaką pociągałoby za sobą wstrzymanie robót na czas niezbędny do przeprowadzenia procedury w trybie konkurencyjnym. Należy jednak zwrócić uwagę na to, że generalny wykonawca inwestycji – firma Y postawiony został w stan upadłości z opcją zawarcia układu z wierzycielami już w 2005 r., opcja ta została następnie zmieniona w 2006 r. na opcję likwidacji majątku upadłego. Już zatem od 2006 r. zamawiający świadom był postępującego procesu likwidacji wykonawcy inwestycji, podczas którego Rada Wierzycieli wyraziła zgodę na kontynuowanie inwestycji przez firmę Y w upadłości, zakładając, że zakończy się ona w 2009 r. Co więcej, jak wynika z przedłożonych wyjaśnień i dokumentów, informacja o braku możliwości kontynuowania po 2009 r. realizacji umowy na wykonanie przedmiotowej inwestycji przez firmę Y w upadłości znana była już na początku 2008 r. Nie można w związku z tym uznać, że potrzeba udzielenia przedmiotowego zamówienia wystąpiła nagle na skutek nieprzewidywalnej okoliczności. Nie można było

ponadto uznać wiążącej się z hipotetyczną zmianą podmiotu wykonywującego roboty, konieczności przestoju w pracach, problemów organizacyjnych i wynikających z tego strat finansowych za uzasadnienie dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań mających na celu uniknięcie tych skutków. Jednocześnie zamówienie powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia oraz zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Tym samym zawarcie umowy na 4 lata (do dnia 31.12.2012 r.) w przedmiocie kompleksowego wykonania prac w zakresie niezrealizowanej części zamówienia udzielonego w 1997 r. stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, ze względu na to, że nie odpowiada celowi zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki, którym jest wyłącznie zapobieżenie negatywnym skutkom, jakie mogłyby powstać w wypadku niepodjęcia stosownych działań przez zamawiającego. A zatem, jeżeli zachodzą okoliczności wskazujące na możliwości wystąpienia katastrofy budowlanej w przypadku przerwania robót na placu budowy, zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ale wyłącznie w zakresie niezbędnym do usunięcia tego zagrożenia. W pozostałym zakresie, obejmującym wykonanie całej inwestycji, zamawiający zobowiązany jest do zastosowania konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia.

4. Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 3

Zamawiający udzielił w trybie z wolnej ręki zamówienia na dzierżawę kombajnu ścianowego z napędem elektrycznym wraz z wyposażeniem dodatkowym oraz zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy do zakończenia eksploatacji ściany XXIV w pokładzie 405/3 w kopalni A. Zamawiający wyjaśnił, że eksploatowany w ścianie XXII i XXIV w pokładzie 405/3 kombajn B jest dzierżawiony zgodnie z umową z dnia 31.05.2005 r. zawartą z firmą X. Umowa ta przewidywała eksploatację przedmiotowego kombajnu od dnia 1.07.2005 r. przez okres 854 dni, czyli do dnia 29.02.2008 r.

Zamawiający zauważył, że z dokonanej przez niego analizy wynika, iż postęp wykonywanych robót był mniejszy od planowanego. Głównymi przyczynami takiego stanu rzeczy były opady skał stropowych w ścianie XXIV w pokładzie 405/3, które wynikały z trudnych warunków stropowych, powodujących osłabienie zwięzłości węgla i skał stropowych. W związku z powyższym kopalnia zleciła wykonanie dokumentacji naukowo-badawczej pt. „Wykonanie badań penetrometrycznych oraz introskopowych skał otaczających w ścianie XXIV pokład 405/3". Zamawiający wyjaśnił, że badania wykazały, że warunki skał mogą mieć wpływ na warunki utrzymania stropu, a w konsekwencji na regularny postęp eksploatacji ściany XXIV. Zamawiający wskazał terminy wystąpienia obwałów skał stropowych powodujących unieruchomienie przenośnika ścianowego i brak możliwości eksploatacji ściany XXIV. Zdarzenia te miały miejsce od stycznia 2007 r. do kwietnia 2007 r. Zdaniem zamawiającego, sytuacji tej nie można było przewidzieć przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia na dzierżawę kombajnu ścianowego do ściany XXIII i XXIV. Wyraził również opinię, że nieopłacalna ekonomicznie jest podmiana kombajnu na inny. Jak zauważył, okres wybudowy i zabudowy innego kombajnu wynosiłby ok. 14 dni. Zatrzymanie wydobycia w ścianie XXIV w pokładzie 405/3 na ten okres spowodowałoby straty w wydobyciu w wysokości 31 000 ton, a ponadto mogłoby spowodować poważne obwały w ścianie. Straty ze sprzedaży wynosiłyby 7 130 000 zł. Zamawiający dodał, że zgodnie z nowym harmonogramem biegu ścian na lata 2007–2008 z dnia 6.03.2008 r., przyjmując że eksploatacja będzie się odbywała w sposób niezakłócony i zgodny z harmonogramem, przewiduje eksploatację ściany XXIV w pokładzie 405/3 do końca stycznia 2009 r. Dodatkowo przyjął okres 2 miesięcy jako czas na wykonanie obcinki ściany kombajnem, demontaż, wytransportowanie, zdanie kombajnu oraz zapas czasowy na nieprzewidziane opóźnienia terminu zakończenia ściany. W związku z powyższym, zdaniem zamawiającego zaistniała konieczność przedłużenia okresu dzierżawy do dnia 31.03.2009 r. (poprzedni termin określony był na dzień 29.02.2008 r.). W jego opinii niemożliwe było zatem dotrzymanie terminów dla

przeprowadzenia trybu konkurencyjnego w celu udzielenia przedmiotowego zamówienia. W związku z tym uznał, że w niniejszym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i pkt 3. Zamawiający wskazał również, że umowa w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia została zawarta w dniu 7.04.2008 r. Z jej postanowień wynika, że okres jej obowiązywania wyznaczony został na 394 dni. Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że zawarta w dniu 31.05.2005 r. umowa na dzierżawę przedmiotowego kombajnu ścianowego obowiązywała do dnia 2.03.2008 r.

Zamawiający argumentację zasadności udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oparł jedynie na możliwych utrudnieniach organizacyjnych i stratach finansowych, jakie niosłaby za sobą zamiana na inny kombajnu dzierżawionego dotychczas na mocy umowy z 2005 r. Wprawdzie z dokumentów przedstawionych w toku postępowania kontrolnego nie wynika bezpośrednio, że na rynku funkcjonują inni wykonawcy, których przedmiot działalności obejmuje dostawę kombajnów ścianowych, jednak analizując sprawę można dojść do przekonania, że zamawiający był świadomy potencjalnej możliwości wydzierżawienia kombajnów od innego podmiotu. Dowodzi tego fakt, iż postępowanie z 2005 r. o udzielenie zamówienia na dzierżawę kombajnów przeprowadzone zostało w trybie przetargu nieograniczonego. Mimo iż w jego toku ofertę złożyła tylko jedna firma, to jednak uznać należy, że zamawiający wszczynając postępowanie w trybie konkurencyjnym, przewidywał możliwość wzięcia udziału w przetargu także przez innych wykonawców. Ponadto o możliwości funkcjonowania na rynku innych niż firma X pomiotów realizujących zamówienia na dzierżawę kombajnów świadczą również wyjaśnienia złożone przez zamawiającego, zgodnie z którymi dopuścił on możliwość konieczności zamiany kombajnu na inny w przypadku przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego, w toku którego inny wykonawca złożyłby korzystniejszą ofertę. Biorąc pod uwagę powyższe, nie można uznać, że zamawiający wykazał istnienie na rynku trwałego i nieprzezwyciężalnego monopolu, ze względu na który przedmiotowe zamówienie może być zrealizowane tylko przez wskazanego wykonawcę. Tym samym przedstawiona przez zamawiającego argumentacja nie wyczerpuje przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a), umożliwiających udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień złożonych przez zamawiającego nie wynika także ziszczenie się przesłanki natychmiastowości. Jak sam zamawiający podał, obwały skał stropowych następowały od początku 2007 r. do końca kwietnia 2007 r. Zatem zanim umowa z 2005 r. na dzierżawę kombajnów dobiegła końca, już od kilku miesięcy mógł się spodziewać, że wskutek trudnych warunków stropowych niemożliwe będzie zakończenie planowanych prac w okresie, na jaki umowa ta została zawarta, a co za tym idzie konieczne będzie zawarcie nowej umowy na dzierżawę kombajnów na okres potrzebny do zakończenia prac. W takiej sytuacji nie można mówić o wystąpieniu przesłanki natychmiastowej potrzeby udzielenia zamówienia. Należy dojść do wniosku, że zamawiający miał wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym. W związku z tym powinien był wcześniej podjąć kroki zmierzające do udzielenia przedmiotowego zamówienia. Nie było przeszkód, aby zamawiający w terminie kilku miesięcy, jakie upłynęły od wystąpienia obwałów i opadów skał stropowych oraz określenia przez Główny Instytut Górnictwa strefy spękań pokładu 405/3 i skał zalegających w stropie bezpośrednim w rejonie eksploatowanej ściany, udzielił przedmiotowego zamówienia w trybie konkurencyjnym przewidzianym ustawą – Prawo zamówień publicznych. Nie można ponadto uznać wiążącej się z zamianą kombajnów konieczności przestoju w pracach i wynikających z tego strat finansowych za uzasadnienie dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający wskazał na potrzebę zapewnienia ciągłości zaplanowanych prac aż do momentu całkowitego ich zakończenia. Stosując tryb zamówienia z wolnej ręki, konieczne jest jednak oparcie się o zasadę proporcjonalności. Oznacza to, że zamówienie powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia oraz zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Tym samym zawarcie umowy na rok stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, ze względu na to, że okres ten jest zbyt długi i nie odpowiada celowi zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki. Nie można uznać,

że jest on niezbędny do prawidłowego przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie gwarantującym zachowanie konkurencji. Przy zachowaniu należytej staranności nie ma przeszkód, aby zamawiający przeprowadził postępowanie w terminie krótszym niż wskazany w zawiadomieniu.

5. Art. 67 ust. 1 pkt 3

Zamawiający udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 w przedmiocie wykonania robót budowlanych na odkrytym 50-metrowym basenie pływackim. Wyjaśnił, że na okres od 2.07.2008 r. do 23.08.2008 r. w województwie kujawsko-pomorskim zaplanowanych było przeprowadzenie 7 dyscyplin sportowych, w ramach przyznanej przez Ministerstwo Sportu i Turystyki województwu kujawsko-pomorskiemu organizacji XIV Ogólnopolskiej Olimpiady Młodzieży „Kujawsko-Pomorskie 2008". Zamawiający zaznaczył, że Bydgoszcz jest jedynym miastem w województwie kujawsko-pomorskim posiadającym basen 50-metrowy. Jednak ze względu na zły stan techniczny basen ten wymagał wykonania niezbędnych i koniecznych robót budowlanych w celu usunięcia zagrożenia bezpieczeństwa zawodników. Zgodnie z wyjaśnieniami, władze województwa kujawsko-pomorskiego miały przekazać odpowiednią dotację celową w stosownym czasie, jednak środki w wysokości 500 000 zł zostały przyznane dopiero w dniu 28.04.2008 r. Zamawiający zauważył, że wobec powyższego, nie mając zagwarantowanych środków finansowych, nie mógł wcześniej zawrzeć umowy na wykonanie przedmiotowych prac. Uznał zatem, że dostawszy środki w tak późnym terminie, został postawiony w sytuacji, w której nie mógł dotrzymać terminów koniecznych do przeprowadzenia postępowania w konkurencyjnym trybie. Podkreślił przy tym, że brak skorelowania terminu podjęcia decyzji o dofinansowaniu z terminami na przeprowadzenie postępowania konkurencyjnego nie był od niego zależny. Zamawiający dodał, że wykonanie robót musiało nastąpić przed 11.07.2008 r. (w dniach 17–20 lipca 2008 r. odbyć się miały zawody pływackie na basenie), zatem od czasu uzyskania dotacji (28.04.2008 r.) miał niespełna 3 miesiące na wykonanie robót. Powyższe okoliczności uzasadniały zdaniem zamawiającego udzielenie niniejszego zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Należy jednak zauważyć, że aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z wystąpienia zdarzenia, którego nie można było wcześniej przewidzieć, np. klęski żywiołowej, katastrofy. 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 natychmiastowego udzielenia zamówienia publicznego nie może być wywołana działaniem lub zaniechaniem organów państwa. W związku z powyższym, w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie można mówić o wystąpieniu określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy okoliczności związanej z zaistnieniem nieprzewidywalnego zdarzenia wywołującego konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia. Fakt udzielenia organizacji Olimpiady znany był już od maja 2007 r. Wprawdzie zamawiający wobec braku środków finansowych nie mógł odpowiednio wcześnie wykonać prac na basenie, a udzielenie zamówienia na ich realizację odkładał do czasu otrzymania dotacji, to jednak zwłoka w udzieleniu tychże środków finansowych nie może być zakwalifikowana jako nieprzewidywalne zdarzenie, uzasadniające konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia. Nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań podmiotów publicznych, które udzielają dotacji finansowych na realizację inwestycji w terminie bliskim terminowi określonemu na wykonanie zamówienia i tym samym uniemożliwiają przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24.02.2005 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.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na cel trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3. 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 ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności. Chęć przeprowadzenia zawodów pływackich, na co się powołał, nie stanowi bowiem interesu w ww. rozumieniu. Tym bardziej jeżeli zagrożenie możliwości ich przeprowadzenia nie wynikało z przyczyn niezależnych, których nie można było przewidzieć, ale tak jak zauważył sam zamawiający, z opóźnienia w działaniu podmiotu, który był do tego działania zobowiązany.

6. Art. 67 ust. 1 pkt 3

Przedmiotem postępowania w trybie z wolnej ręki była budowa kompleksu boisk sportowych w ramach Programu „Moje boisko – Orlik 2012". Zamawiający w uzasadnieniu zastosowania tego trybu wyjaśnił, że w 2007 r. złożył w Urzędzie Marszałkowskim dwa wnioski o dofinansowanie na inwestycje sportowe, natomiast Zarząd Województwa odrzucił obydwa projekty z dofinansowania ze środków z gier liczbowych z uwagi na brak środków. Zamawiający zaznaczył, że projekty spełniały wymogi formalne. Dodał, że w 2008 r. ponownie wystąpił o dofinansowanie budowy sal z tego samego programu. Odpowiedź Zarządu Województwa była negatywna. W dniu 7.02.2008 r. zamawiający złożył wniosek o przystąpienie do programu „Moje boisko – Orlik 2012". Zaznaczył, że w kwietniu wiadomo było, że Zarząd Województwa przygotował Sejmikowi Województwa propozycje wykazu gmin, które znajdą się w tym programie. Zamawiający – gmina X ponownie została pominięta. Zamawiający wobec zaistniałej sytuacji w dniu 28.04.2008 r. spotkał się osobiście z Ministrem Sportu i Turystyki, prosząc go o pomoc w uzyskaniu środków na sfinansowanie prowadzonych inwestycji. Jak wyjaśnił, podczas spotkania padła propozycja zrealizowania w gminie X pilotażowego obiektu w ramach projektu „Moje boisko – Orlik 2012" z zastrzeżeniem, że obiekt zostanie wykonany do dnia 1.06.2008 r. W takiej sytuacji zamawiający zdecydował się udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, ponieważ inne tryby nie dawałyby możliwości wyłonienia wykonawcy i zrealizowania zamówienia w terminie uzgodnionym z MSiT. Zamawiający zauważył również, że termin realizacji inwestycji nie był potwierdzony w formie pisemnej. Został zaproponowany w trakcie rozmowy z ministrem sportu i turystyki.

Należy jednak zauważyć, że aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z wystąpienia zdarzenia, którego nie można było wcześniej przewidzieć, np. awaria. W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie można mówić o wystąpieniu określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy okoliczności związanej z zaistnieniem nieprzewidywalnego zdarzenia wywołującego konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia. Zamawiający sam podkreślał, że o udzielenie dofinansowania na realizację inwestycji, polegających na budowie obiektów sportowych, zabiegał już od 2007 r. Wprawdzie wcześniejsze wnioski o dofinansowanie były odrzucane, a zgoda na udzielenie dotacji przez Ministra Sportu i Turystyki uwarunkowana została wykonaniem inwestycji w określonym terminie, to jednak udzielenie wparcia finansowego z tego typu zastrzeżeniem nie może być zakwalifikowane jako nieprzewidywalne zdarzenie, uzasadniające konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. 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. Ponadto podkreślić należy, że 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. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności. Chęć zrealizowania przedmiotowej inwestycji, na co się powołał, nie stanowi bowiem interesu w ww. rozumieniu. Tym bardziej jeżeli jej wykonanie było już wcześniej planowane, a zagrożenie możliwości wykonania nie wynikało z przyczyn niezależnych, których nie można było przewidzieć, ale z braku wystarczających środków finansowych.

Roboty dodatkowe i uzupełniające w świetle ostatnich wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Zamówienia udzielane w trybach niekonkurencyjnych stanowią wg statystyk Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadzonych za okres od stycznia do maja 2009 roku ponad 30% wszystkich zamówień, których udzielenie ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych i ponad 22% wszystkich zamówień, których udzielenie ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Jest to istotny odsetek, tym bardziej że jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada prymatu przetargowych, konkurencyjnych trybów postępowania. Możliwość zastosowania w postępowaniu innych trybów udzielenia zamówienia niż podstawowych (w tym w szczególności trybu zamówienia z wolnej ręki) uzależniona jest od spełnienia określonych dla tych trybów przesłanek. Z uwagi na fakt, że zastosowanie innego trybu postępowania niż trybu przetargowego jest wyjątkiem od generalnej zasady prymatu, wszelkie przesłanki dopuszczające zastosowanie trybów mniej konkurencyjnych, muszą być interpretowane ściśle. Podkreślał to wielokrotnie zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny, dodając, że lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Nie jest dopuszczalna więc interpretacja rozszerzająca takich przesłanek, ziszczenie się takiej przesłanki nie może być też przez zamawiającego dorozumiane. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13 oraz orzeczeniem ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58 – mając na uwadze, że zastosowanie procedury negocjacyjnej (pozaprzetargowej) jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki jej zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który się na nie powołuje, musi być w stanie je udowodnić.

Najbardziej niekonkurencyjnym trybem zamówienia w polskim systemie zamówień publicznych jest tryb zamówienia z wolnej ręki. W okresie od stycznia 2009 roku do czerwca 2009 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych skontrolował łącznie 40 postępowań prowadzonych w tym trybie, z czego w 16 stwierdzono naruszenia ustawy Pzp polegające na niezasadnym zastosowaniu trybu. Widoczny odsetek tych kontroli stanowiły postępowania na wykonanie robót dodatkowych i uzupełniających, wszczynane na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy. Poniżej zaprezentowane zostaną niedawno zakończone kontrole trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego: w dwóch z nich zostanie omówiony problem udzielania zamówień dodatkowych, pomimo iż wykonywane roboty nie są niezbędne do prawidłowego wykonania postępowania, a ich wykonanie można było wcześniej przewidzieć, w trzeciej zaś – udzielenie „zamówień uzupełniających", które nie były przewidziane na etapie wszczynania postępowania podstawowego.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na udzielenie zamówień dodatkowych zależne jest od łącznego spełnienia kilku przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp:

- zamówienie dodatkowe należy udzielić temu samemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, który realizuje zamówienie podstawowe,
- roboty lub usługi nie mogą być objęte zamówieniem podstawowym,
- wartość nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia podstawowego,
- roboty lub usługi dodatkowe są niezbędne do jego prawidłowego wykonania,
- wykonanie robót / usług dodatkowych stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Kontrola nr 1

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – podstawowego dotyczyło wykonania klasycznych robót ogólnobudowlanych polegających na przebudowie istniejącego budynku administracyjno-szkoleniowego, wykonaniu dróg i placu z pełnym uzbrojeniem terenu w sieć wodno-kanalizacyjną i deszczową, oświetleniu terenu, termomodernizacji ścian zewnętrznych wraz z wymianą stolarki okiennej i drzwiowej, wykonaniu niezbędnych rozbiórek pod wykonanie wymienionych zadań.

Dziesięć miesięcy po podpisaniu umowy zamawiający korzystając z treści art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp udzielił zamówień dodatkowych temu samemu wykonawcy, który realizował zamówienie pierwotne na m.in. następujący zakres robót:

1) wentylacja mechaniczna,
2) wymiana stolarki okiennej w budynku,
3) wykonanie dodatkowych schodów zewnętrznych wraz ze ścianą oporową do piwnicy,
4) likwidacja klatki schodowej w budynku nr 1 i wykonanie w jej miejscu dodatkowych pomieszczeń,
5) podbicie fundamentów ścian zewnętrznych budynku nr 1,
6) montaż desek odbojowych,
7) wykonanie robót dodatkowych, instalacyjnych wewnętrznych i zewnętrznych,
8) wykonanie sieci technicznych wewnętrznych,
9) wymiana stolarki drzwiowej wewnętrznej zwykłej na drzwi o podwyższonym standardzie,
10) wykonanie sufitów podwieszanych,
11) wykonanie balustrad w oknach.

Zamawiający wyjaśnił, że roboty określone w pkt 1–8 i pkt 11 były wykonane w związku z wprowadzonymi zmianami do projektu technicznego, **które wynikły z błędów i braków w projekcie pierwotnym**. Konieczność ich wykonania wynikła dopiero w trakcie ich realizacji.

Z analizy dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynika, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 67 ust 1 pkt 5 ustawy. Zamawiający nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, iż wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi mieć charakter obiektywny. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek pewnych zaniechań, zaniedbań w rozpoznawaniu zakresu czy charakteru prac powstaje konieczność wykonania innego zakresu czy zmiany jego elementów na inne niż pierwotnie zakładane. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z obiektywną, a tym samym niezawinioną i niezależną od zamawiającego sytuacją. Należy stwierdzić, iż we wskazanym stanie faktycznym zamawiający nie działał z należytą starannością określając przedmiot i wartość zamówienia podstawowego, nie sprawdził prawidłowości projektu dotyczącego planowanej inwestycji. Wskutek powyższego zamawiający dopiero w fazie wykonywania robót podstawowych powziął wiedzę i przekonanie, że część wykonanych robót dodatkowych jest ściśle powiązane z zamówieniem podstawowym np. wykonanie balustrad w oknach na piętrze, czy podbicie fundamentów. Konieczność wykonania ww. robót mogła i powinna być przewidziana na etapie planowania udzielenia zamówienia podstawowego, co oznacza, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi przesłanka braku możliwości przewidzenia wykonania robót dodatkowych.

Nie można także uznać, że ww. roboty dodatkowe były niezbędne do realizacji zamówienia podstawowego. Roboty te mogły stanowić polepszenie funkcjonalności zamówienia podstawowego, ale nie przesądzały o tym, że bez ich wykonania zamówienie podstawowe nie będzie mogło istnieć. W szczególności dotyczy to takich robót jak: wymiana stolarki okiennej w budynku, wykonanie dodatkowych schodów zewnętrznych wraz

ze ścianą oporową do piwnicy, likwidacja klatki schodowej w budynku i wykonanie w jej miejscu dodatkowych pomieszczeń.

Kontrola nr 2

Podobne naruszenia przepisów ustawy miały miejsce w postępowaniu prowadzonym przez spółkę gminną na wykonanie robót dodatkowych przy modernizacji systemu biogazu i obróbki osadu pościekowego w oczyszczalni ścieków.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia podstawowego wskazał, iż obejmuje on wykonanie modernizacji systemu biogazu i obróbki osadu pościekowego w oczyszczalni ścieków, w zakresie: prac przygotowawczych, projektowych, robót demontażowych, robót budowlano-montażowych (w skład których wchodziły: modernizacja technologiczna pompowni osadu surowego II° – wymiana pompy osadowej oraz zasuw klinowych, budowa dwóch wymienników ciepła z nowymi wymiennikami osad–woda i instalacjami wspomagającymi, modernizacja czterech istniejących zamkniętych komór fermentacyjnych itd.), przeprowadzenie szkoleń (eksploatacyjnych iserwisowych), przeprowadzenie prób końcowych (rozruchu) wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji, przeprowadzenie próbnej eksploatacji wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji, oddanie obiektów do eksploatacji.

Zamawiający dwa lata po zawarciu umowy o zamówienie publiczne udzielił dotychczasowemu wykonawcy robót zamówienia na roboty dodatkowe w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Roboty dodatkowe polegały na wykonaniu kontenerowych obudów wolno stojących: sprężarkowni biogazu dla agregatów prądotwórczych oraz stacji dmuchaw dla kotłowni suszenia osadu.

Zamawiający wyjaśnił, iż w ramach zapisów siwz pierwotnego postępowania zobligował wykonawcę do załączenia w ofercie pisemnych oświadczeń producentów: kompletnej instalacji suszenia i granulacji osadów oraz kompletnej instalacji agregatów o spełnieniu wymogów siwz, w tym głównie o zagwarantowaniu parametrów technologicznych procesów. Wymogiem siwz było także, aby obie instalacje zostały zamontowane w zaprojektowanych na ich potrzeby budynkach, bez zmiany ich wymiarów i konstrukcji pociągającej konieczność dokonania zmiany pozwolenia na budowę inwestycji. Jak dalej wyjaśnia zamawiający, dopiero **na etapie realizacji kontraktu**, w ramach niezbędnych szczegółowych obliczeń do projektów wykonawczych obu ww. instalacji, został ustalony ostateczny kształt instalacji oraz zwymiarowane poszczególne ich elementy. Wówczas okazało się, że określone w projekcie budowlanym gabaryty tych budynków nie pozwalają na umieszczenie w nich kompletnych instalacji technologicznych. Wyżej wymienione elementy obu instalacji, zdaniem zamawiającego, nie mogą funkcjonować bez zapewnienia im odpowiednich obudów, zabezpieczających przed wpływem bezpośredniego oddziaływania niekorzystnych warunków atmosferycznych.

Z analizy dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynikało, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. W szczególności nie można uznać, że konieczności udzielenia ww. robót dodatkowych nie można było przewidzieć. Sam zamawiający wskazał, że w specyfikacji zamówienia podstawowego wymagano, aby obie instalacje zostały zamontowane w zaprojektowanych na ich potrzeby budynkach, bez zmiany ich wymiarów i konstrukcji pociągającej konieczność dokonania zmiany pozwolenia na budowę inwestycji. Wprawdzie zamawiający stwierdził, że wykonanie wolno stojących obudów kontenerowych nie wymaga wykonania fundamentów dla ich posadowienia, a tym samym nie skutkuje zmianą pozwolenia na budowę inwestycji, niemniej jednak należy zauważyć, że zamawiający przewidywał możliwość dostarczenia przez wykonawcę różnych instalacji i konieczność ich umieszczenia w zaprojektowanych do tego celu budynkach. Zatem zarówno możliwość zastosowania różnej wielkości elementów instalacji, jak też wielkość zaprojektowanych budynków przeznaczonych do ich pomieszczenia była znana zamawiającemu przed zawarciem umowy z wykonawcą. Należy także podkreślić, że możliwość dokonania właściwych pomiarów obu elementów obu instalacji istniała od momentu złożenia przez

wykonawcę oferty, w której wskazane zostały te instalacje. Nie można uznać za czynnik nieprzewidywalny faktu, że pomiary te zostały dokonane dopiero na etapie realizacji kontraktu. Wykonawca zamówienia zobowiązał się ponadto do wykonania obu instalacji za wynagrodzeniem ryczałtowym i od chwili zapoznania się z projektem inwestycji (przed złożeniem oferty) powinien był liczyć się z tym, że zaproponowane przez niego instalacje nie zmieszczą się w zaprojektowanych budynkach.

W uzasadnieniu do wyroku z dnia 22 marca 2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził jednoznacznie, że **nie jest zamówieniem dodatkowym** zamówienie, które należy udzielić na skutek źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego.

Reasumując stwierdzić należy, iż w okolicznościach faktycznych obu spraw nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia zamówień z powołaniem się na ww. przepis.

Kontrola nr 3

Przedmiotem trzeciej kontroli było postępowanie na wykonanie robót budowlanych uzupełniających inwestycji pn. „Budowa wielofunkcyjnej hali sportowo-widowiskowej" w gminie miejskiej. Art. 67 ust. 1 pkt 6 umożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, **dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień** uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, **a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.**

Zamawiający udzielił w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego na wykonanie II i III etapu robót budowlanych inwestycji pn. *„Budowa wielofunkcyjnej hali sportowo-widowiskowej"* (zamówienie podstawowe). Specyfikacja istotnych warunków zamówienia podstawowego przewidywała możliwość udzielenia dalszych zamówień (wyłączonych z zamówienia podstawowego), których przedmiotem były roboty budowlane w zakresie instalacji sanitarnych i elektrycznych niskoprądowych w budynku hali wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi. Wyżej wymienione zakresy robót zamawiający zamierzał zlecić do wykonania w ramach oddzielnie prowadzonych postępowań wieloprzedmiotowych, tj.:

1) roboty w zakresie instalacji niskoprądowych objęte były postępowaniem prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego,
2) roboty związane z instalacjami gospodarki ciepła i chłodu oraz wentylacji i klimatyzacji były przedmiotem negocjacji z ogłoszeniem na udzielenie koncesji na roboty budowlane.

Obydwa ww. postępowania zostały unieważnione z powodu wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Następnie zamawiający podjął decyzję o wszczęciu postępowania na te same przedmioty zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tym samym traktując je jak zamówienia uzupełniające, pomimo określenia w specyfikacji, że ww. grupy robót przeznaczone są do wykonania przez innych wykonawców zamawiającego.

Co więcej, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia znalazł się zapis wskazujący na następujące okoliczności udzielenia bliżej nieokreślonych zamówień uzupełniających:

a) wystąpienie kolizji z dotychczasowym uzbrojeniem;
b) wystąpienie nieprzewidzianych warunków gruntowo-wodnych;
c) zaktualizowanie dotychczasowych uzgodnień branżowych, w tym między innymi zmiana wymagań przyszłych gestorów sieci i dróg,

d) wystąpienie konieczności wprowadzenia zmian projektowych,
e) zalecenia lub polecenia oraz inne decyzje projektanta pełniącego nadzór autorski nad inwestycją oraz organów kontroli budowanej, a także inspektora nadzoru inwestorskiego,
f) wprowadzenie korekt rozwiązań zamiennych (materiałowych, użytkowych lub wyposażenia),
g) uwzględnienie wniosków przyszłego użytkownika obiektu,
h) wystąpienie innych usług i robót niewymienionych w przedmiocie zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że okoliczności wymienione w powyższym zapisie są sprzeczne z przesłankami udzielenia robót uzupełniających określonymi w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy (okoliczności nie wskazują na przewidzianą przez zamawiającego wolę powtórzenia tego samego rodzaju zamówień, co w zamówieniu podstawowym, co więcej – podkreślają nieprzewidywalność „zamówień uzupełniających"). Nieprzewidywalne i niezawinione przez zamawiającego mogą być zamówienia dodatkowe, zamówienia uzupełniające, z samej swojej istoty, muszą zostać określone już na etapie przygotowania zamówienia podstawowego.

Roboty wyłączone z zamówienia podstawowego i planowane do udzielenia innym wykonawcom niż wykonawca zamówienia podstawowego, nie mogą zostać uznane za przewidziane w siwz zamówienia podstawowego jako roboty uzupełniające i w związku z tym nie ma podstaw prawnych do ich udzielenia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Opis przedmiotu zamówienia godzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP

Jedną z naczelnych zasad polskiego oraz wspólnotowego systemu zamówień publicznych jest zasada chroniąca uczciwą konkurencję oraz gwarantująca równe traktowanie wykonawców. W odniesieniu do wspólnotowego systemu zamówień publicznych zasada ta została wyrażona w art. 2 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 oraz w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Powyższe zasady znalazły swoje odzwierciedlenie także w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w Rozdziale 2 zatytułowanym „Zasady udzielania zamówień", który statuuje w art. 7 ust. 1 jedną z naczelnych zasad polskiego systemu zamówień publicznych. Niewątpliwie stanowi ona odzwierciedlenie polskiego i wspólnotowego porządku prawnego regulujących krajowy oraz wspólnotowy rynek oraz rządzące nimi zasady, choćby wynikające z ochrony praw konsumentów i zasady swobodnego przepływu towarów. Poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 664 z późn. zm) regulowała tę kwestię w art. 16, który stanowił, że zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. W odniesieniu do przedmiotu zamówienia tę kwestię regulował art. 17 ust. 2, który stanowił, że przedmiotu i warunków zamówienia nie wolno określać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada, która nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, została sformułowana przez ustawodawcę w odniesieniu do wszystkich etapów postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, iż wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy wytyczne odnoszą się zarówno do etapu poprzedzającego wszczęcie samego postępowania (dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, ustalanie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert), jak również do całego procesu związanego z prowadzeniem procedury obejmującego etap od wszczęcia postępowania, wyjaśniania postanowień SIWZ, rozpatrywania środków ochrony prawnej, badania i oceny ofert aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Rozwinięcie zasady uczciwej konkurencji napotykamy w art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ustawy. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż ustawodawca w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w sposób szczegółowy sprecyzował powyższą zasadę w art. 29 ust. 2, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższe wynika zapewne z faktu, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jednym z najbardziej newralgicznych etapów mogących mieć wpływ na naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Ten element związany z przygotowaniem postępowania, realizowany na etapie sporządzania dokumentacji (treści ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączników do niej) może i zazwyczaj ma istotny wpływ na przebieg postępowania i wybór wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne.

Ustawa Pzp w odniesieniu do zasad rządzących opisem przedmiotu zamówienia wskazuje przesłanki pozytywne i negatywne regulujące sposób dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Sto-

sownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jak wynika z powyższego, przedmiot zamówienia winien być określony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, co pozwala wykonawcom na sporządzenie oferty odpowiadającej oczekiwaniom Zamawiającego i jednocześnie winno gwarantować jawność i przejrzystość postępowania.

Oprócz pozytywnych przesłanek określających sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia, ustawodawca wprowadza przesłanki negatywne stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy) oraz nie można dokonywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, a jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważne" (art. 29 ust. 3 ustawy). Wskazane przepisy, zawierające pozytywne i negatywne przesłanki, służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Określenie w art. 29 ust. 2 ustawy negatywnych przesłanek określania opisu przedmiotu zamówienia odnosi się bezpośrednio do zasady gwarantującej ochronę uczciwej konkurencji. Powyższe należy rozpatrywać łącznie z analizą przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), która w art. 3 ust. 1 stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wskazana wyżej ustawa w Rozdziale 2 definiuje w sposób szczegółowy czyny nieuczciwej konkurencji. W art. 15 ust. 1 zostało wskazane, że czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Jako przykłady działań zmierzających do utrudnienia dostępu do rynku zostały w powyższym przepisie wskazane określone przypadki, jednakże wykaz ten został poprzedzony zwrotem „w szczególności przez", co oznacza, że katalog ten nie jest katalogiem zamkniętym. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) czytamy, że: „Istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych". Rozwinięcie powyższego poglądu znajdujemy w wyroku KIO z dnia 20.03.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym Izba zważyła, iż: „Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów".

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy oraz doprecyzowana w stosunku do zasad rządzących opisem przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 ustawy zasada chroniąca uczciwą konkurencję nie została w powyższych przepisach zawężona podmiotowo tylko i wyłącznie do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z analizy powyższego przepisu nie wynika bowiem, aby zakaz naruszenia uczciwej konkurencji odnosił się tylko do wykonawców ubiegających się o zamówienie. Organy państwa, jak także podległe im instytucje administracji rządowej zespolonej i niezespolonej oraz jednostki samorządu terytorialnego i podległe im podmioty obowiązane są do respektowania zasad rządzących rynkiem i obrotem gospodarczym zarówno krajowym, jak wspólnotowym. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający (będący zazwyczaj instytucją publiczną lub jedynie dysponentem środków publicznych) nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować warunków w postępowaniu, które bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłyby w wyżej wskazaną zasadę, gdyż jest ona wynikiem szerzej rozumianych zasad chroniących swobodny obrót gospodarczy. Na tego rodzaju podmiotowy zakres ochrony wskazuje także art. 1 ust. 1 ustawy z dnia

16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), który stanowi, że: „Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowania w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów". Wykładnia systemowa powyższych przepisów pozwala stwierdzić, iż ochrona przez ustawodawcę konkurencji realizowana jest w interesie publicznym zbiorowości konsumentów i przedsiębiorców, w tym także producentów, dystrybutorów, eksporterów, importerów oraz pośredników. Oznacza to, iż gwarancja ta odnosi się nie tylko do podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale także zamawiający nie może dokonywać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który naruszałby ww. zasadę w odniesieniu do któregokolwiek z uczestników obrotu gospodarczego, nawet jeżeli nie jest on podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w siwz, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, na co wskazała KIO w wyroku z dnia 1.10.2008 r. (sygn. KIO/UZP 984/08) przywołując uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25.01.2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05). Podobnie stwierdziła KIO w wyroku z dnia 20.03.2009 r. (sygn. KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym czytamy, że: „KIO zważyła, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z przepisu tego wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji".

Realizacja naruszenia uczciwej konkurencji ma miejsce wówczas, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie zakazu poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia może objawiać się przez pozytywne, jak i negatywne działanie. Niedookreślenie opisu powodujące, że potencjalni wykonawcy nie mają możliwości ustalenia zakresu świadczenia narusza wprost art. 29 ust. 1 ustawy, zaś na tyle rygorystyczne dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, że spełnić go może tylko jeden wykonawca oferujący jeden konkretny produkt, stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Wyjątek dopuszczający odmienny – od uregulowanego w art. 29 ust. 1 ustawy – opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został określony w art. 29 ust. 3 ustawy. Jednakże ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach i interpretowany ściśle, tj. wówczas gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy: „lub równoważne" albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Powyższe wynika z faktu, iż określenie przedmiotu zamówienia leży w gestii zamawiającego i stanowi jego suwerenną decyzję. Wobec powyższego skorzystanie z możliwości przewidzianej w art. 29 ust. 3 ustawy musi być uzasadnione.

W przypadku odstępstwa przez zamawiającego od zasady określonej w art. 29 ust. 3 ustawy, tj. zakazu opisania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia takie działanie powinno znajdować swoje obiektywne uzasadnienie. O powyższym decydować mogą specyficzne potrzeby

zamawiającego, charakter prowadzonej przez niego działalności i jednocześnie obiektywny brak możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia bez użycia nazw własnych produktów. KIO w wyroku z dnia 20.03.2009 r. (sygn. KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09) stwierdziła, iż: „Zamawiający potwierdził, że przedstawiciele dwóch, spośród trzech producentów, o których informował w rozstrzygnięciu protestu, obecni byli na sali rozpraw. Producenci ci nie są w stanie spełnić żądań Zamawiającego. Pozostaje jedynie trzeci, ze znanych Zamawiającemu na etapie konstruowania siwz, producent Philips, którego produkt może spełnić wymagania Zamawiającego. Jednak Zamawiający nie wykazał zarówno w rozstrzygnięciu protestu, w piśmie z dnia 17.03.2009 r., jak i w wyjaśnieniach składanych w toku rozprawy, że żądanie dostawy aparatu o opisanych parametrach granicznych stanowi uzasadnioną potrzebę Zamawiającego". Ponadto na konieczność uzasadnienia odstępstwa od zasad wyrażonych w art. 29 ust. 3 ustawy wskazała KIO w wyroku z dnia 20.02.2009 r. (sygn. KIO/UZP 130/09), w którym czytamy, że: „Niemniej jednak należy stwierdzić, iż Zamawiający mógł żądać od wykonawców spełnienia dodatkowych wymogów technicznych i jakościowych, które nie skutkowały odrzuceniem oferty, jednak miały dla Zamawiającego istotne znaczenie z punktu widzenia ekonomicznego, jak i odbiorców gazu. Jedynym negatywnym skutkiem dla wykonawców, którzy nie przedłożą wymaganych dodatkowo badań, będzie bowiem brak punktów w określonym kryterium. Z ugruntowanego już orzecznictwa KIO wynika, iż Zamawiający ma prawo żądać wyższych parametrów niż przewidywane normą, jeżeli uzna to za uzasadnione, zwłaszcza – jak ma to miejsce w tym przypadku – że niespełnienie tych wyższych wymagań nie powoduje odrzucenia oferty danego wykonawcy".

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO z dnia 22.01.2009 r. (sygn. KIO/UZP 30/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni – przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni – przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego". Z powyższego wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów.

Niekoniecznie jednak rygorystyczny opis przedmiotu zamówienia powodujący, że nie wszyscy zainteresowani udziałem w postępowaniu wykonawcy mogą złożyć ofertę, ze względu na fakt, iż oferowany przez nich produkt nie spełnia wymagań zamawiającego powoduje, iż mamy do czynienia z naruszeniem uczciwej konkurencji. Pogląd taki został wyrażony w wyroku KIO z dnia 13.03.2009 r. (sygn. KIO/UZP 239/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Skład orzekający Izby zważył, iż obowiązkiem Zamawiającego jest określenie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem przepisów Pzp określających sposób opisu przedmiotu zamówienia, jak również zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie oznacza to jednak wymogu określenia przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie ofert przez wszystkie podmioty działające w danej branży. Podkreślić należy, że to zamawiający określa przedmiot zamówienia". Podobny pogląd został wyrażony w wyroku KIO z dnia 17.03.2009 r. (sygn. KIO/UZP 253/09), w którym Izba wskazała, że: „Reasumując, sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia udział Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, nie stanowi jeszcze przesłanki do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej że okolicznością bezsporną jest fakt, że są na rynku także inni producenci kombajnów ścianowych. (vide: wyrok KIO/UZP 80/07 z dnia 17.01.2008 roku). Izba, uznając prawo Zamawiającego do żądania urządzeń o wysokich parametrach technicznych, które spełniają jego uzasadnione potrzeby, stwierdziła, że Zamawiający w trakcie rozprawy wykazał w sposób należyty, że określone przez niego parametry techniczne kombajnu ścianowego o napędzie hydraulicznym są wynikiem uzasadnionych warunkami geologiczno-górniczymi potrzeb Zamawiającego oraz koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa pracy górników". Rozwinięcie tego poglądu znajdujemy w wyroku KIO z dnia 20.03.2009 r. (sygn. KIO/UZP 285/09,

300/09, 303/09), w którym Izba zważyła, iż: „Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów". Ponadto w wyroku z dnia 11.01.2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „Zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem że określenie przedmiotu zamówienia nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca".

Badanie i ocena możliwości naruszenia zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy powinny być każdorazowo analizowane w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Kwestia racjonalizowania zasadności zarzutu naruszenia powinna wynikać z możliwości uzasadnienia dokonania rygorystycznego opisu przedmiotu zamówienia lub zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców. Kwestia ta znalazła odzwierciedlenie w 3 kolejnych wyrokach: wyroku KIO z dnia 3.02.2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 91/09 i 92/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Nie powinna być również stosowana w swoistej próżni legislacyjnej, nieuwzględniającej zasad wyrażonych w innych przepisach, w szczególności wyrażonych w ustawie o finansach publicznych zasad dotyczących racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Dopuszczenie stosowania przepisów ustawy prowadzące do narzucania zamawiającym dokonywania zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i utrudniają prowadzenie statutowej działalności, nie daje pogodzić się z postulatem racjonalności ustawodawcy. W przedmiotowym kontekście zaadaptować można frazę wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23.02.2007 sygn. akt. X Ga 23/07/za, iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia nie jest celem samym w sobie…", w szczególności nie wyłącza sprawnego i racjonalnego dokonywania zakupów w ramach zamówień publicznych". W innej części uzasadnienia powyższego wyroku Izba wskazała, że: „Formułowana w przepisach ustawy zasada nieograniczania konkurencji wcale nie jest zasadą bezwzględną – tak jak w przypadku braku obowiązku podmiotowego dopuszczenia do ubiegania się o zamówienie wszystkich zainteresowanych wykonawców, istnieje możliwość ograniczenia dostępu do zamówienia poprzez adekwatne do zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tak też zamawiający nie ma obowiązku opisać przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby zapewnić możliwość realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty występujące w danej branży na rynku. Okoliczność, iż dostawa określonego urządzenia stanowi trudność czy jest nawet niemożliwa dla odwołującego nie stanowi podstawy do uznania że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak samo w wyrokach: KIO/UZP 510/08, KIO/UZP 484/08)". Podobnie wskazała KIO w wyroku z dnia 20.02.2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 148/09): „Zwrócić przy tym należy uwagę, że jeżeli Odwołujący nie czuje się na siłach do realizacji przedmiotowego zamówienia, to nie jest obowiązany brać w nim udziału na warunkach określonych przez Zamawiającego, tym bardziej, że z informacji uzyskanej na rozprawie od Zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu zainteresowanie przetargiem wykazało 6 wykonawców, co w powiązaniu z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stawia zarzut Odwołującego za niezasadny. Ponadto Zamawiający opisując przedmiot zamówienia kierował się zasadami udzielania zamówień publicznych uwzględniającą zasadę wynikającą z art. 7 ustawy Pzp. Nie można bowiem postawić zarzutu Zamawiającemu naruszenia zasady uczciwej konkurencji w przypadku, gdy treść SIWZ jest dostępna dla wszystkich, jej postanowienia są jasno sprecyzowane, kierowane do szerokiego kręgu odbiorców, oczywiście specjalizujących się w przedmiocie zamówienia, nie dyskryminują ani nie faworyzują żadnego z potencjalnych wykonawców, zaś terminy na usunięcie usterek określone w § 5 pkt 26–32 wzoru umowy zobowiązują wszystkich wykonawców. Skład orzekający KIO stwierdził również, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp".

Przy wskazaniu przez zamawiającego jako przykładowego określonego produktu ocena oferty zawierającej ten określony produkt sprowadza się jedynie do uznania wprost identyczności oferowanego produktu, zaś

w przypadku ofert zawierających inny produkt zamawiający dokonuje badania spełnienia równoważności, a niekiedy zachodzić może konieczność powołania w tej kwestii biegłego. W takim przypadku zachodzi konieczność dokładnego sprecyzowania w SIWZ istotnych parametrów technicznych, aby umożliwić ocenę równoważności ofert. Zamawiający powinien w taki sposób przygotować SIWZ i w taki sposób sprecyzować w niej dodatkowe warunki, by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności oferty. Niejednoznaczne i niewłaściwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do sytuacji, w której zamawiający nie jest w stanie samodzielnie dokonać oceny spełnienia równoważności lub zmuszony jest posiłkować się interpretacją własnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia dokonaną przez powołanego przez siebie biegłego.

Należy pamiętać, iż „zamawiający dopuszczając złożenie oferty na system równoważny, winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być uznany za równoważny. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych wyraźnie w SIWZ zamawiający dopiero będzie mógł ocenić, czy złożone oferty na system równoważny są zgodne z treścią SIWZ." (wyrok KIO z dnia 9.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 268/08). W każdym takim przypadku na zamawiającym spoczywa obowiązek uzasadnienia odstąpienia od ogólnych zasad opisu przedmiotu zamówienia.

Szczególnie podatne na naruszenie zasady uczciwej konkurencji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są dostawy wyrobów o dużym stopniu skomplikowania, charakteryzujących się wysokim poziomem technologicznym oraz zawierających wiele elementów składowych. W szczególności opisy produktów charakteryzujących się wieloma istotnymi parametrami techniczno-użytkowymi wykazują podatność na taką ich kompilację, że pomimo tego, iż samodzielnie wydają się być technicznie uzasadnione, to ich odpowiednie zestawienie prowadzi do takiego określenia charakterystyki całego urządzenia, że spełnione być mogą tylko przez jeden produkt. Na szczególną uwagę zasługuje także odniesienie do produktów odstających od innych konkurencyjnych urządzeń jednym lub dwoma charakterystycznymi parametrami (wielkościami lub rozwiązaniami technologicznymi), które niejako powodują, że inne wyroby nie są w stanie spełnić warunków określonych w SIWZ. Wystarczy, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia wykorzysta w zestawieniu wymaganych parametrów granicznych jeden z takich, niekoniecznie istotnych, parametrów i tym samym uniemożliwi złożenie oferty przez wykonawców oferujących produkty innych producentów. Wśród głównych grup produktów można wskazać: sprzęt komputerowy, aparaturę medyczną, maszyny i urządzenia górnicze oraz budowlane, pojazdy samochodowe, zaawansowane systemy związane z obronnością, urządzenia i systemy związane z kontrolą lotów oraz systemy sterowania ruchem drogowym.

W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia:

Przykład nr 1

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieścił szczegółowy opis parametrów zamawianych samochodów osobowych w klasie wyższej. Zamawiający wskazał, że samochody mają spełniać określone wymagania, wśród których znalazły się:

– pojemność zbiornika nie mniej niż 70 l;
– minimum 7 poduszek powietrznych.

W związku z wątpliwościami, które pojawiły się w toku kontroli co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, Prezes UZP wystąpił do rzeczoznawcy z prośbą o opinię w sprawie zgodności opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ustawy.

W sporządzonej opinii rzeczoznawca stwierdził, że określone w SIWZ parametry wskazują na wybór konkretnego pojazdu, tj. Ford Mondeo 2,5 kat MR`07. Rzeczoznawca podał, iż dwa z wymienionych parametrów technicznych, tj.

– minimum siedem poduszek powietrznych,
– pojemność zbiornika paliwa nie mniej niż 70 litrów,

spośród innych pojazdów wymienionych w opinii, spełniających wszystkie pozostałe wymagania zamawiającego, spełnia tylko jeden samochód: Ford Mondeo 2,5 kat MR`07. Pozostałe wymienione w opinii samochody wyposażone są w 6 poduszek powietrznych, to jest: 2 czołowe + 2 boczne + 2 kurtyny oraz mają mniejszą niż 70 litrów pojemność zbiornika paliwa.

Podkreślenia wymaga fakt, iż określone w siwz wymagane minimalne parametry techniczne nie są parametrami właściwości użytkowych samochodu, które rozróżnić mogłyby pojazdy lepsze lub gorsze z punktu widzenia użytkownika, a jedynie parametrami jego wewnętrznych podzespołów. Dla użytkownika istotne są bowiem parametry dotyczące osiągów pojazdu, bezpieczeństwa pasażerów i komfortu, wyrażone np. osiąganą prędkością maksymalną, zdolnością przyspieszania określaną standardowo przyspieszeniem od 0 do 100 km/h oraz w trakcie jazdy (np. od 80 do 120 km/h na konkretnym przełożeniu skrzyni biegów), zużyciem paliwa w standardowych warunkach, zasięgiem z pełnym zbiornikiem paliwa, pozytywnym przebyciem testów zderzeniowych oraz zdolnością hamowania od 100 km/h do zatrzymania, poziomem hałasu we wnętrzu, wymiarami wnętrza itp.

Zastosowane przez zamawiającego minimalne oczekiwane parametry nie decydują bezpośrednio o żadnym z wymienionych parametrów. Zatem użytkownik nabywający pojazd o mocy nieprzekraczającej 200 KM o pojemności silnika większej niż 2600 cm^3 i o zbiorniku paliwa mniejszym niż 70 litrów oraz ilości poduszek mniejszej niż 7 nie musi wcale otrzymać produktu wolniejszego, o gorszych parametrach przyspieszenia, o mniejszym zasięgu z pełnym zbiornikiem paliwa, ani mniej bezpiecznego niż ten, który spełnia wszystkie wskazane w siwz parametry minimalne.

Ponadto w aspekcie art. 7 ust. 1 ustawy istotne dla oceny wymagań zamawiającego jest również i to, że w klasie samochodów określonej w postępowaniu jako wyższa jest wiele modeli o mocy silnika niewiele poniżej lub równo 200 KM, o pojemności silnika przekraczającej 2600 cm^3, posiadających zbiornik paliwa o pojemności niewiele poniżej 70 litrów paliwa oraz wyposażonych w mniej niż 7 poduszek powietrznych, jednak posiadających pełne walory użytkowe.

Dlatego też zamawiający, opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt – Ford Mondeo, naruszył zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy oraz zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 ustawy, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, oferujących produkty innych marek.

Wobec powyższego poprzez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt, zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Przykład nr 2

W postępowaniu którego przedmiotem była dostawa serwera sieciowego z oprogramowaniem, macierzy dyskowej, zasilacza awaryjnego, szafy rack oraz usługi instalacji, konfiguracji i włączenia do pracy w sieci, w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia zamawiający opisując wymagania dotyczące procesora w serwerze, będącym przedmiotem zamówienia wskazał: „dwa procesory czterordzeniowe o częstotliwości taktowania nie mniejszej niż 2,6 GHz, z szyną FSB 1333 MHz lub szybszą, 8 MB pamięci cache [L2], dedykowane do pracy w serwerach dwuprocesowych".

Zamawiający w niniejszym postępowaniu opisał parametry procesora za pomocą częstotliwości taktowania zegara (dwa procesory czterordzeniowe o częstotliwości taktowania nie mniejszej niż 2, 6 GHz), który to

parametr pośrednio wskazuje na produkty Intela jako spełniające wymagania określone w SIWZ. Z informacji posiadanych przez UZP wynika, iż inni niż Intel producenci procesorów stosują odmienną technologię, której wydajności nie da się zmierzyć jedynie przez częstotliwość taktowania zegara. Również w *Rekomendacjach MSWiA Dotyczących Formułowania Wymagań Zamawiającego dla Wybranych Parametrów Technicznych Sprzętu Komputerowego* wyraźnie zostało wskazane, iż podczas przygotowania opisu parametrów technicznych sprzętu komputerowego nie jest, co do zasady, możliwe wskazanie określonej lub minimalnej częstotliwości zegara. Wydajność procesorów produkowanych z zastosowaniem innych technologii, niż stosowana przez Intela powinna być mierzona przy łącznym uwzględnieniu częstotliwości zegara i współczynnika instrukcji na cykl (IPC). Aby zatem obiektywnie opisać wydajność danego procesora, należy odnieść się do niedyskryminującego testu wzorcowego (benchmark), który uwzględnia ww. kryteria. Samo bowiem odniesienie do częstotliwości taktowania zegara arbitralnie dyskryminuje produkty o takiej samej lub wyższej wydajności, która jednak wynika z wyższego współczynnika IPC, przy niższej częstotliwości taktowania zegara (tak np. procesory AMD). W ww. Rekomendacjach wskazano, iż przyjmując koncepcję zastosowania wyników benchmarków do wyboru grupy komputerów, spośród których mogą być wybrane komputery według kryterium najniższej ceny, MSWiA wskazało, iż „ (…) w każdym z SIWZ-ów powinno się umieszczać co najmniej dwa różne benchmarks z kryterium wartości „nie mniej niż" oraz powinny być one traktowane alternatywnie w selekcji przedmiotu zamówienia." W ww. Rekomendacjach wskazano również, iż odniesienie się w opisie przedmiotu zamówienia do częstotliwości taktowania zegara jest dopuszczalne, ale tylko w sytuacji szczególnej, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą odwołań do norm i standardów technicznych lub poprzez odwołanie do jego wymagań funkcjonalnych, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".

Należy również wskazać, iż określenie przez zamawiającego w SIWZ wymogu posiadania przez procesor serwera 4 rdzeni również wskazuje pośrednio na produkt Intela, bowiem inni producenci nie produkują 4-rdzeniowych procesorów (np. AMD produkuje procesory 2-rdzeniowe). Również wskazanie pojemności pamięci cache L2 na poziomie 8 MB wyklucza zastosowanie innego procesora niż produkowany przez firmę Intel. Także wskazanie na konieczność posiadania przez procesor szyny FSB o częstotliwości 1333 MHz lub wyższej pośrednio wyklucza zastosowanie innych rozwiązań niż produkty Intela, z uwagi na fakt, iż inni producenci procesorów do łączenia procesora (CPU) z kontrolerem pamięci wykorzystują inne technologie (np. AMD stosuje technologię komunikacji HyperTransport).

Zatem poprzez opisanie procesora serwera przez odniesienie do częstotliwości taktowania zegara, pojemności pamięci cechę, liczby rdzeni w procesorze oraz technologii komunikacji procesora z kontrolerem pamięci za pomocą szyny FSB o określonej częstotliwości, zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust 1 ustawy.

Podział zamówienia na części – przykłady nieprawidłowości stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia jest, zgodnie z art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.), całkowite szacunkowe wynagrodzenie bez podatku od towarów i usług ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, przy czym w przypadku udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartość zamówienia stanowi łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Ponadto w art. 32 ust. 2 ustawy sformułowany został zakaz dzielenia przedmiotu zamówienia na części oraz zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Przedmiotowe regulacje mają za zadanie zapobiec podziałowi dużych zamówień na mniejsze części w celu wyłączenia stosowania przepisów ustawy, a także nieuprawnionemu zastosowaniu przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Podkreślenia wymaga przy tym fakt, iż prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia ma zasadnicze znaczenie dla właściwego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przekroczenie bowiem przez szacunkową wartość zamówienia określonych ustawowo wartości progowych zobowiązuje zamawiającego do zastosowania w prowadzonym postępowaniu bardziej rygorystycznych przepisów. Odnoszą się one m.in. do miejsca publikacji o ogłoszeniu, terminu składania ofert, terminu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Ustalenie wartości zamówienia poniżej progów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy i usługi uniemożliwia również wykonawcom składanie odwołań od rozstrzygnięć protestów przez zamawiającego.

Na gruncie ustawy Pzp można mówić o dwojakim podziale zamówienia na części:

1) podział przedmiotu na kilka części (pakietów) w ramach jednej procedury przetargowej, polegający na dopuszczeniu składania ofert częściowych,
2) podział przedmiotu zamówienia na kilka części, z których każda jest przedmiotem oddzielnego postępowania przetargowego.

Ad 1) Co do zasady podział zamówienia na części w ramach jednej procedury przetargowej nie jest zabroniony, lecz stanowi uprawnienie zamawiającego, bowiem zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy, w przypadku dopuszczenia składania ofert częściowych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zamieszcza opis odpowiednich części zamówienia, co do których dopuszcza złożenie ofert częściowych. Podział taki może mieć charakter techniczny, pozwalając na sprawne przeprowadzenie procedury przetargowej, musi jednocześnie zapewnić zachowanie zasad wynikających z ustawy, powinien także co do zasady umożliwiać wykonawcom łatwiejszy dostęp do zamówienia (*szerzej KIO w wyroku z dnia 28 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1298/08*).

Dokonując czynności ustalenia zakresu poszczególnych części zamówienia, zamawiający powinien mieć na celu otrzymanie jak najbardziej korzystnych ofert co do każdej części zamówienia. W takim przypadku determinująca dla zastosowania odpowiednich przepisów ustawy, zgodnie z dyspozycją art. 32 ust. 4 ustawy, będzie wartość całego zamówienia równa wartości postępowania.

Ad 2) Innym przypadkiem jest sytuacja, gdy zamawiający realizując zamówienie na roboty budowlane, dostawy bądź usługi każdą z części czynni przedmiotem odrębnego postępowania. Z powyższą sytuacją mamy do czynienia w sytuacji gdy z góry ustalony jest zakres całego zamówienia, istnieje obiektywna możliwość jego jednorazowego udzielenia, lecz z pewnych względów zamawiający podejmuje decyzję o dokonywaniu zakupów sukcesywnie, czyli organizowaniu kilku następujących po sobie postępowań. O tym, czy mamy do czynienia

z jednym zamówieniem publicznym, czy też zamówieniami odrębnymi rozstrzyga samodzielnie zamawiający, który w oparciu o posiadaną wiedzę oraz doświadczenie w zakresie prowadzonej działalności, najlepiej orientuje się w specyfice udzielanego zamówienia. Każdorazowy pojedynczy zakup jest częścią całego zamówienia, zatem ustalenie jego wartości powinno być dokonane z zastosowaniem analogicznej metody jak w przypadku jednego zamówienia podzielonego na części – art. 32 ust. 4 ustawy. Jeżeli więc zamawiający decyduje się udzielać zamówienia w częściach i organizuje kilka odrębnych postępowań, wówczas dla każdego postępowania musi stosować przepisy właściwe dla wartości całego zamówienia.

Decydując, czy w okolicznościach danej sprawy doszło do niedozwolonego podziału zamówienia na części, należy odpowiedzieć na pytanie, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi następującymi po sobie zamówieniami o tożsamych przedmiotach. Decyzja każdorazowo będzie indywidualna i zdeterminowana okolicznościami danej sprawy.

Pomocniczo należałoby wskazać, że w celu ustalenia powyższego zamawiający mogą się posługiwać m.in. następującymi kryteriami:

– tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu),
– tożsamość czasowa zamówienia (możliwość udzielenia zamówienia w tym samym czasie),
– możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Wobec powyższego należy uznać, iż z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwe jego nabycie lub wykonanie przez tego samego wykonawcę. Należy też pamiętać, iż decyzja o wszczęciu procedury przetargowej jest wynikiem realizacji wcześniejszych planów zamawiającego, zatem każde kolejne obiektywnie nieprzewidywalne zamówienie należy traktować jako zamówienie odrębne, a nie część zamówienia udzielonego poprzednio.

Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenia opisywanych artykułów stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Kontrola nr 1:

Zamawiający realizując projekt współfinansowany ze środków UE ZPORR mający na celu ograniczenie emisji zanieczyszczeń do atmosfery przeprowadził m.in. 4 postępowania przetargowe związane z realizacją robót budowlanych dla budynku szkoły oraz internatu. Powyższe roboty budowlane polegały na modernizacji kotłowni, a także demontażu starej i montażu nowej instalacji grzewczej w powyższych obiektach. Realizując przedmiotowy projekt zamawiający przeprowadził m.in. postępowania na:

- modernizację centralnego ogrzewania w budynku szkoły,
- modernizację kotłowni stałopalnej na gazową w budynku szkoły,
- modernizację instalacji centralnego ogrzewania w budynku internatu,
- modernizację kotłowni stałopalnej na gazową w budynku internatu.

Zamawiający oszacował wartość każdego z postępowań odpowiednio:

- na kwotę: 209 527,82 zł (tj. 47 761,07 euro),
- na kwotę: 158 853,63 zł (tj. 36 210,08 euro),
- na kwotę: 117 375,45 zł (tj. 26 755,29 euro),
- na kwotę: 156 432,62 zł (tj. 35 658,22 euro),

co łącznie daje kwotę 642 189,52 zł (tj. 146 384,66 euro).

Z uwagi na odrębne szacowanie wartości ww. zamówień, w każdym z ww. postępowań zamawiający stosował obowiązujący w dacie wszczęcia niniejszych postępowań art. 4a ust. 1 ustawy (uchylony nowelizacją ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r.), zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących obowiązku publikacji ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych, terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, terminów składania ofert, ofert wstępnych i ofert orientacyjnych oraz przepisów ustawy dotyczących odwołań i skarg.

W świetle powyższego stanu faktycznego należało ocenić, czy w przypadku współfinansowanego ze środków UE ZPORR projektu doszło do niedozwolonego podzielenia zamówienia na części. Za stwierdzeniem tego faktu przemawiały następujące argumenty:

A) Przedmiotowe roboty budowlane wykonywane były w obrębie jednej miejscowości i jednego kompleksu pedagogicznego (ten sam adres budynków).

B) Wszystkie zamówienia zostały udzielone przez tego samego zamawiającego.

C) Zamówienia na roboty budowlane realizowane w budynku szkoły oraz internatu polegające na modernizacji kotłowni, a także demontażu starej i montażu nowej instalacji grzewczej, z uwagi na ich podobieństwo mogły być wykonane przez jedno przedsiębiorstwo (o czym świadczy także fakt, iż wszystkie zamówienia zostały udzielone jednemu wykonawcy). Do ich realizacji niezbędna była analogiczna wiedza fachowa oraz jednakowego rodzaju potencjał techniczny.

D) Wszczęcie postępowań na roboty budowlane w każdej części nastąpiło w bardzo bliskich odstępach czasu (w ciągu jednego miesiąca), podobnie jak zawarcie umów (w ciągu jednego miesiąca). Również terminy wykonania robót w zakresie każdej części zostały wyznaczone na ten sam okres.

E) We wszystkich czterech postępowaniach oferty złożyli niemal ci sami wykonawcy, co świadczy także o jednolitym charakterze robót stanowiących przedmiot zamówienia w każdym z tych postępowań.

Łącznie szacowana wartość kontrolowanych zamówień w zakresie postępowań przetargowych związanych z realizacją robót budowlanych dla budynku szkoły oraz internatu polegających na modernizacji kotłowni, a także demontażu starej i montażu nowej instalacji grzewczej w powyższych obiektach wynosiła 146 384,66 euro. Mając na uwadze dyspozycję obowiązującego w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania art. 4a ust. 1 ustawy, podnieść należy, iż niedopuszczalny podział zamówienia na części spowodował, że zamawiający nie dopełnił obowiązku publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, zgodnie z dyspozycją art. 40 ust. 2 ustawy. Ponadto ubiegający się o udzielenie przedmiotowych zamówień wykonawcy nie mogli korzystać z przysługującego im środka ochrony prawnej w postaci odwołania, co – biorąc pod uwagę wniesione w ramach niniejszych postępowań protesty – uniemożliwiło weryfikację działań zamawiającego przez organ odwoławczy.

Kontrola nr 2:

Zamawiający przeprowadził pięć postępowań w trybie przetargu nieograniczonego w ramach współfinansowanego ze środków UE ZPORR projektu. Przedmiotem zamówienia jednej z części projektu była modernizacja zakładu uzdatniania wody, w pozostałych czterech przedmiotem zamówienia była budowa sieci wodnokanalizacyjnej (budowa sieci wodno-kanalizacyjnych na terenie kompleksu usług motoryzacyjnych, budowa sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie kompleksu usługowo-mieszkaniowego, budowa sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie strefy aktywności gospodarczej, budowa sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie kompleksu usługowo-mieszkaniowego).

Szacunkowa wartość kontrolowanych zamówień w zakresie budowy sieci wodno-kanalizacyjnej, została ustalona przez zamawiającego odrębnie dla każdego postępowania na podstawie kosztorysów inwestorskich:

- na kwotę: 6 174 000,00 PLN (tj. 1 525 649,90 euro);
- na kwotę: 3 850 000,00 PLN (tj. 951 368,98 euro);

- na kwotę: 5 101 000,00 PLN (tj. 1 260 502,12 euro);
- na kwotę: 6 033 000,00 PLN (tj. 1 490 807,55 euro),
  co łącznie daje kwotę 21 158 000,00 PLN (tj. 5 228 328,55 euro).

W przekazanych wyjaśnieniach zamawiający wskazał, iż jego zdaniem art. 32 ust 4 ustawy nie ma zastosowania do przedmiotowego projektu, ponieważ nie było w nim ofert częściowych, ani zamówień udzielonych w częściach, gdyż w projekcie wyszczególniono całkowicie odrębne zadania, a przedmiot każdego z zadań (robót budowlanych) nie był podzielny. Każde z zadań posiadało odrębną lokalizację, osobną dokumentację techniczną, a także osobne pozwolenie na budowę. Zdaniem zamawiającego jedynym elementem łączącym te postępowania była wspólna nazwa projektu, w związku z tym nie może być mowy o podziale czy konieczności łączenia wartości poszczególnych zamówień. Ponadto zamawiający podkreślił, iż zgodnie z definicją Prawa Budowlanego każda z ww. robót jest odrębnym obiektem budowlanym. Z uwagi na powyższy sposób szacowania wartości zamówienia, wartość żadnego z ww. postępowań nie przekraczała 5 mln euro, a więc zamawiający nie był zobowiązany do przekazywania ogłoszeń o zamówieniu UOPWE, który to obowiązek wynikał z obowiązującego w dacie wszczęcia przedmiotowych postępowań art. 40 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym, jeżeli wartość zamówienia przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro dla robót budowlanych oraz 130 000 euro dla dostaw i usług, zamawiający przekazywał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz Prezesowi UZP.

W kontekście opisanego stanu faktycznego należy podnieść, iż w przedmiocie sztucznego podziału zamówienia na części wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 5.10.1998 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). Przedmiotowy wyrok zapadł na gruncie dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. L 199, str. 84), lecz znajduje on zastosowanie również na gruncie obowiązującej wtedy – i mającej zastosowanie w kontrolowanym projekcie – dyrektywy z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (93/37/EWG). Stosownie do art. 14 pkt 13 dyrektywy 93/38/EWG, zamawiający nie mogli obchodzić postanowień przedmiotowej dyrektywy poprzez dzielenie zamówienia na części lub używania specjalnych metod obliczania wartości zamówień. Podobna regulacja odnosząca się do dzielenia zamówienia na części została przewidziana w dyrektywie 93/37/EWG. Zgodnie z art. 6 pkt 4 tej dyrektywy, obiekt budowlany lub zamówienie nie mogło być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania dyrektywy. Natomiast w świetle art. 6 pkt 3, jeżeli obiekt budowlany podzielony został na kilka części, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego zamówienia, wartość każdej z tych części powinna być uwzględniona przy obliczaniu wartości, od której stosowało się procedury przewidziane w dyrektywie w celu udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane. Jeżeli łączna wartość części była nie mniejsza niż wartości, od której należało przestrzegać postanowień dyrektywy, przepisy dyrektywy stosowało się do wszystkich części. Wyjątkiem była sytuacja, gdy zamawiający mógł odstąpić od stosowania przepisów przedmiotowej dyrektywy w odniesieniu do tych części, których szacunkowa wartość, bez podatku od towarów i usług była mniejsza niż 1 000 000 euro, pod warunkiem że łączna wartość szacunkowa tych części nie przekraczała 20% łącznej wartości wszystkich części.

Zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasadnicze znaczenie dla odpowiedzi, czy mamy do czynienia z zamówieniem na jeden obiekt budowlany, należy przypisać okoliczności, czy wynik całości robót budowlanych lub inżynieryjnych może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Wynika z tego, iż ocena czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które będzie spełniał. Stwierdzenie takiej okoliczności powoduje, iż całość robót budowlanych udzielanych w kilku postępowaniach należy brać pod uwagę w kontekście ustalenia obowiązku stosowania przepisów dyrektywy. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał w omawianym wyroku, iż istnienie jednego podmiotu zamawiającego i możliwość przeprowadzenia przez przedsiębiorstwo wspólnotowe całości robót opisanych w odnośnych zamówieniach może stanowić dowód potwierdzający

istnienie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy. Zauważył również, iż jest zrozumiałe, że z powodów administracyjnych lub innych, program robót budowlanych zmierzających do wykonania obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy może być przedmiotem kilku procedur, których inicjatywa pochodzi od różnych zamawiających. Może tak być na przykład w przypadku budowy drogi przechodzącej przez terytorium kilku władztw lokalnych, z których każde odpowiada administracyjnie za jej odcinek. W takim bowiem przypadku zdaniem ETS cel dyrektywy nie zostałby osiągnięty, jeżeli zakres stosowania dyrektywy byłby wyłączony z tego powodu, że szacowana wartość każdego odcinka obiektu budowlanego byłaby niższa od progu zastosowania dyrektywy. Z wykładni *a maiori ad minus* wynika, iż tym bardziej nie zostałby osiągnięty cel dyrektywy, jeżeli za odrębne zamówienia uznać budowę sieci wodno-kanalizacyjnej w obrębie jednego władztwa lokalnego.

A) W świetle powyższych ustaleń w toku kontroli należało ocenić, czy w przypadku realizowanego projektu doszło do sztucznego podzielenia zamówienia na części. Za taką ewentualnością przemawiały następujące argumenty:
B) Przedmiotowe roboty wodno-kanalizacyjne wykonywane były w obrębie jednego miasta, które samodzielnie spełnia funkcję techniczną i gospodarczą. Poszczególne zamówienia odnosiły się do robót wykonywanych na tym samym obszarze geograficznym.
C) Wszystkie zamówienia zostały udzielone przez jednego zamawiającego.
D) Zamówienia na budowę sieci wodno-kanalizacyjnych z uwagi na ich podobieństwo mogły być wykonane przez jedno przedsiębiorstwo. Do ich realizacji niezbędna była analogiczna wiedza fachowa oraz jednakowego rodzaju potencjał techniczny.
E) Wszczęcie postępowań na roboty budowlane w każdej części nastąpiło w bliskich odstępach czasu, podobnie jak zawarcie umów. Również terminy wykonania robót w zakresie każdej części zostały wyznaczone na ten sam okres.
F) We wszystkich czterech postępowaniach oferty złożyli niemal ci sami wykonawcy, co świadczy także o jednolitym charakterze robót stanowiących przedmiot zamówienia w każdym z tych postępowań.

Łącznie szacowana wartość kontrolowanych zamówień w zakresie budowy sieci wodno-kanalizacyjnej wynosiła 5 228 328,55 euro. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowiło naruszenie art. 32 ust. 4 ustawy. W konsekwencji powyższe działanie zamawiającego, polegające na nieopublikowaniu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, stanowiło naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dotyczy postępowań na roboty wodnokanalizacyjne bez zakładu uzdatniania wody).

Kontrola nr 3:

Przedmiotem zamówienia była dostawa, instalacja i uruchomienie urządzeń podzielonych rodzajowo na części A-D:

A. Aparat EKG 12 kanałowy 6 kpl.,
B. System telemetryczny z 6 nadajnikami – 1 kpl.,
C. Stymulator endokawitarny dwukomorowy – 6 kpl.,
D. Defibrylator dwufazowy – 10 szt.

Zamawiający oszacował przedmiotowe zamówienie publiczne na kwotę 899 335,00 zł, co stanowi równowartość 205 000,00 euro, a następnie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego według procedury właściwej dla tak oszacowanego zamówienia, tj. procedury właściwej dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych wskazanych w wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń UOPWE.

W toku kontroli ustalono, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było piątym z kolei postępowaniem, dotyczącym tego samego przedmiotu, a urządzenia medyczne zamawiane w ramach kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. aparaty EKG 12-kanałowe, system telemetryczny z 6 nadajnikami, stymulatory endokawitarne dwukomorowe, defibrylatory dwufazowe zamawiane były wcześniej w ramach jednej części zamówienia łącznie z urządzeniami, których dotyczy inne postępowanie, tj. pompami do kontrpulsacji wewnątrzaortalnej i aparatami do autotransfuzji.

Szacunkowa wartość w euro powyższego zamówienia udzielanego w postępowaniu wynosiła 178 709,83 euro, więc łączna szacunkowa wartość wszystkich zamawianych urządzeń medycznych w dwóch postępowaniach wynosiła 383 709,83 euro, zatem przekraczała kwotę 211 000 euro dla zamówień na dostawy lub usługi określoną w § 1 pkt. 2a ww. obowiązującego w dacie wszczęcia postępowania rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Z powyższego wynikało, że zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwie części, lecz nie zsumował wartości tych części w celu zastosowania przepisów właściwych dla łącznej wartości podzielonego zamówienia przekraczającej progi unijne. Wskutek odrębnego oszacowania wartości zamówienia dla każdej z części zamawiający zastosował przepisy właściwe dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych.

W świetle powyższych ustaleń stwierdzono, że doszło do niedozwolonego podzielenia zamówienia na części. Przemawiały za tym następujące argumenty:

A) Wszystkie zamawiane w dwóch postępowaniach urządzenia są stosowane w kardiologii oraz kardiochirurgii i służą do diagnozowania, monitorowania lub korygowania wad serca lub centralnego układu krążenia.
B) Wszystkie zamawiane urządzenia nabywane są w ramach jednej inwestycji realizowanej przez zamawiającego, tj. wyposażania w sprzęt medyczny nowego centrum klinicznego.
C) Zamawiający dokonał zgrupowania wszystkich przedmiotowych urządzeń w ramach jednej z części wcześniej prowadzonych postępowań, co potwierdza, że możliwe było jednoczesne, odpowiednio wczesne zaplanowanie zamówienia.
D) Obydwa postępowania są adresowane do tej samej grupy wykonawców.
E) W przekazanych wyjaśnieniach zamawiający potwierdzał, że połączenie zamawianych urządzeń w ramach jednej części jednego postępowania uzasadniały względy organizacyjne oraz potrzeba natychmiastowej dostawy urządzeń.

Dokonany przez zamawiającego podział zamówienia udzielanego uprzednio w ramach jednej z części zamówienia skutkował zastosowaniem do każdego z odrębnych postępowań przepisów właściwych dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych. W konsekwencji przedmiotowe zamówienie nie zostało ogłoszone we właściwym publikatorze, tj. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, stosownie do art. 40 ust. 3 ustawy. Ponadto wykonawcy zostali pozbawieni możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej oraz skargi do Sądu Okręgowego na rozstrzygnięcie KIO.

Określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP

Celem umożliwienia zamawiającemu weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych daje zamawiającym możliwość sprecyzowania warunków udziału w postępowaniu, aby do ubiegania się o zamówienia publiczne dopuścić jedynie wykonawców dających rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższa gwarancja wynika w szczególności z warunków, jakie przed dysponentami środków publicznych stawia ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.). Zgodnie z wyrażoną w art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych zasadą wydatki powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Realizacja powyższej zasady, w zw. z art. 35 ust. 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, znalazła swoje odzwierciedlenie w art. 22 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z powyższym o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy łącznie spełniają przesłanki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1–4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3. Powyższe jest pochodną założenia, że zamówienie publiczne może być udzielone jedynie wykonawcy, który gwarantuje prawidłowość jego realizacji i został zweryfikowany na etapie postępowania w oparciu o złożone dokumenty i oświadczenia, pod kątem możliwości realizacji danego zamówienia publicznego. Wymienione enumeratywnie w art. 22 ust. 1 pkt 1–3 przesłanki udziału w postępowaniu mają charakter norm blankietowych, zaś ich dookreślenie następuje każdorazowo na etapie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek doprecyzowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, które winny być spełnione przez każdego wykonawcę, przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia (jego charakteru, stopnia trudności, terminu realizacji oraz złożoności procesów technologicznych i organizacyjnych towarzyszących jego realizacji). Na powyższe wskazuje użycie przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy zwrotu niedookreślonego „posiadają **niezbędną** wiedzę i doświadczenie", zaś w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy użycie zwrotu „znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej **zapewniającej** wykonanie zamówienia". Charakter tej normy spowodowany został brakiem możliwości określenia uniwersalnych wymagań dla wszystkich rodzajów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest także możliwości precyzyjnego określenia warunków w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji. Blankietowy charakter przepisów art. 22 ustawy nie oznacza, iż zamawiający ma całkowitą i niczym nieograniczoną swobodę w ustalaniu warunków udziału w postępowaniu oraz swobodę w żądaniu dokumentów i oświadczeń potwierdzających, na etapie postępowania, ich spełnienie przez wykonawców. Powyższe wynika jednoznacznie z art. 22 ust. 2 ustawy, który statuuje w stosunku do czynności zamawiającego mającej na celu określenie warunków udziału w postępowaniu, jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych – zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

Jedną z naczelnych zasad polskiego oraz wspólnotowego systemu zamówień publicznych jest zasada chroniąca uczciwą konkurencję. W odniesieniu do wspólnotowego systemu zamówień publicznych zasada ta została wyrażona w art. 2 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 oraz w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordy-

nacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. W wyniku implementacji obu dyrektyw powyższa zasada znalazła swoje odzwierciedlenie w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w Rozdziale 2 zatytułowanym „Zasady udzielania zamówień", który statuuje w art. 7 ust. 1 jedną z naczelnych zasad polskiego systemu zamówień publicznych. Niewątpliwie stanowi ona odzwierciedlenie polskiego i wspólnotowego porządku prawnego regulujących krajowy oraz wspólnotowy rynek oraz rządzące nimi zasady, choćby wynikające z ochrony praw konsumentów i zasady swobodnego przepływu towarów. Poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 664 z późn. zm) regulowała tę kwestię w art. 16, który stanowił, że zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada, która nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, została sformułowana przez ustawodawcę w odniesieniu do wszystkich etapów postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, iż wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy wytyczne odnoszą się zarówno do etapu poprzedzającego wszczęcie samego postępowania (dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, ustalanie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert), jak również do całego procesu związanego z prowadzeniem procedury obejmującego etap od wszczęcia postępowania, wyjaśniania postanowień SIWZ, rozpatrywania środków ochrony prawnej, badania i oceny ofert, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Rozwinięcie zasady zachowania uczciwej konkurencji napotykamy w art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ustawy. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż ustawodawca w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu w sposób szczegółowy sprecyzował powyższą zasadę w art. 22 ust. 2. Powyższe wynika zapewne z faktu, iż czynność precyzowania warunków udziału w postępowaniu, obok sporządzania opisu przedmiotu i określania kryteriów oceny ofert, jest jednym z najbardziej newralgicznych etapów mogących mieć wpływ na naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Ten element związany z przygotowaniem postępowania, realizowany na etapie sporządzania dokumentacji (treści ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia) może i zazwyczaj ma istotny wpływ na przebieg postępowania i wybór wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne. Na powyższe zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 28.01.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 60/09), w którym stwierdziła, że: „Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu i nie podlega modyfikacji w toku postępowania". W dalszej części Izba odniosła się do wymaganej od zamawiającego należytej staranności w określaniu warunków i ich oceny stwierdzając, iż: „Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełniania. (…) Subiektywna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez wskazania sposobu dokonywania takiej oceny, stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji". Z powyższego wynika jednoznacznie, że nieprawidłowości w ocenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu są zazwyczaj konsekwencją braku precyzji lub wręcz zaniechania jednoznacznego sprecyzowania warunków na etapie ich formułowania. Tylko precyzyjne określenie warunków, niepozostawiające zamawiającemu możliwości subiektywnej i arbitralnej ich oceny oraz umożliwiające wykonawcom ich jednoznaczne odczytanie, może być uznane za prawidłowe określenie warunków udziału w postępowaniu i respektowanie zasady wyrażonej w art. 22 ust. 2 ustawy.

Wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, po zapoznaniu się z przedmiotem zamówienia, powinni dysponować możliwością zapoznania się z określonymi przez zamawiającego warunkami już w oparciu o lekturę treści ogłoszenia. Powyższa gwarancja wynika z charakteru i dostępności ogłoszenia. Wobec powyższego niedopuszczalne jest, praktykowane często, odsyłanie wykonawców w ogłoszeniu do treści SIWZ. Na

powyższe wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30.04.2003 r. (sygn. akt V Ca 522/03) wskazując, że: „Określenie warunków, jakie winni spełniać przyszli oferenci, winno wynikać już z treści ogłoszenia, tak aby czytający wiedział, czy udział w przetargu leży w sferze jego zainteresowań i możliwości".

Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy – zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko wykonawców umożliwiających należyte wykonanie zamówienia, która leży w interesie zamawiającego jako dysponenta środków publicznych. Jak wskazuje się w doktrynie, celem unormowania zawartego w art. 22 ust. 1 ustawy nie jest jakiekolwiek dowolne zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, lecz wyłącznie ochrona interesów publicznych. Na powyższe zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 23.01.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/09) stwierdzając, że: „Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt lub usługa został wykonany, ale jednocześnie granicą tego interesu jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia. Warunki są wtedy nieadekwatne, gdy w żaden sposób nie są związane z przedmiotem zamówienia".

W trakcie formułowania warunków udziału w postępowaniu zamawiający może opierać się na wielu elementach wynikających z wyartykułowanych przez ustawodawcę w art. 22 przesłanek ubiegania się o zamówienie publiczne. Oznacza to, że sprecyzowane przez zamawiającego warunki mogą się jednocześnie odnosić do jego doświadczenia, potencjału technicznego, personelu oraz jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 19.05.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 565/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Zamawiający ma prawo postawić warunki udziału w postępowaniu składające się z kilku elementów, zwłaszcza gdy są one uzasadnione wartością lub stopniem skomplikowania zamówienia".

Ustalanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania w konkretnym postępowaniu przedmiotu zamówienia. Ocena adekwatności postawionych warunków odbywa się zawsze w oparciu m.in. o analizę zakresu przedmiotowego zamówienia, okoliczności towarzyszących wykonaniu tego zakresu, innowacyjności stosowanych technik lub dostarczanych produktów, ilości na danym rynku potencjalnych podmiotów, do których skierowane jest ogłoszenie oraz znajomości przedmiotu zamówienia przez samego zamawiającego. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy, doświadczenia, zdolności ekonomicznej oraz finansowej czy potencjału technicznego i kadrowego niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przy formułowaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i potencjału kadrowego, zdolności technicznej oraz ekonomiczno-finansowej istotne jest funkcjonalne powiązanie tych warunków z obiektywną możliwością realizacji postawionego przed potencjalnymi wykonawcami zamówienia. Powyższe potwierdziła KIO w wyroku z dnia 22.01.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09) w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Zamawiający określa i formułuje warunki udziału w postępowaniu w granicach, które uzna za adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz w zakresie, który uzna za niezbędny do zapewnienia bezpiecznego, rzetelnego czy sprawnego wykonania zamówienia przez wykonawcę".

Wobec powyższego warunki udziału w postępowaniu podlegają **konkretyzacji w ramach każdego z postępowań** o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia, tzn. pozostały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać je z należytą starannością. Z drugiej strony wykonawców niespełniających warunków udziału należy uznać za obiektywnie niezdolnych do realizacji zamówienia lub przynajmniej niegwarantujących w stopniu wystarczającym jego należytego wykonania. Oderwanie postawionych przez zamawiającego warunków od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji narusza wprost normę wyrażoną w art. 22 ust. 2 ustawy. Tak więc każdy warunek udziału w postępowaniu musi być związany z charakterystyką przedmiotu zamówienia. Powyż-

sze znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 12.03.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 235/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne, adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą stawiać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich". Jednakże, jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 27.02.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 169/09), „Art. 22 ust. 2 p.z.p. nie oznacza, iż do udziału w postępowaniu należy dopuścić wszystkich wykonawców, którzy ewentualnie mogliby wykonać przedmiot zamówienia bez sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności należytego wykonania zamówienia". Powyżej zacytowane tezy dwóch wyroków Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzają istnienie wspomnianej wyżej konkurencyjnej zależności pomiędzy zasadą obiektywizmu i ochrony uczciwej konkurencji przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu, a zasadą ograniczającą dostępność do zamówienia ze względu na ochronę wydatkowania środków publicznych.

Jak wyżej wskazano, wyrażona w art. 22 ust. 2 ustawy zasada niedyskryminacyjnego formułowania (określania) warunków udziału w postępowaniu nie ma charakteru absolutnego i bezwarunkowego. Każde uzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, nie będzie stanowiło naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy. Jednakże ograniczenie to musi być uzasadnione w sposób obiektywny, wynikający z uzasadnionych potrzeb zamawiającego mających swoje źródło w zakresie przedmiotowym zamówienia, jego trudności i przyjętych w przepisach prawa lub ustalonych zwyczajach wymaganiach dla podmiotów wykonujących tego rodzaju czynności lub prowadzących tego rodzaju działalność. Brak sformułowania w postępowaniu przez zamawiającego jakiegokolwiek warunku w zakresie doświadczenia, kadry, zdolności technicznej i ekonomiczno-finansowej prowadzi w konsekwencji do konieczności udzielenia zamówienia każdemu wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z postępowania, ma prawo do występowania w obrocie prawnym i posiada przewidziane w ustawach szczególnych uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności. Powyższe potwierdziła KIO z wyroku z dnia 22.01.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Jakkolwiek zamawiający nie ma obowiązku mnożenia zbędnych, mogących utrudniać sprawne przeprowadzenie postępowania warunków udziału, to jednak powinien wziąć pod uwagę okoliczność, iż w przypadku gdy z uprawnienia sformułowania i doprecyzowania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 nie skorzysta, nie będzie miał żadnych możliwości weryfikacji i zakwestionowania dopuszczenia do wykonywania zamówienia wykonawcy, który spełnianie warunków udziału w postępowaniu zadeklaruje, tj. złoży stosowne oświadczenie wymagane przepisami ustawy".

Ograniczenia dowolnego określania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynikają także z normy prawnej zawartej w art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 i 2 ustawy, gdyż weryfikacja przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie złożonych przez wykonawców w toku postępowania oświadczeń, informacji i dokumentów. Wobec powyższego ustalanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, zdolności technicznej, kadrowej, finansowej i ekonomicznej powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania w konkretnym postępowaniu przedmiotu zamówienia. Ocena adekwatności postawionych warunków odbywa się zawsze w oparciu m.in. o analizę zakresu przedmiotowego zamówienia, okoliczności towarzyszących wykonaniu tego zakresu, innowacyjności stosowanych technik lub dostarczanych produktów, ilości na danym rynku potencjalnych podmiotów, do których skierowane jest ogłoszenie oraz znajomości przedmiotu zamówienia przez samego zamawiającego. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy, doświadczenia czy potencjału technicznego i kadrowego niż jest to **niezbędne i konieczne** do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Określanie warunków i badanie ich spełnienia nie może mieć również na celu określenia wiarygodności organizacyjnej, technicznej i ekonomicznej wykonawcy w znaczeniu globalnym. Dookreślanie (precyzowanie) warunków udziału w powyższym zakresie musi się odnosić do danego postępowania, w którym warunki są stawiane. Zamawiający nie ma prawa do badania wiarygodności wykonawcy w zakresie ogólnym – jako przedsiębiorcy lub uczestnika obrotu gospodarczego. Zamawiający ma jedynie możliwość weryfikacji wykonawców na

potrzeby określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe potwierdziła KIO w wyroku z dnia 21.04.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 434/09) w uzasadnieniu którego stwierdziła, że: „Określenie warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości, czy umiejętności specjalnych i **jest konkretyzowane przez zamawiających w poszczególnych postępowaniach.** Warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzaju przedmiotowi zamówienia, objętego postępowaniem". Przy formułowaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i potencjału kadrowego oraz techniczno-ekonomicznego istotne jest funkcjonalne (celowościowe) powiązanie tych warunków z obiektywną możliwością realizacji postawionego przed potencjalnymi wykonawcami zamówienia przy jednoczesnym zapewnieniu bezpieczeństwa i racjonalności w wydatkowaniu środków publicznych.

Reasumując, precyzując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien opierać się na obiektywnych i miarodajnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia i jednocześnie określenie warunków nie doprowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. W związku z tym, określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający jest ściśle związany przedmiotem i wartością zamówienia. Innymi słowy, warunki powinny być formułowane w granicach, jakie wyznacza przedmiot (zakres) świadczenia wykonawcy zawarty w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Ponadto na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym,
- aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej,
- aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy;
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Powyższe przepisy określają także szczegółowo, w jakich terminach powyższe dokumenty powinny obowiązywać lub w jakich powinny zostać wystawione. Należy wskazać, iż § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia nie zawiera analogicznych do zawartego w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia zapisu „w celu potwierdzenia **opisanego przez zamawiającego warunku** (…)". Interpretacja powyższego zapisu oraz analiza art. 22 i art. 24 ustawy wskazuje na fakt, iż warunki w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień oraz warunek, że wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia nie mogą być modyfikowane przez zamawiającego w postępowaniu. Oznacza to, iż zamawiający w powyższym zakresie jest związany bezwzględnie obowiązującymi przepisami

ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustaw szczególnych regulujących tę materię i nie ma w tym zakresie swobody w ustalaniu warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy. KIO w wyroku z dnia 22.01.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09) wskazała, że: „Przepis art. 22 ust. 1 pkt. 1–3 Pzp reguluje okoliczności podmiotowo odnoszące się do wykonawców i decydujące o możliwości ubiegania się przez nich o udzielenie zamówienia publicznego, zwane dalej w ustawie warunkami udziału w postępowaniu. Z wyjątkiem pkt. 1 powołanego przepisu, którego zastosowanie i zakres normowania determinują inne przepisy, w odniesieniu do pkt 2 i 3 pełną swobodę i uprawnienie co do określenia i wskazania niezbędnej wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, personalnego czy finansowego, jakimi musi wykazywać się wykonawca dla uzyskania danego zamówienia, ustawodawca pozostawił zamawiającemu". Obowiązek spełnienia warunku wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy wynikać może z samego faktu, iż przedmiot zamówienia obejmuje czynności lub wykonywanie określonej działalności, dla której przepisy rangi ustawowej określają szczególne warunki lub przesłanki ich wykonywania. W zakresie przesłanki określonej w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy warunek nie podlegania wykluczeniu powinien zostać spełniony przez wykonawcę w każdym przypadku. Ponadto zawarty w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia, wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy, zapis „w celu potwierdzenia **opisanego przez zamawiającego warunku** (…)" wskazuje dodatkowo, że zamawiający w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, kadry i potencjału technicznego oraz ekonomiczno-finansowego, ma prawo żądać dokumentów wskazanych w ww. przepisach rozporządzenia tylko i wyłącznie, jeżeli w danym postępowaniu sformułował warunki udziału w zakresie przesłanek określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy. Wobec powyższego spełnienie warunków w zakresie doświadczenia, kadry, zdolności technicznej oraz ekonomiczno-finansowej jest badane i weryfikowane przez zamawiającego na etapie postępowania, jeżeli te warunki zostały wyraźnie sprecyzowane w postępowaniu. Konieczność badania warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy jest niezależna od ich sprecyzowania w postępowaniu, gdyż powyższą materię reguluje art. 24 ustawy oraz w odniesieniu do uprawnień koniecznych do wykonywania określonej działalności lub czynności ustawy szczególne. Wszakże art. 24 ustawy wskazuje szereg zdarzeń prawnych i faktycznych, które decydują z mocy samego prawa o fakcie wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Można wobec powyższego stwierdzić, że warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy zostały doprecyzowane przez samego ustawodawcę w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w ustawach szczególnych. Od woli zamawiającego będzie zależało jedynie, czy na ich potwierdzenie w związku z art. 26 ust. 2 ustawy zażąda przewidzianych w rozporządzeniu dokumentów czy też poprzestanie na samych oświadczeniach. W związku z treścią art. 26 ust. 1 ustawy w odniesieniu do zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający będzie miał obowiązek żądania dokumentów na potwierdzenie postawionych w postępowaniu warunków. Powyższe nie oznacza jednak, iż w postępowaniu nie może dojść do naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy w odniesieniu do przesłanek wyrażonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy. Z powyższym naruszeniem będziemy mieli do czynienia, w przypadku gdy zamawiający żądał będzie od wykonawców uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności pomimo braku ustawowego obowiązku ich posiadania. Za niedopuszczalny warunek należy uznać również żądanie od wykonawców, aby dokumenty rejestrowe (wpis do ewidencji działalności gospodarczej lub wpis do Krajowego Rejestru Sądowego) obejmowały swoim zakresem przedmiot zamówienia. Wskazany w dokumentach rejestrowych przedmiot działalności przedsiębiorcy nie ogranicza możliwości działalności podmiotu w zakresie nieobjętym zawartym w dokumentach rejestrowych wykazem. Dane zawarte w ww. dokumentach mają znaczenie informacyjne i statystyczne. Ich wyspecyfikowanie na etapie rejestracji przedsiębiorcy ma charakter deklaracji co do przyszłego funkcjonowania tego podmiotu na rynku i nie może być podstawą jakichkolwiek ograniczeń nieprzewidzianych przepisami prawa. Powyższe potwierdziła KIO w wyroku z dnia 21.10.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1084/08), w którym Izba wskazała, że: „Polski system prawny nie uzależnia prowadzenia działalności gospodarczej od ujawnienia w ewidencji działalności gospodarczej danego rodzaju działalności (opisany z użyciem odpowiednich kodów i nazw), jeżeli prowadzenie tej działalności nie wymaga uzyskania stosownych koncesji, licencji, zezwoleń. Zgodnie ze stanowiskiem UZP zawartym na str. 126 Komentarza pod red. T. Czajkowskiego (Warszawa 2007) ustawa p.z.p. nie daje podstaw

do żądania od wykonawców, aby przedmiot ich działalności ujawniony we właściwym rejestrze (bądź ewidencji) odpowiadał przedmiotowi określonemu zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD). W świetle powyższego fakt niewyszczególnienia w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej działalności w zakresie np. budowy nawierzchni obiektów sportowych – 45.23B PKD nie oznacza, że wykonawca nie posiada uprawnień do wykonywania takiej działalności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i pozostaje bez znaczenia z punktu oceny spełnienia przez wykonawcę wymogu złożenia wymaganej przez Zamawiającego polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia".

Jak wyżej wskazano, zakres możliwych do żądania dokumentów określa ramy i zakres możliwych do postawienia na etapie postępowania warunków udziału w postępowaniu. Zawarty w ww. rozporządzeniu zakres dokumentów, których zamawiający może żądać na potwierdzenie warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy ma charakter zamknięty i wynika jedynie z obowiązującego w momencie wszczęcia postępowania stanu prawnego. Dodatkowo zamawiający może żądać niektórych dokumentów z zastrzeżeniem (tym samym może postawić w tym zakresie analogiczny warunek udziału w postępowaniu), że właściwe przepisy (rangi ustawowej) nakładają obowiązek posiadania stosownych uprawnień (koncesji, zezwoleń lub licencji). Aby zapewnić przestrzeganie zasady wyrażonej w art. 22 ust. 2 ustawy, ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia i warunków towarzyszących jego realizacji oraz możliwe do weryfikacji na podstawie dokumentów wskazanych w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy. Ponadto, jak wyżej wskazano, warunek odnoszący się do uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności uzależniony został od faktu, czy przepisy ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Jeżeli wykonywanie określonych czynności lub prowadzenie określonej działalności regulują przepisy szczególne, zamawiający powinien kierować się w ustalaniu warunków właściwymi przepisami i regulacjami szczególnymi. W odniesieniu do przesłanki uregulowanej w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy zamawiający nie może żądać od wykonawców posiadania uprawnień do wykonywania określonych czynności lub prowadzenia określonej działalności, jeśli obowiązek posiadania takich uprawnień nie wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. W szczególności zamawiający nie może żądać wykazania się przynależnością do określonych stowarzyszeń, zrzeszeń lub organizacji, jeżeli prowadzenie określonej działalności lub wykonywania czynności nie są uzależnione powszechnie obowiązującymi przepisami rangi ustawowej od tego rodzaju przynależności. Zamawiający nie może również żądać od wykonawców uzyskania określonych decyzji, zaświadczeń, pozwoleń lub wydania stosownych akredytacji lub certyfikatów, jeżeli przepisy prawa nie uzależniają wykonywania określonej działalności lub czynności od ich posiadania. Zgodnie z art. 6. ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.) podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Zgodnie z ust. 2 powyższego przepisu, organ administracji publicznej nie może żądać ani uzależnić swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej przez zainteresowaną osobę od spełnienia przez nią dodatkowych warunków, w szczególności przedłożenia dokumentów lub ujawnienia danych, nieprzewidzianych przepisami prawa. Powyższe jest konsekwencją wyrażonej w art. 22 Konstytucji zasady, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze **ustawy** i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Stąd też ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 22 ust. 1 pkt 1 odwołuje się do przepisów rangi ustawowej, co ma także swoje odzwierciedlenie w § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe zasady znalazły swoje odzwierciedlenie w dwóch kolejnych orzeczeniach Zespołu Arbitrów. W orzeczeniu Zespołu Arbitrów z dnia 27.01.2005 r. (UZP/ZO/0-107/05) zostało wskazane, że: „Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Zamawiający w postępowaniu przekraczającym równowartość 60 tys. euro jest zobowiązany żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających

spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności, Zamawiający winien żądać koncesji, zezwolenia lub licencji, **jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania w zakresie objętym zamówieniem publicznym.** Przedmiotowe zamówienie obejmowało sprzedaż olejów wraz z ich dostarczeniem do magazynów Zamawiającego. Dlatego też na wykonywanie transportu drogowego samochodami własnymi, na które przepisy ustawy wymagają licencji lub zaświadczeń, wykonawca powinien dołączyć do oferty stosowny dokument potwierdzający posiadanie ww. uprawnień". W kolejnym wyroku z dnia 29.06.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1530/05) Zespól Arbitrów wskazał, że: „Zamawiający nie może żądać od wykonawców licencji IATA. Z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy wynika bowiem, że zamawiający może żądać tylko koncesji, zezwolenia lub licencji, **jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania**".

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy 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. Zgodnie z § 1 ust. 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 (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać:

- 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;
- wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie;
- wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca;
- pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jeżeli w wykazie, o którym mowa w pkt 3, wykonawca wskazał narzędzia i urządzenia, którymi będzie dysponował;
- informacji na temat przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników lub liczebności personelu kierowniczego, w okresie ostatnich trzech lat, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi;
- wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności;
- pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa w pkt 5, wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował;
- dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

W zasadzie to zamawiający decyduje jak sformułować warunki udziału w postępowaniu w powyższym zakresie. Jednakże jak wskazała KIO w wyroku z dnia 22.01.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09) „Swoboda zamawiającego w korzystaniu z ww. uprawnień doznaje ograniczeń jedynie ze strony ogólnych zasad ustawy, w szczególności nakazu wyrażonego w art. 22 ust. 2 Pzp, który stanowi, iż zamawiający nie może określić warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję". W odniesieniu do formułowania przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia istotne jest, aby warunek ten był adekwatny do przedmiotu zamówienia (jego zakresu, wartości i skomplikowania) i jednocześnie gwarantował wykonawcy, który wykaże się spełnieniem tego warunku, prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. KIO w wyroku z dnia 29/04.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 489/09) wskazała, że: „Z określenia „odpowiadających swoim rodzajem" wywodzi się pogląd, że w żadnym z aspektów, które mogą być brane do porównania doświadczenia wykonawcy z zadaniem stanowiącym przedmiot zamówienia, żądania nie mogą być tożsame (identyczne)".

Analogiczne zasady dotyczą warunków obejmujących dysponowanie potencjałem technicznym (posiadanie narzędzi i urządzeń lub zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia narzędzi i urządzeń) i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wskazać należy, iż na podstawie § 1 ust. 2 pkt 3 i 3a oraz 5 i 5a rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy możliwy do żądania zakres zwartych w wykazie danych został uzależniony od faktu, czy narzędzia i urządzenia lub osoby są **„niezbędne"** do wykonania zamówienia. Oznacza to wprost ograniczenie możliwości dowolnego formułowania warunku na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na zapisy rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy, określającego treść dokumentu (wykazu) składanego przez wykonawców na etapie postępowania. Zawarte we wskazanych powyżej wykazach informacje zostały uzależnione od warunku, aby narzędzia i urządzenia lub osoby w nich wyszczególnione były niezbędne, czyli takie bez których dane zamówienie nie może zostać prawidłowo zrealizowane, ze względu na jego zakres, zastosowaną technologię i materiały, organizację pracy, miejsce i czas wykonania. Biorąc pod uwagę fakt, iż zawarte w ww. rozporządzeniu uprawnienie do żądania przez zamawiającego tylko enumeratywnie określonych dokumentów determinuje treść i zakres warunku udziału w postępowaniu. Powyższe jest m.in. konsekwencją faktu, iż skuteczność warunku jest silnie uzależniona od jego sprawdzalności (możliwości jego weryfikacji) w oparciu o dopuszczalne informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach.

W kolejnym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza poddała analizie kwestię porównywalności dostaw, usług lub robót budowlanych w związku z postawieniem przez zamawiającego warunku udziału na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy. W wyroku z dnia 15.05.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 578/09) Izba wskazała, że: „Warunek porównywalności określonych dostaw, usług, czy też robót budowlanych w kontekście przepisów p.z.p. (art. 22) oraz przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów odnosi się do przedmiotu zamówienia, w tym do wartości przedmiotu zamówienia, a nie treści oferty, czy ofert wykonawców. (…) Dostawy odpowiadające przedmiotowi zamówienia należy rozumieć, zgodnie z literalnym znaczeniem tego sformułowania jako dostawy adekwatne, porównywalne do przedmiotu zamówienia, zatem mogą być one równe, wyższe, ale też i niższe od wartości przedmiotu zamówienia, byleby tylko można było stwierdzić, że dają się w jakiś sposób porównać. Zakres tego porównania powinien określić dokładnie sam zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu". W kolejnym wyroku z dnia 7.04.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 254/08) KIO wskazała, iż: „Zamawiający nie wykazał podczas rozprawy zasadności niniejszego warunku. Twierdzenia o poszerzeniu poprzez niniejszą konstrukcję kręgu potencjalnych podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty jest błędne. Warunek w swej istocie nie jest powiązany z przedmiotem zamówienia, jak powinno to wynikać z samej jego treści oraz rozporządzenia „odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia", ale uzależnia jego spełnienie od osiągnięcia procentowej wielkości ceny brutto złożonej przez Wykonawców oferty. Powyższa wielkość de facto jest zależna od Wykonawcy, a nie Zamawiającego. W swej istocie podana wartość powinna odnosić się do wartości zamówienia, a nie wartości oferty. Inaczej mówiąc stanowić wartość szacunkową zgodną z protokołem albo kwotę adekwatną do przedmiotu zamówienia, która nie jest równa temu zamówieniu tylko umożliwia wykazanie doświadczenia w budownictwie".

Wobec powyższego należy wskazać, iż niedopuszczalne jest również, aby warunki w zakresie doświadczenia odnoszące się do wartości robót budowlanych, dostaw lub usług były formułowane w stosunku do ceny ofertowej wskazanej przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustanowiony w taki sposób przez zamawiającego warunek odnoszący się do doświadczenia uczestników postępowania prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy bowiem stwierdzić, iż każdy z wykonawców określa inną cenę ofertową brutto, a zatem, każdy z nich będzie musiał spełniać inny warunek, dotyczący wykazania się wymaganym doświadczeniem. Jeżeli określony przez zamawiającego warunek został skonstruowany na zasadzie procentowej wartości do zaoferowanej przez każdego z wykonawców ceny ofertowej brutto to prowadzi to wprost do naruszenia zasady wyrażonej w art. 22 ust. 2 ustawy. Powyższe powoduje, że dla każdego z wykonawców ma on różną wysokość. A zatem przy takim sformułowaniu warunku dochodzi wprost do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż każdy z wykonawców musi spełnić inny warunek, w zależności od wysokości zaoferowanej przez siebie ceny. Powyższe znajduje również potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 30.10.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1125/08), w którym Izba wskazała, że: „Nieokreślenie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji wartości robót stanowiącej element warunku odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy, lecz uzależnienie jej od wartości składanej w postępowaniu oferty, narusza zasady jawności i przejrzystości postępowania oraz utrudnia dostęp do podstawowych informacji o zamówieniu potencjalnym wykonawcom".

Częstym błędem w określaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jest żądanie przez zamawiającego, aby żądane roboty budowlane, dostawy lub usługi były świadczone na rzecz określonych podmiotów – zazwyczaj tożsamych z formą, jaką posiada zamawiający. Tego rodzaju stan faktyczny został wskazany w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 28.10.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1114/08), w którym zamawiający, poprzez postawiony w zakresie doświadczenia zawodowego warunek udziału w postępowaniu, odmówił wykonawcom możliwości wykazania doświadczenia zdobytego w realizacji usług na rzecz podmiotów prywatnych oraz gmin. Na rozprawie zamawiający uzasadnił to swoją specyfiką w stosunku do innych zamawiających, tj. różnicami pod względem struktury, liczebności i powierzchni. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że: „W ocenie składu orzekającego, sam ten fakt nie może przesądzać o uznaniu, że usługi zrealizowane na rzecz innych zamawiających są nieprzydatne, ponieważ oczywistym jest, że każdy zamawiający ma z tego punktu widzenia inną, własną specyfikę. (…) Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby nie znalazł w argumentacji zamawiającego uzasadnienia dla ograniczenia przy wykazywaniu doświadczenia wykonawców poprzednio realizowanych przez wykonawców usług do tych realizowanych na rzecz miasta, powiatu, województwa czy regionu, nadto w sytuacji, gdy sposób rozumienia „regionu" przez zamawiającego nie daje możliwości, aby w tej grupie znalazły się gminy, uznał zatem, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych".

W związku z treścią § 1 ust. 2 pkt 6 ww. rozporządzenia należy wskazać, iż żądanie przez zamawiającego od wykonawcy, aby dysponował osobami posiadającymi wymagane uprawnienia może nastąpić jedynie wówczas, gdy przepisy rangi ustawowej nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Żądanie w ramach warunku udziału w postępowaniu, aby wykonawcy dysponowali osobami posiadającymi uprawnienia niewymagane w ustawie lub niekonieczne do realizacji czynności objętych przedmiotem zamówienia jest niedopuszczalne. Powyższe potwierdziła KIO w wyroku z dnia 22.01.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „W przypadku jeżeli zamawiający chce i zamierza dokonywać np. weryfikacji potencjału kadrowego wykonawców, powinien wyraźnie określić i wskazać, jakie osoby uznaje za zdolne i, w jego ocenie, niezbędne do wykonania zamówienia, tj. dysponowania jakimi osobami wymaga od wykonawcy. W ramach poprawnie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu, zdolność osób do wykonania zamówienia zamawiający może określić m.in. przez wskazanie odpowiedniego wykształcenia, doświadczenia, kwalifikacji oraz **wymaganych ustawami uprawnień.** Inne postanowienia, np. ogólnie informujące o konieczności dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia nawet w odesłaniu do obowiązujących przepisów, bez konkretnego

wskazania liczby tych osób, ich charakterystyki czy doprecyzowania wymaganych uprawnień, nie mogą być uznane za poprawnie sformułowany warunek udziału w postępowaniu wywołujący skutki prawne w postaci dopuszczenia bądź niedopuszczenia wykonawcy do postępowania".

Ponadto KIO w wyroku z dnia 12.05.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 540/09) odniosła się do bardzo istotnej kwestii, stanowiącej powszechne źródło wątpliwości na etapie formułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i oceny ich spełniania. W ww. wyroku Izba wskazała, że: „Izba przychyla się do stanowiska zamawiającego, iż usługa zrealizowana w okresie wskazanym przez zamawiającego opiewająca na wartość co najmniej wymaganą w treści siwz nie musi zaczynać się w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w przypadku usług wykonanych znaczenie ma termin ich zakończenia w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, a nie termin ich rozpoczęcia i zakończenia". Powyższe jest konsekwencją literalnej wykładni § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy, w którym jest mowa o „wykazie **wykonanych** robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat" lub „wykazie **wykonanych** (…) dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat". Niewątpliwie za wykonane należy uznać świadczenia, których realizacja uległa zakończeniu. Zakończone świadczenia to te, w przypadku których strony stosunku prawnego uznały, iż zrealizowano je w sposób zgodny z treścią tego stosunku (umowy) w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie którego zamówienie było realizowane. Zrealizowanie umowy materializuje się w jednej chwili, tzn. wtedy, gdy uznać można, iż wzajemne świadczenia stron umowy zostały spełnione zgodnie z treścią stosunku, którego umowa była źródłem. W odniesieniu do dostaw i usług (będących świadczeniami okresowymi lub ciągłymi) ustawodawca w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sposób wyraźny dopuścił możliwość ujęcia w wykazie wykonywanych, a więc będących w trakcie realizacji (niezakończonych) dostaw lub usług.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres;
- informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Ze względu na rozległy zakres dokumentów, których może żądać zamawiający na potwierdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej, możliwe jest postawienie w tym zakresie zróżnicowanych warunków. Warunki te mogą obejmować średnioroczny obrót, posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby w zakresie wykazania, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykona-

nie zamówienia zamawiający żądał wykazania się w okresie ostatnich trzech lat średnimi corocznymi obrotami na określonym poziomie przy jednoczesnym warunku posiadania zdolności kredytowej lub środków finansowych na określonym poziomie, o ile powyższe jest niezbędne i jednocześnie gwarantuje prawidłowe wykonanie zamówienia. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 19.05.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 565/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Zamawiający ma prawo postawić warunki udziału w postępowaniu składające się z kilku elementów, zwłaszcza gdy są one uzasadnione wartością lub stopniem skomplikowania zamówienia".

W wyroku z dnia 12.05.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 560/09) KIO wskazała, jaki jest cel żądania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia polisy ubezpieczeniowej, wskazując że: „Polisa ma służyć ocenie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzać ubezpieczenie przedmiotu zamówienia". Powyższe wskazuje, iż polisa ma obrazować jedynie sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy. Jej żądanie nie służy wykazaniu, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest już przygotowany do realizacji umowy w wyższym stopniu niż pozostali wykonawcy, gdyż przedmiot jego polisy obejmuje przedmiot zamówienia.

Art. 22 ustawy zawiera w ust. 2 ograniczenie dowolności ustalania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, zakazując takiego ich formułowania, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Wyżej wymienione ograniczenia zostały wyrażone także pośrednio w normie prawnej zawartej w art. 25 ust. 1 ustawy, gdyż weryfikacja przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie złożonych przez wykonawców w toku postępowania oświadczeń i dokumentów. Nie ulega wątpliwości, iż możliwość żądania przez zamawiającego tylko określonych dokumentów ogranicza stawiane przez zamawiającego warunki jedynie do tych, których „sprawdzalność" (weryfikacja) jest możliwa w oparciu o te dokumenty. W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605), został określony zamknięty katalog dokumentów, do żądania których uprawniony jest zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien wziąć pod uwagę fakt, iż istnieją ograniczenia co do możliwości żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających ich spełnienie. Bezcelowe byłoby wszakże postawienie przez zamawiającego warunku, który swoim zakresem wykraczałby poza dopuszczalną rozporządzeniem możliwość jego weryfikacji. W wyroku z dnia 27.02.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 162/09) KIO wskazała, że: „Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. dotyczący warunków udziału w postępowaniu ma charakter blankietowy, a obowiązkiem Zamawiającego formułującego warunki udziału w postępowaniu jest doprecyzowanie pojęcia „niezbędna wiedza i doświadczenie", tak aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. (…) Zamawiający nie może żądać dokumentów lub informacji, które nie służą potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż takie dokumenty należy uznać za zbędne. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu może żądać również złożenia mniejszej ilości dokumentów lub złożenia dokumentów, które będą potwierdzały tylko wybrane przez Zamawiającego informacje, np. wartość usług lub wyłącznie ich zakres przedmiotowy". W wyroku z dnia 19.05.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 565/09) KIO wskazała, że: „Lista żądanych dokumentów i oświadczeń jest elementem specyfikacji wtórnym do postawionych warunków i od nich zależnym, ponieważ wymaga się ich w celu wykazania przez wykonawców spełniania postawionych warunków. Tym samym powinny one być tak dobrane, aby ten cel osiągnąć". Oznacza to, iż prawo żądania wskazanych w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 dokumentów istnieje jedynie wówczas, gdy mają one potwierdzać postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdzone zostało również w wyroku KIO z dnia 22.01.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Dopiero na potwierdzenie spełniania tak sformułowanych warunków udziału w postępowaniu, tj. potwierdzenie, iż wykonawca charakteryzuje się wymaganymi właściwościami, uprawnieniami czy potencjałem, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp żąda od wykonawców adekwatnych dokumentów, których katalog określają przepisy powoływanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów a dnia 19 maja 2006 r. Samo żądanie złożenia określonych dokumentów nie kreuje warunku udziału w postępowaniu ani tym bardziej takim warunkiem nie jest. Ponadto

żądanie dokumentów nieodnoszących się do postawionych w danym postępowaniu warunków udziału czy zawierających informacje zbędne z punktu widzenia możliwości weryfikacji spełniania warunków należy uznać za naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp, który stanowi o możliwości żądania jedynie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania". Jednocześnie możliwość dowolnego konkretyzowania warunku jest ograniczona rodzajem dokumentów, których może żądać zamawiający. Występuje w tym aspekcie wzajemna korelacja pomiędzy warunkami udziału a dokumentami żądanymi na ich potwierdzenie, gdyż jak wspomniano wyżej w przypadku braku warunków żądanie dokumentów nie jest dopuszczalne.

Powyższe oznacza także, iż postawione warunki udziału muszą być możliwe do weryfikacji w oparciu o dokumenty wskazane w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy. Nie ulega wątpliwości, iż warunki udziału w postępowaniu powinny uwzględniać możliwość ich weryfikacji przy pomocy dopuszczalnego katalogu oświadczeń i dokumentów. Określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, który nie umożliwia ich weryfikacji w oparciu o dokumenty wskazane w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy należy uznać za bezcelowe, przy uwzględnieniu zasady pisemności postępowania wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy.

Jak wynika z literalnej wykładni art. 22 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w określeniu warunków udziału w postępowaniu, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 22 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy określeniu warunków udziału w postępowaniu. Jako przykład można wskazać określenie innych warunków udziału w postępowaniu w treści ogłoszenia i w treści SIWZ. W takim wypadku, gdy warunki zawarte w treści ogłoszenia będą bardziej rygorystyczne niż zawarte w treści SIWZ, może to doprowadzić do rezygnacji potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniu, nawet pomimo późniejszej modyfikacji treści ogłoszenia lub SIWZ w tym zakresie. Powyższe mogłoby doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji (mogłoby utrudnić uczciwą konkurencję) w stosunku do wykonawców, którzy zrezygnowaliby z udziału w postępowaniu na podstawie analizy warunków zawartych tylko w ogłoszeniu. W drodze analogii należy wskazać, iż na tego rodzaju konsekwencję użytego w sformułowaniu trybu przypuszczającego (mógłby utrudniać uczciwą konkurencję) wskazała, w odniesieniu do art. 29 ust. 2 ustawy, KIO w wyroku z dnia 20.03.2009 r. (sygn. KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym wskazano, że: „KIO zważyła, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, **który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję**. Z przepisu tego wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który **mógłby potencjalnie** zagrozić uczciwej konkurencji".

Wobec powyższego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Ustalone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność, że nie doprowadzi do nieuzasadnionego wyeliminowania wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Określenie warunków udziału w sposób prowadzący do wyeliminowania niektórych wykonawców musi mieć odzwierciedlenie w rozumianych w sposób zobiektywizowanych preferencjach zamawiającego i jego uzasadnionych potrzebach.

Precyzja w określeniu warunków udziału w postępowaniu jest gwarancją ich poprawnej interpretacji i identyfikacji przez wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne oraz prawidłowej interpretacji przez zamawiającego na etapie badania spełnienia ich przez oferentów. Nieprecyzyjne określenie warunków powo-

duje wnoszenie przez wykonawców środków ochrony prawnej w zakresie treści ogłoszenia oraz SIWZ. Prowadzi również do nieprawidłowości na etapie dokonywania oceny spełniania warunków w postępowaniu i czynności związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej. Za niedopuszczalne należy uznać dokonywanie w trakcie oceny spełniania przez wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu oferty, warunków udziału w postępowaniu ich zawężającej lub rozszerzającej wykładni przez zamawiającego. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 16.12.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1412/08), w którym Izba wskazała, że: „Warunki udziału w postępowaniu i dokumenty składane celem ich potwierdzenia, jako istotne elementy decydujące o udziale danego wykonawcy w postępowaniu winny być interpretowane w sposób ścisły, zgodnie z ich literalnym brzmieniem". Odczytywanie w sposób ścisły skonkretyzowanych przez zamawiającego na etapie postępowania warunków udziału potwierdza również wyrok KIO z dnia 6.11.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1156/08), w którym wskazano, że: „Obowiązek wskazania sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy do zamawiającego i jedynie przez pryzmat tego sposobu zamawiający może następnie oceniać wykonawców. Nie jest możliwe definiowanie przez wykonawców innego sposobu spełnienia warunku. (…) Wskazany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, z którym, przez treść ogłoszenia, zapoznają się potencjalni wykonawcy, winien być odczytywany ściśle, zgodnie z jego literalnym brzmieniem. W innym przypadku sposób oceny spełniania warunku byłby nie do przewidzenia, wykonawcy nie znaliby reguł interpretacji warunku, jakie ostatecznie przyjmie zamawiający". W kolejnym orzeczeniu z dnia 9.12.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1368/08) KIO wskazała, iż każdy warunek powinien być w postępowaniu wyrażony wprost wskazując, że: „Warunek udziału w postępowaniu musi być określony przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości. Domniemanie warunku udziału w postępowaniu nie jest dopuszczalne". Oznacza to, że każdy warunek powinien być wyrażony *expressis verbis* i niedopuszczalne jest stosowanie w tym zakresie jakichkolwiek domniemań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, wzorów wykazów użytych w dokumentacji lub tym bardziej faktów niezwiązanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 5.12.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1349/08) KIO odniosła się do powyższej kwestii wskazując, iż: „Wymagania związane z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być zawierane w Specyfikacji, w celu zapewnienia zasady jawności i przejrzystości postępowania. Na etapie oceny ofert zamawiający nie może tworzyć dodatkowych wymagań, nieokreślonych w SIWZ". Potwierdzenie powyższego poglądu znajdujemy ponadto w orzeczeniu KIO z dnia 28.10.2008 r. (KIO/UZP 1112/08), w którym Izba wskazała, że: „Warunki udziału w postępowaniu i dokumenty, które wykonawcy mają przedstawić w celu potwierdzenia ich spełniania, muszą być jasno określone w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji, i nie można domniemywać postawienia jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu wbrew brzmieniu tych dokumentów".

Jako przykładowo niedopuszczalne sformułowanie podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, którego przedmiotem są dostawy, jest ograniczenie katalogu wykonawców jedynie do producentów nabywanych urządzeń lub towarów, z wyłączeniem ich dystrybutorów, hurtowników lub podmiotów zajmujących się jedynie doraźnie obrotem tego rodzaju wyrobami. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w treści wyroku KIO z dnia 21.04.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 442/09; KIO/UZP 452/09), w którym Izba wskazała, że: „Ograniczanie kręgu wykonawców zamówienia publicznego wyłącznie do producentów uznawane jest za praktykę ograniczającą uczciwą konkurencję". Dopuszczalny zakres ograniczenia kręgu wykonawców może być spowodowany jedynie okolicznościami związanymi z warunkami realizacji przedmiotu zamówienia, bez nieuzasadnionego ograniczania konkurencji. Na powyższe wskazała KIO w wyroku z dnia 2.12.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1334/08), w którym wskazała, że: „Zastosowanie art. 22 ust. 2 p.z.p. w procedurach udzielenia zamówienia publicznego przejawia się w taki sposób, że zamawiający dokonując opisu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, ma możliwość ograniczenia podmiotów ze względu na ich potencjał techniczny lub finansowy, tj. żądając przedstawienia dokumentów dotyczących doświadczenia, parku maszynowego bądź też potencjału kadrowego, ale nie w taki sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję".

Niedopuszczalne z punktu widzenia art. 22 ust. 2 ustawy jest również formułowanie odmiennych warunków w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy. Wszakże zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia powinno, zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy, nastąpić na takich samych zasadach, jak wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni spełnić identyczne warunki ubiegania się o zamówienie, jak wykonawcy zdolni do wykonania zamówienie samodzielnie.

Formułowanie różnych warunków ze względu na różny status wykonawcy (formę prawną lub organizacyjną), jak również ze względu na okres prowadzenia działalności lub pochodzenie wykonawcy stanowi wprost naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy. Ze względu na wymagania zamawiającego organizacyjna lub prawna forma wykonawcy nie może mieć wpływu na dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu. Takiego znaczenia, z obiektywnych względów, nie ma również okres prowadzenia działalności, okres funkcjonowania w danej branży lub miejsce pochodzenia wykonawcy.

W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu:

Naruszenie 1

1. Z dokumentacji postępowania (SIWZ oraz opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu) wynika, iż zamawiający w następujący sposób określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy):
   a) zrealizowanie co najmniej jednej modyfikacji systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych z zakresu ochrony zdrowia o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł (brutto) każda,
   b) wdrożenie, co najmniej jednego systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych statystycznych z zakresu ochrony zdrowia o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł (brutto), przy czym wdrożenie obejmowało zaprojektowanie bazy danych, migrację danych, modyfikację oprogramowania oraz integrację z co najmniej dwoma zewnętrznymi systemami informatycznymi,
   c) wdrożenie, co najmniej jednego systemu informatycznego wykorzystującego formularze elektroniczne stworzone w technologiach otwartych (open source) JTC i JBOSS lub innych równoważnych technologiach otwartych o wartości nie mniejszej niż 500 000 (brutto),
   d) dysponowanie nie mniej niż 2 programistami z doświadczeniem w tworzeniu systemów informatycznych wykorzystujących Internet posiadających doświadczenie w wykorzystaniu narzędzi zgodnych z technologią Oracle udokumentowane certyfikatami ukończenia szkolenia w tym zakresie,
   e) dysponowanie co najmniej 1 kierownikiem projektu, z wykształceniem wyższym oraz minimum 2-letnim doświadczeniem zawodowym w zakresie prowadzenia projektów informatycznych i udokumentowaną wiedzą praktyczną dotyczącą stosowania metodyki zarządzania projektami PRINCE2 lub innych równoważnych.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ (Rozdział II – opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania) wskazała, iż przedmiot zamówienia obejmował jedynie zmianę funkcjonalności Informatycznego Systemu Statystyki Medycznej. Przedmiot zamówienia nie obejmował wytworzenia, dostawy oraz wdrożenia systemu informatycznego. Zamawiający w Rozdziale III SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od wykonawcy) w Podrozdziale I pkt 2 ppkt 1) lit. b żądał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem obejmującym wdrożenie co najmniej jednego systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych statystycznych z zakresu ochrony zdrowia o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł (brutto),

przy czym wdrożenie to obejmować miało zaprojektowanie bazy danych, migrację danych, modyfikację oprogramowania oraz integrację z co najmniej dwoma zewnętrznymi systemami informatycznymi. Zakres przedmiotowy niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie obejmował wdrożenia systemu informatycznego, czynności mających na celu zaprojektowanie bazy danych i ich integracji z dwoma zewnętrznymi systemami informatycznymi. Przedmiot niniejszego zamówienia obejmował: (dla I etapu) importowanie danych (dla jednostek typu IPL i GPL), tworzenie reguł walidujących dla poszczególnych formularzy (tj. funkcji mających na celu potwierdzenie w sposób udokumentowany, że realizowane procedury, czynności lub procesy prowadzą do zaplanowanych z góry wyników), tworzenie dla wskazanych komórek danego formularza sprawozdawczego reguł wyliczających wartości (tj. umożliwiające automatyczne wyliczanie poprzez wskazanie przez użytkownika pożądanych reguł w systemie dla wskazanych komórek danego formularza i automatycznego umieszczania wyniku działania matematycznego we wskazanym polu), zmiany struktury przynależności jednostek podległych ZOZ z uwzględnieniem przynależności jednostki do danej gminy, powiatu i województwa. Zaś dla II etapu opis przedmiotu zamówienia przewidywał: wprowadzenie mechanizmu umożliwiającego automatyczne przypisywanie obowiązku sprawozdawczego dla jednostek ZOZ i pozostałych jednostek w ramach wskazanego okresu sprawozdawczego, modyfikację formularza MZ-24 związaną ze zmianą nagłówka, wprowadzenie mechanizmu usuwania sprawozdań z zapewnieniem kontroli i rejestrowania faktu usunięcia sprawozdania, wprowadzenie możliwości definiowania przez administratora systemu mechanizmu regulującego okresy dostępności poszczególnych formularzy, wprowadzenie mechanizmu umożliwiającego wydruk formularza rejestracji użytkownika, wprowadzenie możliwości usunięcia jednostki, archiwizowania danych usuniętych jednostek i kontrolę warunków umożliwiających usuwanie jednostek, dodanie raportów sumacyjnych dla każdego sprawozdania, wprowadzenie możliwości kopiowania i akceptowania walidacji dla formularzy zmienianych w przyszłości, wprowadzenie możliwości złożenia wniosku o nowe hasło, edytowanie danych ZOZ-ów i innych jednostek, dostosowania formularzy do standardu rozdzielczości, dodanie dodatkowych ikon na końcu obsługiwanych formularzy, wprowadzenie możliwości zmiany przez administratora typu jednostki i jej ewentualnego usunięcia, export danych do pliku Excel na poziomie wojewódzkim. Analiza opisu przedmiotu zamówienia pozwala stwierdzić, iż wykonawcy w ramach umowy mieli jedynie obowiązek zwiększenia funkcjonalności systemu poprzez modyfikację już istniejących struktur.

Jako jeden z powodów rozbudowy Informatycznego Systemu Statystyki Medycznej zamawiający wskazał wejście w życie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 kwietnia 2008 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie programu badań statystycznych statystyki publicznej na rok 2008 (Dz. U. z 2008 r. Nr 84 poz. 508). Analiza powyższego aktu prawnego wskazuje, iż nie wprowadza ono zmian załączników do rozporządzenia w sprawie programu badań statystycznych statystyki publicznej na rok 2008 odnoszących się do statystyki medycznej. Jedyną ogólną zmianą wprowadzoną ww. aktem prawnym jest zmiana § 5 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 października 2007 r. w sprawie programu badań statystycznych statystyki publicznej na rok 2008 (Dz. U. Nr 210, poz. 1521 i Nr 243, poz. 1786), który otrzymał następujące brzmienie: „Sprawozdania statystyczne, o których mowa w Programie, są przekazywane w formie pisemnej lub elektronicznej **przez portal sprawozdawczy GUS www.stat.gov.pl oraz inne portale wskazane jako miejsce przekazywania danych**. W przypadku gdy w Programie wskazana jest wyłącznie forma elektroniczna przekazywania sprawozdań statystycznych, podmioty są zobowiązane do przekazywania sprawozdań wyłącznie w tej formie". Poprzednie brzmienie zmienionego § 5 było następujące: „Sprawozdania statystyczne, o których mowa w Programie, są przekazywane w formie pisemnej lub elektronicznej. W przypadku gdy w Programie wskazana jest wyłącznie forma elektroniczna przekazywania sprawozdań statystycznych, podmioty są zobowiązane do przekazywania sprawozdań wyłącznie w tej formie". Wprowadzona zmiana dotyczy obowiązku przekazywania formularzy statystycznych za pomocą portalu sprawozdawczego GUS. W oparciu o ww. zmiany rozporządzenia modyfikacja mogła jedynie obejmować integrację systemu **z jednym zewnętrznym systemem informatycznym, a nie dwoma – jak wskazał w warunkach zamawiający.** Jednakże opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ nie zawierał postanowień

dotyczących integracji istniejącego systemu z portalem sprawozdawczym GUS lub innym systemem informatycznym.

Wskazany powyżej zakres przedmiotowy nie przemawia za tym, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni byli posiadać jako niezbędne doświadczenie obejmujące wdrożenie systemu, którego zmiany zostały przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Ponadto warunki określone przez zamawiającego dla postępowania dotyczącego modyfikacji sytemu są bardziej rygorystyczne niż warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określone dla kompleksowego wykonania i wdrożenia całego systemu (postępowania znak: CSIOZ/ZP/16/07).

Zamawiający żądał ponadto, aby wartość wykonanych dostaw i usług wynosiła 500 000 zł, zaś ustalona dla przedmiotowego postępowania szacunkowa wartość zamówienia wyniosła 286 885,25 zł (wraz z podatkiem VAT 350 000,00 zł brutto). Powyższa wartość nie uzasadniała żądania przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ wykazania się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczeniem w realizacji informatycznego systemu o wartości 500 000 zł.

Wobec powyższego należy uznać, iż postawione przez zamawiającego warunki w zakresie wymaganego od wykonawców doświadczenia są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, zarówno pod względem wartości dostaw i usług, jak także ich rodzaju. Pomimo faktu, iż przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wytworzenie Informacyjnego Systemu Statystyki Publicznej wraz z przeniesieniem praw autorskich do oprogramowania systemu i dokumentacji" (znak CSIOZ/ZP/16/07) obejmował kompleksową dostawę i wdrożenie całego systemu informatycznego (Informatycznego Systemu Statystyki Medycznej), postawione przez zamawiającego warunki w zakresie wymaganego od wykonawców doświadczenia nie były tak szczegółowe i rygorystyczne, jak w postępowaniu, którego przedmiotem jest wykonanie zmian Informatycznego Systemu Statystyki Medycznej. W zakresie wymaganego doświadczenia w postępowaniu obejmującym wytworzenie Informacyjnego Systemu Statystyki Medycznej (post. znak: CSIOZ/ZP/16/07) zamawiający postawił następujące warunki w zakresie doświadczenia:

– w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy, to w okresie prowadzenia działalności – wykonanie i wdrożenie co najmniej 2 systemów informatycznych o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł (brutto) wykorzystujące Internet;
– dysponowanie nie mniej niż 2 programistami z doświadczeniem w tworzeniu systemów informatycznych wykorzystujących Internet posiadających doświadczenie w wykorzystaniu narzędzi zgodnych z technologią Oracle udokumentowane certyfikatami ukończenia szkolenia w tym zakresie.

Postawione w przedmiotowym postępowaniu warunki wskazują, że zamawiający uznał jako „niezbędne" doświadczenie w wykonaniu całkowicie innego rodzaju czynności (zaprojektowania, dostawy i wdrożenia systemu informatycznego), niż będących przedmiotem niniejszego postępowania (rozbudowy i modernizacji już istniejącego systemu informatycznego).

Art. 22 ust. 2 ustawy Pzp zawiera w sobie normę blankietową, tzn. normę, którą powinien wypełnić i doprecyzować w ramach danego postępowania zamawiający. Na powyższe wskazuje użycie przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy zwrotu niedookreślonego „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie". Charakter tej normy spowodowany został brakiem możliwości określenia uniwersalnych wymagań dla wszystkich rodzajów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest także możliwości precyzyjnego określenia warunków w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji. Jednakże ustawodawca nie pozostawił zamawiającemu pełnej dowolności w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Powyższe wprost ograniczają zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy. Jak wynika z powyższego sam art. 22 ustawy zawiera w ust. 2 ograniczenie dowolności ustalania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Wyżej wymienione ograniczenia zostały wyrażone także

w normie prawnej zawartej w art. 25 ust. 1 ustawy, gdyż weryfikacja przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie złożonych przez wykonawców w toku postępowania oświadczeń i dokumentów. Wobec powyższego ustalanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania w konkretnym postępowaniu przedmiotu zamówienia. Ocena adekwatności postawionych warunków odbywa się zawsze w oparciu m.in. o analizę zakresu przedmiotowego zamówienia, okoliczności towarzyszących wykonaniu tego zakresu, innowacyjności stosowanych technik lub dostarczanych produktów, ilości na danym rynku potencjalnych podmiotów, do których skierowane jest ogłoszenie oraz znajomości przedmiotu zamówienia przez samego zamawiającego. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy, doświadczenia czy potencjału technicznego i kadrowego niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przy formułowaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i potencjału kadrowego oraz techniczno – ekonomicznego istotne jest funkcjonalne powiązanie tych warunków z obiektywną możliwością realizacji postawionego przed potencjalnymi wykonawcami zamówienia.

Wobec powyższego warunki udziału w postępowaniu podlegają konkretyzacji w ramach każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia, tzn. pozostały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać je z należytą starannością. Oderwanie postawionych przez zamawiającego warunków od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji narusza wprost normę wyrażoną w art. 22 ust. 2 ustawy. Tak więc warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia musi być związany z charakterystyką przedmiotu zamówienia. Sąd Okręgowy w Poznaniu, w uzasadnieniu wyroku z dnia 31.03.2006 r. sygn. akt II Ca 168/06 zaznaczył, iż: „Jeżeli ustawodawca przewiduje możliwość wzięcia udziału w przetargu tylko tych podmiotów, które posiadają uprawnienia do wykonania zamówienia, posiadają w tym zakresie niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie takiego zamówienia, to istotny dla interpretacji przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest charakter zamówienia. Dopiero odniesienie do wymogów zamawiającego związanych z konkretnym zamówieniem umożliwia prawidłowe ustalenie, czy podmiot składający ofertę spełnia warunki wskazane w treści ww. przepisu. Oczywiste jest zatem, iż sposób oceny kwalifikacji oferentów będzie inny przy różnych typach zamówienia. Przyjmując odmienną wykładnię nie uwzględniającą różnorodnej specyfiki każdego zamówienia, ustawodawca nakazałby stosować zamawiającym identyczne kryteria w zakresie posiadania uprawnień, wiedzy i umiejętności przez oferentów oraz oceny sytuacji ekonomiczno – finansowej dającej gwarancję wykonania zamówienia nie bacząc na jego przedmiot, specyfikę i cel, który ma zostać zrealizowany poprzez jego wykonanie, oraz na zakres wymagań, które zostaną nałożone na wykonawcę po wyborze jego oferty. Zamawiający pragnąc uzyskać towary odpowiedniej jakości oraz rzetelne wykonanie zamówienia, może postawić odpowiednie żądania zmierzające do tego celu. Warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalone w sposób odpowiadający charakterowi zamówienia i zapewniający dobór wykonawców najbardziej właściwych do jego wykonania". Stanowisko takie zostało wyrażone także w wyroku KIO z dnia 30.06.2008 r. (sygn. KIO/UZP/592/08), w którym Izba stwierdziła, że „Warunki udziału w postępowaniu muszą być adekwatne nie tylko do samego przedmiotu zamówienia, w sensie jego rodzaju i charakteru, ale także do jego skali, a zatem i w tym zakresie muszą znajdować potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia".

Należy również zauważyć, iż z naruszeniem uczciwej konkurencji mamy do czynienia w sytuacji, gdy postawione warunki udziału w postępowaniu prowadzą do wyłączenia określonej grupy wykonawców z postępowania bez uzasadnionej przyczyny. Zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego trzeba badać pod kątem kręgu podmiotów mogących wziąć udział w danym postępowaniu.

Określenie w przedmiotowym postępowaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia niewspółmiernego do przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 22 ust. 2 ustawy.

Naruszenie 2

Zamawiający w pkt 5 SIWZ zamieścił następujący zapis: „W okresie od 1 września 2005 zrealizowali co najmniej 2 zamówienia na dostawę urządzeń komputerowych o wartości nie mniejszej niż 50% ceny ofertowej – ocena spełnienia warunku na podstawie wykazu zrealizowanych zamówień i referencji". W pkt 6 SIWZ w ppkt 1 lit. h Zamawiający żądał załączenia: „Wykazu wykonanych w okresie **od 1 września 2005** zamówień odpowiadających swym rodzajem przedmiotowi zamówienia z podaniem wartości, dat wykonania i odbiorców, według załącznika nr 4 wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały wykonane należycie (referencje)". Załącznik nr 4 do SIWZ (Wykaz wykonanych zamówień) zawierał następujący zapis: „Wykaz zrealizowanych **od września 2005 r.** zamówień o wartości nie mniejszej niż 50% ceny ofertowej".

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W wydanym na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) został określony zamknięty katalog dokumentów, do żądania których uprawniony jest zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z § 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: „W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług **w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia,** a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie". Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 25.07.2008 r., tj. w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wobec powyższego Zamawiający w SIWZ postawił warunek w zakresie wymaganego doświadczenia uznając dostawy z okresu krótszego niż wskazany w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy. Zgodnie z art. 112 K.c. okres ten powinien wynosić od 25.07.2005 do 25.07.2008 r., zaś okres wskazany przez Zamawiającego jest krótszy o 38 dni kalendarzowych.

Wobec powyższego warunek postawiony przez Zamawiającego w pkt 5 ppkt 7 SIWZ oraz żądane na potwierdzenie powyższego warunku dokumenty w pkt 6 ppkt 1 lit. h SIWZ są niezgodne z treścią § 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.

Powyższe ograniczyło również możliwość wykazania się doświadczeniem przez wykonawców, którzy zrealizowali dostawy odpowiadające dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w okresie od 25.07.2005 r. do 01.09.2005 r.

Wobec powyższego zawarte w SIWZ zapisy stanowią naruszenie § 1 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Naruszenie 3

Zamawiający w treści SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dla oferentów składających oferty w zakresie zadania nr 2 żądając, aby wykazali oni, że w okresie od 1 września 2005 r.

zrealizowali co najmniej 2 zamówienia na dostawę urządzeń komputerowych o wartości nie mniejszej niż **50% ceny ofertowej**.

Jak wynika z treści art. 22 ust. 2 ustawy, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Innymi słowy podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Ustalone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Ustanowiony przez zamawiającego warunek odnoszący się do doświadczenia uczestników postępowania prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy bowiem stwierdzić, iż każdy z wykonawców określa inną cenę ofertową brutto, a zatem każdy z nich będzie musiał spełniać inny warunek dotyczący wykazania się wymaganym doświadczeniem. Określony przez zamawiającego warunek został skonstruowany na zasadzie procentowej wartości do zaoferowanej przez każdego z wykonawców ceny ofertowej brutto w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe spowodowało, że dla każdego z wykonawców ma on różną wysokość. A zatem przy powyższym sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż każdy z wykonawców musi spełnić inny warunek, w zależności od wysokości zaoferowanej przez siebie ceny.

Z powyższego wynika, iż określenie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w powyższy sposób prowadzi do naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Naruszenie 4

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia oraz posiadanie niezbędnego doświadczenia, wykonawca musiał wykazać:

a) średni roczny obrót w ostatnich trzech lat obrotowych w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN,
b) dysponowanie własnymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w kwocie minimum 30% wartości kontraktu,
c) doświadczenie (tj. w okresie ostatnich 5 lat, jako Główny Wykonawca lub Partner Konsorcjum, zrealizowanie zadania na łączną kwotę 2 mln PLN, polegających na wykonaniu nawierzchni jezdni lub parkingów w technologii cegły klinkierowej, kostki betonowej lub kamiennej; trzy z wykazanych zadań winny polegać na łącznym ułożeniu nawierzchni o powierzchni co najmniej 3000 m^2).

Lider konsorcjum musiał spełniać każdy z opisanych warunków co najmniej w 75%.

Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp określa warunki, których spełnienie umożliwia wykonawcy ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Katalog określony w powyższym przepisie wskazuje jedynie ogólne warunki, które muszą spełniać wykonawcy. Rolą zamawiającego jest dookreślenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który zapewni wybór oferty wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, nie prowadząc do nieuzasadnionego, z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, ograniczenia kręgu podmiotów mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia. Tym samym warunki stawiane przez zamawiającego potencjalnym wykonawcom powinny być odpowiednie do przedmiotu zamówienia publicznego i jego wartości. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Zamawiający powinien mieć również na względzie treść art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy. Z powyższego wynika, że – w przypadku konsorcjum – w celu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, należy brać pod uwagę łączną sytuację ekonomiczną i finansową, potencjał kadrowy i techniczny oraz doświadczenie, jakie wykazują podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania wystarczające jest nie tylko spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez jednego z członków konsorcjum lub przez jednego w przeważającym zakresie, ale także spełnienie tych samych warunków przez kilku z nich w różnym zakresie. Istotą tworzenia konsorcjum jest bowiem dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdza również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-43/05 dotyczący postępowania, w którym żądano spełnienia przez lidera konsorcjum warunku w zakresie doświadczenia i potencjału budowlanego w 50%. W wyroku tym stwierdzono, iż przepis art. 23 ust. 3 ustawy należy traktować jako wskazówkę interpretacyjną świadczącą, iż spełnienie warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1–3 ustawy Pzp przez konsorcjum należy rozumieć jako łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum. Tylko taka interpretacja, zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa, zgodnie z którą **konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez zamawiającego.** Zamawiający nie może zatem wymagać posiadania doświadczenia czy zdolności ekonomicznej i finansowej w 75% przez jednego członka konsorcjum, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum, którym jest możliwość korzystania z potencjału każdego z członków. Warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum, np. poprzez wymaganie tworzenia konsorcjum wyłącznie z firm prowadzących działalność na dużą skalę, czy też działających w określonej branży.

W świetle powyższego sformułowany przez zamawiającego wymóg, by lider konsorcjum spełniał w 75% warunki opisane powyżej, mógł wpłynąć na ograniczenie konkurencji, a tym samym naruszyć **art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.** Wymóg ten jest ponadto sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowi naruszenie art. **23 ust. 3 ustawy Pzp.**

Naruszenie 5

W toku kontroli stwierdzone zostały rozbieżności pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia zawartymi w ogłoszeniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej a warunkami zamieszczonymi w ogłoszeniach zamieszczonych w siedzibie, na stronie internetowej zamawiającego oraz w siwz.

W ogłoszeniu w DUUE w zakresie wymaganej od wykonawców zdolności technicznej, zamawiający żądał wykazania się sprzedażą określonego w siwz asortymentu towarowego na poziomie nie mniejszym niż **3 000 000 PLN netto** w każdym roku z lat 2005–2007, w tym co najmniej 3 zadania o **wartości dostawy 1 000 000 PLN netto**.

Natomiast warunki zamieszczone w ogłoszeniach w siedzibie, na stronie internetowej zamawiającego oraz w siwz określały wymóg dokonania przez wykonawców sprzedaży danego asortymentu towarowego na poziomie nie mniejszym **niż 4 000 000 PLN netto** w każdym roku z lat 2005–2007, w tym co najmniej 3 zadania o wartości dostawy **1 500 000 PLN netto**.

Po pierwsze należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie

internetowej zamawiającego nie może zawierać informacji innych niż przekazane UOPWE. Wskazanie w ogłoszeniach zamieszczonych w siedzibie oraz na stronie internetowej zamawiającego oraz w ogłoszeniu przekazanym UOPWE innych informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto należy mieć na uwadze treść art. 22 ust. 1 ustawy, który określa warunki, których spełnienie umożliwia wykonawcy ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Katalog określony w powyższym przepisie wskazuje jedynie ogólne warunki, które muszą spełniać wykonawcy. Rolą zamawiającego jest dookreślenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który zapewni wybór oferty wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, nie prowadząc do nieuzasadnionego, z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, ograniczenia kręgu podmiotów mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu powinny być przez zamawiającego określone jednoznacznie, przy użyciu sformułowań, które pozwolą wykonawcy ustalić, czy może ubiegać się o udzielenie zamówienia, jak również warunki stawiane przez zamawiającego potencjalnym wykonawcom powinny być sformułowane precyzyjnie.

Zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału w postępowaniu muszą być zgodne z warunkami zawartymi w SIWZ, a brak jednolitości w tym zakresie oznacza zmianę sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niedopuszczalną ze względu na treść obowiązującego w trakcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego art. 38 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z treścią art. 38 ust. 5 ustawy, zamawiający nie może zmieniać treści SIWZ poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego od wykonawców doświadczenia odmiennie w ogłoszeniu zamieszczonym w siedzibie, na stronie internetowej zamawiającego oraz w siwz niż w ogłoszeniu przekazanym do UOPWE, stanowiło niedozwoloną modyfikację treści SIWZ. Tym samym zamawiający naruszył treść art. 38 ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający określając odmiennie warunek wykazania się stosownym doświadczeniem w DUUE oraz w ogłoszeniach w siedzibie, na stronie internetowej zamawiającego oraz w siwz, nie dochował wymogu precyzyjnego i jednoznacznego określania warunków udziału w postępowaniu, naruszając tym samym przepisy art. 41 pkt 7 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Stan niepewności u wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia co do spełniania tych warunków, wywołany wskutek niejednolitego formułowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się stosownym doświadczeniem, jest niedopuszczalny w świetle zasady uczciwej konkurencji. Jak wskazała bowiem KIO w wyroku z dnia 27.11.2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1301/08, KIO/UZP 1311/08) „treść Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie może pozostawać w tym zakresie rozbieżna. Brak uzasadnienia dla powyższego. Co więcej należy zwrócić uwagę, że decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawcy mogą podejmować na podstawie właśnie przedmiotowego Ogłoszenia bądź SIWZ (tym bardziej biorąc pod uwagę jednoczesną dostępność tych dokumentów), zatem nie ulega wątpliwości, że oba dokumenty w swej treści muszą być tożsame, w przeciwnym bowiem razie mogłoby dojść do podjęcia przez wykonawców wadliwych decyzji, co skutkowałoby naruszeniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.". Również |w wyroku z dnia 31 maja 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-1517/06) Zespół Arbitrów uznał, iż naruszenie przepisu art. 41 pkt 7 ustawy w powiązaniu z art. 36 pkt 8 ustawy (którego odpowiednikiem jest art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy obowiązującej w okresie prowadzenia postępowania przez zamawiającego) stanowi wadę w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne, albowiem zapisy w ogłoszeniu dotyczące warunków udziału w postępowaniu muszą być takie same jak w siwz.

Jednocześnie należy zauważyć, iż zamawiający ma prawo określić warunki, które muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, lecz nie może on określać tych warunków w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 ustawy). Ustalone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wyko-

nawców. Innymi słowy podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione charakterystyką, zakresem, czy też stopniem złożoności przedmiotu zamówienia i nie mogą naruszać podstawowych zasad udzielania zamówień. Zamawiający powinien umieć wykazać, że stawiane przez niego warunki mają związek z realizacją zamówienia, nie utrudniają uczciwej konkurencji oraz są odpowiednie do przedmiotu zamówienia publicznego i jego wartości.

Każde odstąpienie od naczelnych zasad udzielania zamówień, poprzez formułowanie warunków nadmiernych należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów. Stawiane przez zamawiającego warunki muszą zawsze pozostawać w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia (jego wartością, rozmiarami, czasem realizacji, kapitałochłonnością itp.).

Należy zauważyć, iż szacunkowa wartość zamówienia (1 654 125,01 zł, tj. 426 639,76 euro) jest znacznie niższa od postawionego wykonawcom warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tak więc zamawiający, stawiając wykonawcom warunek wykazania się sprzedażą określonego w siwz asortymentu towarowego na poziomie nie mniejszym niż 3 000 000 PLN netto (a w siwz i ogłoszeniu w siedzibie i na stronie internetowej 4 000 000 PLN netto) w każdym roku z lat 2005–2007, w tym co najmniej 3 zadania o wartości dostawy 1 000 000 PLN netto (a w siwz i ogłoszeniu w siedzibie i na stronie internetowej 1 500 000 PLN netto), naruszył dyspozycję art. 22 ust. 2 ustawy. Taki warunek udziału w postępowaniu mógł znacznie ograniczyć konkurencję i naruszyć tym samym także jedną z podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego – zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust. 1 ustawy. O tym, że ww. warunek mógł utrudniać uczciwą konkurencję może świadczyć fakt, że w postępowaniu złożono tylko dwie oferty. Należy przy tym zauważyć, iż wykaz wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat dostaw złożony w ofercie przez L. P. Sp. z o.o. nie potwierdzał spełnienia przez wykonawcę niniejszego warunku (...).

Mając na uwadze powyższe naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 38 ust. 5, art. 41 pkt 7 w powiązaniu z art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 22 ust. 2 ustawy należy uznać, iż niniejsze postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy i winno było zostać unieważnione przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Kryteria oceny ofert – przykłady nieprawidłowości stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Zamawiający jako podmiot odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma prawo ustalić własny katalog oceny ofert i nadawać im wagi decydując o tym, jakie rozwiązanie jest dla niego najkorzystniejsze. Jednak w świetle obowiązujących przepisów kryteria te nie mogą być dowolne i uznaniowe ani dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody w arbitralnym wyborze oferty (por. wyrok KIO z dnia 4.07.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 619/08). Określając kryteria oceny ofert na potrzeby prowadzonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zamawiający zobowiązany jest przede wszystkim do respektowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, czyli do zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak podkreślono w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 (sygn. akt III CZP 52/02), której treść pozostaje aktualna także w obecnym stanie prawnym, „zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Także w samym postępowaniu, dotyczącym ustalenia i zastosowania kryteriów oceny oferty jako najkorzystniejszej, musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji, warunek zaś niedyskryminacji spełniają tylko takie kryteria wyboru oferty, które są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego".

Rolę zasady równego traktowania wykonawców w określeniu kryteriów oceny ofert podkreślała wielokrotnie także KIO w swoim orzecznictwie. W wyroku z dnia 11.02.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 49/08) KIO stwierdziła, iż „określenie kryteriów oceny ofert ma to znaczenie, że każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne ma prawo do jasnych, przejrzystych, obiektywnych i weryfikowalnych reguł, jakimi będzie się kierował zamawiający, dokonując oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Ma prawo oczekiwać, że jego oferta będzie oceniania przez zamawiającego w sposób nadający się następnie do zweryfikowania w drodze środków ochrony prawnej. Należy z postępowania o zamówienie publiczne eliminować takie kryteria, które mogłyby to zaufanie podważyć".

Biorąc pod uwagę powyższe, należy jednocześnie wskazać, że ustawa Pzp nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat zasady równej konkurencji wykonawców, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Nie powinna być również stosowana w swoistej próżni legislacyjnej, nieuwzględniającej zasad wyrażonych w innych przepisach, w szczególności zasad wyrażonych w ustawie o finansach publicznych, które dotyczą racjonalnego wydatkowania środków budżetowych (zob. wyrok KIO z dnia 3.02.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 91/09; KIO/UZP 92/09). Zasady te zostały sformułowane w art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, nakazującym dokonywanie wydatków w sposób celowy i oszczędny, zapewniający uzyskanie najlepszych efektów z danych nakładów.

Odzwierciedlając powyższe reguły wydatkowania środków publicznych, art. 2 ust. 5 ustawy Pzp definiuje najkorzystniejszą ofertę jako ofertę zawierającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a w przypadku, kiedy cena jest jedynym kryterium oceny – ofertę z najniższą ceną. Jak wynika z powyższego, ustawodawca narzuca jedynie obowiązek zastosowania kryterium cenowego, pozostawiając zamawiającemu swobodę wyboru pozostałych kryteriów oceny ofert. Jedynie w przypadku dopuszczenia składania ofert wariantowych ustawodawca wymaga, aby obok ceny były zastosowane również inne kryteria.

Art. 2 pkt 1 ustawy Pzp definiując pojęcie ceny, odsyła do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, zgodnie z którym ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, uwzględniająca podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Jak wynika z cytowanego przepisu na gruncie prawa zamówień publicznych przez pojęcie cena rozumie się co do zasady cenę brutto.

Podkreślenia wymaga fakt, że stosowanie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert jest celowe w przypadku prostych dostaw lub usług, natomiast w odniesieniu do zamówień o większym stopniu złożoności, zasadny jest wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Na powyższe zwrócił uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z dnia 28 marca 1985 r. (sygn. akt C–247/83), stwierdzając, że niedopuszczalna jest procedura, zgodnie z którą za ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie uznaje się ofertę z ceną najbardziej zbliżoną do średniej ceny wszystkich ofert złożonych w przetargu. Przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie nie zawsze bowiem najważniejszym kryterium musi być cena.

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Użycie sformułowania „w szczególności" oznacza, że wskazane w ww. przepisie kryteria mają charakter jedynie przykładowy i nie stanowią katalogu zamkniętego. Zamawiający może zatem zastosować również kryteria niewymienione w ustawie, pod warunkiem że dotyczą one przedmiotu zamówienia, nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty, a ponadto są wskazane w dokumentacji przetargowej i ogłoszeniu o przetargu oraz są zgodne z zasadami prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji (zob. wyrok KIO z dnia 5.12.2008, sygn. akt KIO/UZP 1362/08). Powinny być one sformułowane w sposób jasny i przejrzysty, tak aby subiektywne odczucia i preferencje oceniającego pozostawały bez wpływu na ocenę oferty. (zob. wyrok KIO z dnia 4.07.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 619/08).

Należy jednak zauważyć, że niektóre kryteria wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp jako dopuszczalne cechują się pewnym stopniem uznaniowości. Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie podkreśla się niemierzalność wymienionego w cytowanym przepisie kryterium jakości oraz wiążącą się z tym konieczność szczegółowego opisu sposobu jego oceny, mającemu zapobiec dowolności oceny. W wyroku z dnia 27.04.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 474/09) KIO zwraca uwagę, iż niedopuszczalne jest zastrzeganie sobie przez zamawiającego możliwości dokonywania zupełnie arbitralnych ocen składanych ofert przy niedookreślonych i nieostrych kryteriach jakościowych zgodności z wymaganiami siwz, podejmowanych w wyniku tajnych eksperymentów, do których wyników, metodologii czy warunków przeprowadzenia wykonawcy w żaden sposób nie będą mogli się odnieść. Powyższe uwagi można odnieść również do kryterium funkcjonalności, w przypadku którego nieprecyzyjny opis może rodzić niebezpieczeństwo arbitralności oceny ofert.

W przeciwieństwie do kryteriów wskazanych powyżej kryterium parametrów technicznych jest mierzalne, co stanowi jego niewątpliwą zaletę. W doktrynie wskazuje się, że parametry powinny być określone w postaci warunków[3]. Zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji, zamawiający powinien precyzyjnie zdefiniować, które z nich będą oceniane i jakie mają znaczenie.

Kryterium **zastosowania najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko** stanowi realizację zalecenia nr 29 Dyrektywy 2004/18 WE, aby instytucje zamawiające uwzględniały

[3] P. Granecki, Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2007, s. 260.

w systemie zamówień publicznych aspekty oddziaływania na środowisko, m.in. w odniesieniu do specyfikacji technicznych. Jako przykładowe aspekty oddziaływania na środowisko Dyrektywa wskazuje metody produkcji lub wpływ produktów lub usług na środowisko. Należy zauważyć, że w Komisji Europejskiej są obecnie prowadzone działania mające na celu opracowanie wspólnych kryteriów dotyczących „zielonych" zamówień publicznych, uniknięcie zakłóceń rynku i ograniczenia konkurencji, do których mogłoby dojść w wyniku zróżnicowania krajowych kryteriów dotyczących GPP, czego dowodem jest Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów z dnia 16.07.2008 r.[4].

Kryterium **kosztów eksploatacji** ma niewątpliwie duże znaczenie z punktu widzenia zamawiającego. Przy czym istotne jest, aby ich maksymalne obniżenie było kompatybilne z wysoką jakością przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma przy tym obowiązek precyzyjnie określić, jaki okres eksploatacji będzie brany pod uwagę przy ocenie ofert.

Kolejne wskazane w ustawie kryterium – **serwisu** – łączy się nierozerwalnie z warunkami gwarancji i ma zastosowanie głównie do dostaw sprzętu. Co do zasady przyjmuje się, że kryterium związanym z serwisem może by przykładowo dostępność serwisu lub czas reakcji w przypadku gwarancji lub usterki. Nieuzasadnione jest natomiast posługiwanie się kryterium oceny ofert odnoszącym się do odległości punktu serwisowego od siedziby zmawiającego, ponieważ kryterium takie zostaje oderwane od przedmiotu zamówienia i dotyczy bezpośrednio podmiotowych właściwości wykonawcy.

Kolejne wyszczególnione w Pzp kryterium oceny ofert, tj. **termin wykonania zamówienia** ma istotne znaczenie, w przypadku gdy zamawiający z jakichś przyczyn oczekuje szybszego niż standardowy czasu wykonania zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie, kryterium to powinno mieć charakter wyjątkowy, gdyż termin realizacji może być także określony jako warunek graniczny udziału w postępowaniu[5].

Odnosząc się do dopuszczalnych na gruncie Pzp kryteriów oceny ofert należy podkreślić, że w myśl art. 91 ust. 3 ustawy Pzp nie mogą one dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Cechy podmiotowe wykonawcy podlegają bowiem kwalifikacji w trakcie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, która jest odrębnym etapem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający ma obowiązek dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie spośród ofert wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

W tym miejscu należy przypomnieć, że wyjątkiem od powyższej zasady, zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp są postępowania, których przedmiotem są tzw. usługi „niepriorytetowe" 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. Przy czym katalog usług podlegających łagodniejszym procedurom zamówień publicznych zawarty w załącznikach II B i XVII B wspomnianych dyrektyw zawiera jedenaście kategorii usług: usługi hotelarskie i restauracyjne, usługi transportu kolejowego, usługi transportu wodnego, dodatkowe i pomocnicze usługi transportowe, usługi prawnicze, usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu (z wyjątkiem umów o pracę), usługi detektywistyczne i bezpieczeństwa (z wyjątkiem umów samochodów opancerzonych), usługi edukacyjne i szkoleniowe, usługi społeczne i zdrowotne, usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe oraz tzw. inne usługi. Prowadząc postępowania na ww. usługi, 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

[4] Zielone zamówienia publiczne, Praca zbiorowa, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2009 r.

[5] P. Granecki, op. cit., s. 261.

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.

Z zasady równego traktowania wykonawców oraz wyrażonej w art. 8 ust. 1 zasady jawności postępowania wynika obowiązek zamawiającego wskazania kryteriów oceny ofert w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji bez ogłoszenia – w zaproszeniu do negocjacji. Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 1.06.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1118/05) wyraźnie podkreślił, że opis kryteriów oceny ofert, podanie ich znaczenia (wagi) oraz sposobu oceny oferty stanowią, obok opisu przedmiotu zamówienia najbardziej istotne elementy siwz. W tym samym wyroku arbitrzy wskazali, że zamawiający nie może ograniczyć się do przytoczenia nazw poszczególnych kryteriów przedmiotowych, lecz każde z nich powinno być szczegółowo opisane. Opis kryteriów oceny ofert nie może być zatem dokonany w sposób dorozumiany.

Zamawiający ma obowiązek dokonania oceny ofert jedynie na podstawie kryteriów określonych w siwz. Jak wynika z orzecznictwa KIO, stawianie wymogów innych niż w specyfikacji w trakcie badania i oceny ofert byłoby naruszeniem podstawowej zasady równego traktowania wykonawców (wyrok z dnia 30.06.2008 r., sygn akt KIO/ UZP 594/08.). Za naruszenie dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać również sytuację, w której zamawiający przy ocenie ofert pomija któreś z określonych w siwz kryteriów lub dokonuje niepełnej oceny oferty w ramach kryterium (wyrok KIO z dnia 4.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 483/08).

W obecnie obowiązującym stanie prawnym zamawiający mają jednak możliwość dokonania zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeń o zamówieniu. Należy przypomnieć, że nowelizacją Prawa zamówień publicznych z dnia 4.09.2008 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) uchylono art. 38 ust. 5 ustawy, dopuszczając tym samym zmianę każdego z postanowień treści siwz, w tym również dotyczącego kryteriów oceny ofert. Zmiana taka, zgodnie z ustępem 4 wskazanego artykułu jest możliwa w uzasadnionych przypadkach i musi nastąpić przed upływem terminu składania ofert.

Należy tutaj zauważyć, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie może zawierać treści sprzecznych z treścią ogłoszenia o zamówieniu. Niezgodność specyfikacji z treścią ogłoszenia może skutkować naruszeniem zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców, ponieważ w większości przypadków wykonawca podejmuje decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia. Kierując się powyższym założeniem, Ustawodawca wspomnianą nowelizacją Pzp dokonał zmiany treści art. 38 poprzez dodanie do niego ustępu 4a, zobowiązującego zamawiającego do zamieszczenia zmiany ogłoszenia o zamówieniu w sytuacji, gdy modyfikacja specyfikacji powoduje konieczność dokonania takiej zmiany. Rozwiązanie to jest zgodne ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, zgodnie z którym informacja o zmianie siwz powinna być opublikowana z zachowaniem takich samych standardów jak towarzyszące oryginalnej publikacji. Mając na celu umożliwienie takiej publikacji, dokonano zmiany przepisu art. 12 ust. 4 ustawy Pzp, zezwalające na dokonanie zmian w treści ogłoszenia publikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dowolnym zakresie, a nie – jak w poprzednio obowiązującym przepisie – tylko w sytuacji niezgodności ogłoszenia opublikowanego w DzUUE z treścią ogłoszenia przekazanego do publikacji. Podobnie w art. 11 ust. 4 ustawy Pzp Ustawodawca dopuścił możliwość zmiany ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W przypadku dokonania tak istotnej zmiany treści siwz i ogłoszenia, jakim jest modyfikacja kryteriów oceny ofert, zamawiający jest zobowiązany do przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, zgodnie z zasadami określonymi w art. 12 a ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać na dyspozycję art. 38 ust. 4 b ustawy Pzp, zakazującą dokonywania zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Dokonanie zmiany w ogłoszeniu na tym etapie postępowania mogłoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ wykonawca, który dopiero po zmianie ogłoszenia mógłby złożyć ofertę odpowiadającą wymogom zamawiającego byłby takiej możliwości pozbawiony.

W toku kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do kryteriów oceny ofert:

Kontrola nr 1:

Przedmiotem kontrolowanego postępowania, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, było zatrudnienie kadry projektu – „Program rozwoju i wparcia nowych mikroprzedsiębiorstw" na następujące stanowiska: Kierownik projektu/ Doradca/ Obsługa księgowa, Ekspert I/ Doradca/ Ewaluator, Ekspert II/ Doradca/ Analityk, Wykładowca/ Doradca 1, Wykładowca/ Doradca 2, Wykładowcy.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalił kryteria oceny ofert na:

- Wynagrodzenie wykonawcy – Cena brutto (koszt jednej roboczogodziny doradztwa) – 40%,
- Wykształcenie wykonawcy, oceniane na podstawie życiorysu zawodowego (zał. Nr 4 do siwz) – 20%,
- Doświadczenie wykonawcy, oceniane na podstawie życiorysu zawodowego (zał. Nr 4) – 40%.

Mając na uwadze, że lista kryteriów o których mowa w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp nie jest wyczerpującą i zamawiający może dodatkowo określić własny ich zestaw, należy wyraźnie podkreślić, że swoboda, jaką dał Ustawodawca zamawiającemu w zakresie formułowania kryteriów oceny ofert nie jest nieograniczona.

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy, ustalane przez zamawiającego kryteria oceny ofert inne niż cena powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Podstawowym warunkiem stosowania kryteriów innych niż cena jest więc fakt, iż dotyczą one przedmiotu zamówienia (np. jakość, funkcjonalność itp.). Powyższe pozostaje w ścisłym związku z nakazem sformułowanym w art. 91 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert należy odróżnić od oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy.

Stosownie do treści art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone treścią tego przepisu warunki podmiotowe uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnoszące się m.in. do posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, posiadania niezbędnej wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, ekonomicznego i finansowego, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Dokonanie przez zamawiającego oceny podmiotowej wykonawców poprzedza czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Są to czynności względem siebie odrębne wywołujące odmienne skutki prawne. Ocena podmiotowa dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie kryteriów oceny spełniania warunków, natomiast ocena przedmiotowa na podstawie kryteriów oceny ofert. Pierwsza z nich ma na celu wyodrębnienie podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia. Druga ma na celu wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez podmioty, które uprzednio zostały uznane za zdolne do realizacji zamówienia publicznego. Rozdzielenie oceny podmiotowej od przedmiotowej jest w obowiązującym stanie prawnym jedną z ważniejszych zasad obowiązujących przy udzielaniu zamówień publicznych.

Zastosowane w omawianym postępowaniu kryteria oceny ofert – wykształcenie wykonawcy oraz doświadczenie wykonawcy z wagą odpowiednio 20% i 40% naruszają ww. art. 91 ust. 3 ustawy, a co za tym idzie

także art. 7 ust. 1 ustawy. Stosownie bowiem do przepisów ustawy, do naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych należą: zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie i zasada prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Wskazane zasady, uregulowane w art. 7 ust. 1 ustawy, zakazują zamawiającym faworyzowania wykonawców i nakazują jednakowo traktować wszystkich (również potencjalnych) uczestników postępowania na każdym jego etapie, tak by mieli oni jednakowe szanse uzyskania zamówienia. Omawiane zasady, jako ogólne zasady udzielania zamówień, obejmują wszelkie czynności zamawiającego i dotyczą wszystkich faz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc także, zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy, określenia kryteriów oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, należy wyraźnie podkreślić, że zamawiający nie może określić kryteriów oceny ofert i nadać im wagi w sposób preferujący jednego wykonawcę lub dyskryminujący innego. Kryteria oceny ofert nie mogą więc preferować określonej grupy czy konkretnego wykonawcy, ale mogą preferować usługi pod względem prezentowanej jakości.

Zatem zastosowanie jako kryteriów oceny ofert kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy stanowi naruszenie art. art. 91 ust. 2 i 3 oraz 7 ust. 1 ustawy.

Kontrola nr 2:

Podobne naruszenia zostały stwierdzone w kolejnym postępowaniu, którego przedmiotem było przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi księgowe w ramach programu inicjatywy EQUAL – Sudety Szansa dla Młodych. Zamawiający, będący organizacją pozarządową w ogłoszeniu o zamówieniu jako kryterium oceny ofert podał:

- kwalifikacje biegłego rewidenta,
- znajomość księgowości organizacji pozarządowej,
- doświadczenie w rozliczaniu programów pomocowych.

W niniejszym postępowaniu specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała opisu kryteriów, którymi zamawiający kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert. W wyjaśnieniach zamawiającego z dnia 29.10.2007 r. skierowanych do Krajowej Struktury Wsparcia wskazano, że „oferty oceniano oczywiście przy zastosowaniu obligatoryjnego kryterium ceny z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, choćby z uwagi na sprawdzenie czy owa 1 złożona oferta mieści się w kwocie, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na zamówienie".

W odniesieniu do powyższego należy zauważyć, co następuje.

Jednym z kryteriów oceny ofert musi być zawsze cena i jest ona jedynym kryterium obligatoryjnym, co potwierdzają aktualne w stanie prawnym obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania wyroki Zespołu Arbitrów, np. z dnia 29.03.2005 roku (UZP/ZO/0-519/05), czy z dnia 17.05.2005 r. (UZP/ZO/0-965/05). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający jako kryterium oceny ofert w siwz nie podał ceny, czym naruszył art. 91 ust. 2 ustawy. Nie można jednocześnie uznać, iż faktyczne sprawdzenie czy złożona oferta mieści się w kwocie, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na zamówienie, wypełnia dyspozycję art. 91 ust. 2 ustawy.

Dodatkowo należy zauważyć, że wymogi dotyczące kwalifikacji biegłego rewidenta, znajomości księgowości organizacji pozarządowej i doświadczenia, mają charakter podmiotowy (odnoszą się do cech wykonawcy, a nie oferowanych przez niego usług) i są sformułowane w sposób ogólny.

Stąd po pierwsze, należy podkreślić, że zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicz-

nej, technicznej lub finansowej. Przepis ten stanowi więc zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym, do których należą także doświadczenie czy wykształcenie wykonawcy. Zakaz ten nie dotyczy jedynie postępowań, których przedmiotem są usługi wymienione w art. 5 ust. 1 ustawy. Podstawowym warunkiem stosowania kryteriów innych niż cena jest więc fakt, iż dotyczą one cech, parametrów czy sposobu wykonania przedmiotu zamówienia (np. jakość, funkcjonalność, termin itp.). Zastosowane w omawianym postępowaniu kryteria oceny ofert (tj. kwalifikacje, doświadczenie, znajomość zasad księgowości organizacji pozarządowej) naruszają ww. art. 91 ust. 3 ustawy, ponieważ odnoszą się do cech wykonawcy, a nie do cech przedmiotu zamówienia, czyli oferowanych usług. Tym samym są to kryteria podmiotowe.

Ponadto niezależnie od faktu, że zamawiający nie ustalił w ogóle kryterium ceny i ustalił podmiotowe kryteria oceny ofert, to dodatkowo kryteria te są nieprecyzyjne i pozostawiają zbyt dużą swobodę w dokonywaniu oceny ich spełniania. Zamawiający nie sprecyzował bowiem, ile punktów przyzna za poziom spełniania tych warunków, np. za lata doświadczenia. W sytuacji złożenia kilku ofert przez wykonawców, z których każdy wykazałby wymagane kwalifikacje, znajomość księgowania i doświadczenie, zamawiający nie mógłby więc obiektywnie dokonać ich oceny, gdyż zasady dokonania tej oceny nie zostały określone w siwz. Tym samym ocena ofert w kontrolowanym postępowaniu byłaby dokonana uznaniowo, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego zamawiający swoim działaniem naruszył także art. 7 ustawy. Potwierdza to fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył tylko jeden wykonawca. Brak kryteriów oceny ofert, czy też określenie warunków udziału w postępowaniu jako kryteriów oceny ofert mogło wpłynąć na decyzję wykonawców co do ich ewentualnego udziału w kontrolowanym postępowaniu.

Kontrola nr 3:

Przedmiotem kolejnej kontroli były przeprowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem dwa postępowania o udzielenie zamówienia na zlecenie wykonywania obowiązków księgowego i prawnika projektu współfinansowanego ze Środków Europejskiego Funduszu Społecznego, mającego na celu uzupełnienie systemu pomocy osobom bezrobotnym. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednym z kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego było wynagrodzenie brutto za 1 godzinę pracy (z wagą 50%). Należy jednak wskazać, iż w sporządzonych na potrzeby postępowań załącznikach do siwz, zamawiający wymagał podania cen netto za godzinę pracy (załącznik nr 2 – oferta cenowa). Także do oceny zamawiający brał pod uwagę ceny netto, a nie brutto.

Obliczając ceny oferty netto zamawiający uchybił zatem treści art. 91 ust. 2 w związku z art. 2 pkt 1 ustawy. Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy, ilekroć w ustawie jest mowa o cenie – należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5.07.2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.). Stosownie do przytoczonej regulacji ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towarów (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Tym samym, podatek VAT jest składnikiem ceny, stanowi element cenotwórczy, wobec czego sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, wlicza do niej podatek VAT należny od tego towaru lub usługi.

Kontrola nr 4:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne, którego przedmiotem była dostawa 30 nowych niskopodłogowych autobusów przegubowych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zawarł informację dotyczącą kryteriów oceny ofert i ich znaczenia. Wśród zastosowanych przez zamawiającego kryteriów znalazło się kryterium: właściwości tech-

niczno-eksploatacyjne, w ramach którego zamawiający oceniał m.in.: unifikację typu silnika – zastosowanie silnika zunifikowanego ze stosowanymi w MPK marki MAN lub DAF. Jak wynika z powyższego, zamawiający przy ocenie ofert preferował wykonawców, którzy zaoferują silnik zunifikowany z silnikiem konkretnego producenta – MAN lub DAF. Zamawiający nie wskazał przy tym, jakie parametry techniczne zaoferowanego silnika zadecydują o uznaniu, że jest on zunifikowany z ww., co – w przypadku złożenia ofert przez wykonawców oferujących silniki innych marek – spowodowałoby trudności w ocenie tych ofert w oparciu o ww. kryterium oceny.

Wszystkie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a więc również określenie kryteriów oceny ofert, muszą być dokonywane w zgodzie z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym m.in. zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Tym samym, zamawiający nie może określić kryteriów oceny ofert w sposób preferujący określonych wykonawców (w tym przypadku wykonawców, którzy oferują silnik zunifikowany z silnikami MAN lub DAF). Ponadto opis sposobu oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinien być wyczerpujący i jednoznaczny, tak aby dokonywana przez zamawiającego ocena miała charakter obiektywny.

Preferowanie w ramach kryteriów oceny ofert wykonawców, którzy zaoferują produkt zunifikowany z produktem określonej marki (a nie produkt o określonych parametrach technicznych) oraz brak określenia, jakie parametry techniczne zaoferowanego silnika zadecydują o uznaniu, że jest on zunifikowany z tymi silnikami godzi w wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadę równego traktowania wykonawców.

Kontrola nr 5:

Zamawiający prowadząc w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP ustalił jako jedno z kryteriów oceny ofert o wadze 30% – warunki lokalowe. Zapis odnoszący się do wskazanego kryterium w siwz brzmiał: „Członkowie Komisji Przetargowej przeprowadzą wizję lokalną w poszczególnych ośrodkach i na tej podstawie dokonają oceny w ww. kryterium. Ocena indywidualna ww. kryterium nastąpi przez przyznanie, przez każdego z członków komisji od 1–20 punktów".

W celu prawidłowego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, w myśl art. 36 ust. 1 pkt 13 zamawiający musi przedstawić w specyfikacji informację o sposobie oceny ofert, tzn. opisać sposób mierzenia stopnia spełniania przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci tegoż kryterium.

W omawianym postępowaniu kryterium nr 2 oceny ofert – warunki lokalowe o wadze 30% – nie zostało opisane precyzyjnie w sposób, który gwarantowałby prawidłową ocenę ofert. Należy zatem stwierdzić, iż zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 91 ust. 2.

Kontrola nr 6:

Podobne naruszenie można stwierdzić w odniesieniu do kolejnego z kontrolowanych postępowań. Jego przedmiotem była realizacja „pod klucz" obejmująca projektowanie, dostawy i budowę Parku Wiatrowego. Postępowanie zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że jedno z kryteriów oceny ofert – zastosowane rozwiązania techniczne – warunki umowy serwisowej (zakres) będzie oceniane „na podstawie oceny eksperckiej". W opisie ww. kryterium zamawiający nie wskazał, wg jakich zasad wytypowany ekspert będzie dokonywał oceny oferty w ramach tego kryterium.

Należy zauważyć, że choć zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, to jednak kryteria te nie mogą być dowolne i uznaniowe ani też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Ocena ofert musi być dokonana w sposób obiektywny, tak by zapewnić wybór oferty

zgodnie z zasadą równego traktowania oferentów i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Poddanie przez zamawiającego jednego z kryteriów oceny ofert ocenie eksperta, bez szczegółowego wskazania sposobu, w jaki sposób ocena ta będzie dokonywana, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

Kontrola nr 7:

Zamawiający prowadząc w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie odwiertu poszukiwawczego w celu odkrycia złoża ropy naftowej i/lub gazu ziemnego w południowo-wschodniej Polsce ustalił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt „Opis kryteriów, którymi będzie się kierował zamawiający przy wyborze ofert", że oferty miały być oceniane wg następujących kryteriów:

1) rozeznanie w warunkach miejscowych 35%,
2) jakość sprzętu 25%,
3) gotowość do terminowego wykonania usług 20%,
4) cena 20%.

Z kryteriów tych oraz ich opisów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż kryteria takie jak:

a) rozeznanie w warunkach miejscowych

rozumiane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako gwarancja szybkiego i sprawnego uzyskania wszelkich wymaganych zezwoleń, decyzji, zgód itp. od władz państwowych, samorządowych oraz osób trzecich, których własność może zostać naruszona w trakcie wykonywania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego oraz gwarancja wykonywania prac w trudnych warunkach skomplikowanej geologicznie stratygrafii obszarów naprężonych tektonicznie potwierdzane w ofercie jedynie oświadczeniem wykonawcy,

b) jakość sprzętu

rozumiana jako gwarancja dostarczenia przez wykonawcę opisu procedur konserwacyjnych oraz stosunek godzin przestoju wykonawcy z powodu napraw do stawki godzinowej potwierdzana w ofercie jedynie oświadczeniem wykonawcy, dotyczą w istocie właściwości podmiotowych wykonawcy, nie zaś przedmiotu zamówienia, tym samym należy uznać, iż mają charakter podmiotowy.

Powyżej przedstawiony sposób, w jaki zamawiający ukształtował kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu stoi w sprzeczności z dyspozycjami przepisów art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, które stanowią, iż kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia oraz że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej i finansowej.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający sformułował kryteria oceny ofert w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, odniósł je bowiem do cech podmiotowych wykonawcy, nie zaś do cech przedmiotu zamówienia, jak nakazują to robić przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto pomimo faktu udzielenia przez wykonawcę gwarancji szybkiego i sprawnego uzyskania wszelkich wymaganych zezwoleń, decyzji, zgód itp. od władz państwowych, samorządowych oraz osób trzecich w postaci oświadczenia wykonawcy składanego wraz z ofertą gwarancja ta w rzeczywistości staje się bezprzedmiotowa, ponieważ dotyczy działań organów administracji publicznej i osób trzecich, na których działanie wykonawca nie posiada wpływu.

W związku z powyższym należy uznać, że przyjęcie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert odnoszących się do cech podmiotowych wykonawcy stanowi rażące naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego – przykłady z kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Z art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż zamawiający w toku prowadzonego postępowania jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregokolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w ww. przepisie ustawy. Oznacza to ni mniej, ni więcej, że działanie zamawiającego winno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiejkolwiek uznaniowości. Wobec powyższego należy uznać, iż normy prawne wyrażone w art. 93 ustawy mają imperatywny charakter. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 11.01.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 54/07), w uzasadnieniu którego Izba wskazała, że: „Unieważnienie postępowania jest czynnością obligatoryjną po stronie zamawiającego w sytuacjach ściśle określonych w art. 93 ust. 1 ustawy, co nie daje zamawiającemu jednocześnie prawa do nadużywania tej instytucji". Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni literalnej i celowościowej norm prawnych wyrażonych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na powyższe wskazała w wyroku z dnia 4.02.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 25/08) KIO, wskazując, że: „Przesłanki unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, określone w art. 93 ustawy p.z.p., należy interpretować ściśle". W odniesieniu do przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy KIO w wyroku z dnia 3.03.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 134/08) wskazała, że: „Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w przypadku, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, iż pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. Upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne o takim charakterze". W kolejnym wyroku z dnia 27.02.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 176/09) KIO wskazała w uzasadnieniu, że: „Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła". Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 3.04.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 248/08), w uzasadnieniu którego Izba wskazała, że: „W przypadku unieważnienia postępowania na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia zaistnienia jednej z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 p.z.p.". Na cywilnoprawne źródło tego obowiązku wskazała KIO w wyroku z dnia 11.12.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1377/08), stwierdzając, że: „Na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania, gdyż on wywodzi z nich skutki prawne".

Poza przesłankami określonymi enumeratywnie w art. 93 ust. 1 ustawy brak jest innych prawnych podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. z żadnej innej przyczyny zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe zostało wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 8.02.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 36/08), w którym Izba wskazała, że: „Naruszeniem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych jest zastrzeżenie w SIWZ, iż Zamawiający ma prawo do unieważnienia przetargu bez podania przyczyn. Przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wymienione w art. 93 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowią katalog zamknięty. W przypadku zaistnienia jednej z nich Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie. Nie może jed-

nak swobodnie, wedle swego uznania, podejmować decyzji o unieważnieniu. Artykuł 93 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych zobowiązuje ponadto Zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia". Ponadto zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania bez podania przyczyny, tj. bez podania podstawy prawnej i faktycznej. Tego typu działanie zamawiającego stanowiłoby rażące naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych. Ze względu na doniosłość czynności unieważnienia postępowania polegającą na zniweczeniu wszystkich skutków prawnych i faktycznych związanych z wszczęciem postępowania, złożeniem wniosków lub ofert przez wykonawców i dokonaniem przez zamawiającego w toku postępowania określonych czynności prawnych i faktycznych unieważnienie postępowania musi być wynikiem niezależnych od zamawiającego okoliczności. Wyjątek od tej zasady może nastąpić jedynie w stosunku do przesłanki uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż najczęściej wada, o której mowa w powyższym przepisie, jest skutkiem błędów zamawiającego poczynionych na etapie przygotowywania lub prowadzenia postępowania. W tym wypadku jednak zamawiający będzie zobligowany do zwrotu wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty stosownie do treści art. 93 ust. 4 ustawy. W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy KIO wskazała w wyroku z dnia 13.03.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 244/09), że: „Zamawiający może zastosować przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wówczas, gdy zachodzą łącznie wszystkie przesłanki wskazane w tej normie, do których należą: istotna i niemożliwa wcześniej do przewidzenia zmiana okoliczności, wskazująca, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym i to w sposób trwały. Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. (…) Unieważnienie postępowania na skutek zmniejszenia wysokości posiadanych środków jest dopuszczalne wówczas, gdy „uszczuplenie tych środków" wynika z okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od zamawiającego".

Należy wskazać, iż unieważnienie postępowania wywołuje skutki *ex nunc*, tj. niweczy wszelkie czynności i ich skutki przedsiębrane przez zamawiającego i wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż począwszy od wszczęcia postępowania (zamieszczenia ogłoszenia, zaproszenia do negocjacji, zaproszenia do składania ofert) aż do czynności dokonanych bezpośrednio przed jego unieważnieniem wszystkie czynności prawne i faktyczne tracą swoją moc w stosunku do uczestników postępowania (zamawiającego i wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne) oraz w stosunku do podmiotów trzecich (np. podmiotów udzielających gwarancji wadialnych). Powyższe zostało jednoznacznie potwierdzone w wyroku KIO z dnia 19.05.2008 r. (sygn. akt 431/08), w uzasadnieniu którego Izba wskazała, że: „Unieważnienie postępowania jest decyzją znoszącą to postępowanie od początku, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak zamawiającego, jak również wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią *numerus clausus* i powinny być interpretowane wąsko". W wyroku z dnia 2.04.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 242/08) KIO wskazała, iż: „Zgodnie z dyspozycją art. 93 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie w całości lub w części, a nie w stosunku do niektórych wykonawców czy ich ofert". Na konsekwencje unieważnienia postępowania wskazała KIO w wyroku z dnia 2.04.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 242/08), wskazując w uzasadnieniu, że: „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że postępowanie utraciło swój byt. W takim stanie rzeczy odwołujący nie ma interesu prawnego do złożenia odwołania od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu w przedmiocie odrzucenia oferty, gdyż wszystkie czynności zamawiającego dokonane w unieważnionym postępowaniu zostały z mocy prawa zniesione". W kolejnym wyroku KIO z dnia 20.06.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 540/08 i KIO/UZP 541/08) Izba wskazała, że: „Oświadczenie zamawiającego o unieważnieniu postępowania kończy postępowanie i dlatego zamawiający nie ma obowiązku unieważniać poszczególnych czynności dokonanych w trakcie postępowania, a w tym wyboru najkorzystniejszej oferty".

Z zasady, jako taka, instytucja unieważnienia postępowania ma zastosowanie do wszystkich trybów udzielania zamówień publicznych i jest niezależna od formy prowadzenia postępowania (pisemnej lub elektronicznej) oraz niezależna od jego wartości. Jednakże niektóre z przesłanek wskazanych w art. 93 ustawy odnoszą się do

ściśle określonych trybów udzielania zamówień publicznych i tylko dla postępowań prowadzonych w tych trybach mogą mieć zastosowanie.

Brak jest ustawowych ograniczeń co do etapu postępowania, w ramach którego może nastąpić jego unieważnienie. Na powyższe wskazała KIO w wyroku z dnia 27.02.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 176/09), w uzasadnieniu którego skład Izby podniósł, że: „Unieważnienie postępowania może nastąpić w każdym momencie postępowania, nawet po wyborze oferty i powiadomieniu o tym wszystkich wykonawców, aż do chwili podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego". Należy ponadto wskazać, iż w odniesieniu do poszczególnych przesłanek wskazanych w art. 93 moment dokonania tej czynności jest ściśle powiązany z pewnymi okolicznościami faktycznymi. I tak w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy KIO wskazała w wyroku z dnia 28.04.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 349/08), że: „Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością odrębną od ewentualnego unieważnienia postępowania (na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p.), a unieważnienie jest dalszym etapem postępowania". Ponadto w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy unieważnienie postępowania powinno zostać poprzedzone określonymi czynnościami zamawiającego. Niedopuszczalne jest unieważnienie postępowania a priori bez dokonania warunkujących możliwość zastosowania tej instytucji czynności polegających na odrzuceniu oferty czy też wykluczeniu wykonawców. Wszakże czynności te mogą być przedmiotem wzruszenia poprzez wniesienie środków ochrony prawnej i tym samym takie działanie zamawiającego odbiera wykonawcom możliwość wniesienia protestu, odwołania lub skargi do sądu. W wyroku z dnia 6.08.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 761/08 i KIO/UZP 775/08) KIO wskazała, że: „Unieważnienie postępowania z tej przyczyny, iż nie złożono ofert niepodlegających odrzuceniu, winno być obligatoryjnie poprzedzone procedurą odrzucenia tych ofert". Wskutek zaskarżenia czynności odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy, poprzedzającej unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, i przywrócenia wykonawcy do udziału w postępowaniu lub uznania za ważną odrzuconej wcześniej oferty odpada przesłanka wskazana w powyższym przepisie. Powyższe stanowisko zostało podzielone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 13.08.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1002/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Przywrócenie którejkolwiek z ofert do postępowania przekreśla istnienie przesłanki unieważnienia postępowania wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.". Wobec powyższego unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy musi zostać poprzedzone czynnościami odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców, aby umożliwić im zaskarżenie tychże czynności. Dopiero upływ terminu na wniesienie środka ochrony prawnej lub rozstrzygnięcie protestu wskutek jego oddalenia lub odrzucenia czyni ww. czynności wiążącymi dla zamawiającego i wykonawców.

Nie ulega wątpliwości, iż w przypadku kiedy zamawiający dopuścił w postępowaniu możliwość składania ofert częściowych instytucja unieważnienia postępowania odnosi się do każdej części z osobna. Powyższe wynika bezpośrednio z treści art. 93 ust. 2 ustawy, który stanowi, że: „Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio". Tego typu rozwiązanie jest jak najbardziej poprawne, gdyż nieracjonalnym byłoby, aby spełnienie przesłanki wskazanej w art. 93 ustawy w odniesieniu to którejkolwiek części postępowania pociągało za sobą konieczność unieważnienia postępowania w całości. Tym samym przesłanki unieważnienia postępowania winny być rozpatrywane dla każdej części z osobna i nie muszą być one tożsame dla poszczególnych części. W takim wypadku postępowanie może być również unieważnione w stosunku do poszczególnych części, zaś w odniesieniu do pozostałych zamawiający może udzielić zamówienia.

Niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania powinno poskutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 7.07.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 624/08), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Celem organizowania przetargu jest udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskaza-

nia wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy". Na doniosłość czynności unieważnienia postępowania i konsekwencje tej doniosłości wskazała KIO w wyroku z dnia 22.10.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1088/08), wskazując w uzasadnieniu wyroku, iż: „Unieważnienie postępowania, które jest obowiązkiem zamawiającego w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 p.z.p., jest bardzo ważną czynnością zamawiającego i czynność ta powinna mieć miejsce wyłączenie w sytuacjach ściśle odpowiadających treści wskazanego przepisu. Zamawiający nie ma prawa, nie naruszając przepisów p.z.p., unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaże, iż zachodzą przesłanki określone we wskazanych przepisach".

Jak wyżej zostało wskazane, aby nie dopuścić do nadużywania tej instytucji przez zamawiającego, norma prawna wyrażona w art. 93 ustawy ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej (*ius cogens*) przy jednoczesnym jej imperatywnym charakterze. Kolejnym elementem mającym zapobiegać nadużywaniu tej instytucji jest wyrażony w art. 93 ust. 3 ustawy obowiązek równoczesnego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia – w przypadku unieważnienia postępowania przed terminem składania ofert lub wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert. Dodatkowym wymogiem nałożonym na zamawiającego jest konieczność podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. Na istotną rolę tego obowiązku wskazała KIO w wyroku z dni 25 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 114/07) na przykładzie przesłanki w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, wskazując, że: „Dla zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym". W kolejnym wyroku z dnia 29.08.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 855/08) KIO odniosła się w sposób szerszy do roli obowiązku uzasadnienia przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując, że: „Zamawiający obowiązany jest dyspozycję art. 93 ust. 3 p.z.p. realizować w sposób wyczerpujący, bowiem uzasadnienie faktyczne jest niezbędne dla oceny przez wykonawcę, czy dana czynność Zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a więc czy dokonana została w sposób właściwy".

Powyższe umożliwia wykonawcom weryfikację poprawności dokonanej przez zamawiającego czynności i tym samym skorzystanie w odniesieniu do tej czynności ze środków ochrony prawnej. W wyroku z dnia 2.04.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 242/08) KIO wskazała krąg podmiotów, którym przysługuje prawo do wniesienia środków ochrony prawnej na czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania, wskazując że: „Bezspornie, wszystkim wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej na czynność unieważnienia postępowania, nawet jeżeli oferta wykonawcy została odrzucona". Na istotną rolę uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania na przykładzie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy wskazała KIO w wyroku z dnia 18.02.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 76/08) w uzasadnieniu którego czytamy, że: „Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem Zamawiającego. W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców. Zarówno istnienie interesu publicznego, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli". Ponadto w wyroku z dnia 25.02.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 107/08) KIO wskazała, że: „Czynność w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 następuje dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej skarżący ma interes prawny w domaganiu się ochrony prawnej. Unieważnienie jest bowiem dalszym

etapem postępowania, od której to czynności również przysługiwałyby środki prawnej w postaci protestu, odwołania, ewentualnie skargi". W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy ustawodawca zagwarantował mechanizm uniemożliwiający jej nadużycie zobowiązując zamawiającego na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Chroni to wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyroku z dnia 25.02.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 107/08) KIO wskazała, że: „Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że kwota najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zaś art. 86 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu podanie bezpośrednio przed składaniem ofert kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Istotą różnicy sformułowań określonych w wyżej wskazanych przepisach ustawy jest stworzenie możliwości dokonania zmian finansowych w okresie pomiędzy datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne". Wskazana w powyższym wyroku okoliczność powoduje, że kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie może być niższa od kwoty podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jednakże nic nie stoi na przeszkodzie, aby kwota ta była wyższa. Powyższe zostało poruszone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 18.06.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 542/08), w którym Izba wskazała, że: „Decydującym argumentem za obligatoryjnością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest kwota wynikająca z chwili otwarcia ofert. (…) Prawo roszczenia wykonawcy do pozytywnego zakończenia postępowania zatrzymuje się na kwocie podanej na otwarciu ofert przez zamawiającego. Decyzja zamawiającego o zwiększeniu środków jest decyzją suwerenną i wykonawcy w tym zakresie nie przysługuje żaden prawnie skuteczny środek". Na gwarancyjną rolę kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wskazała KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 7.07.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 613/08) wskazując, że: „Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość postępowania".

Ponadto w wyroku KIO z dnia 28 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 497/09) została wskazana bardziej ogólna wskazówka co do sposobu oceny przesłanek, którymi nie powinien kierować się zamawiający przesądzając o unieważnieniu postępowania. W powyższym wyroku Izba wskazała, iż: „Przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle i nie jest dopuszczalna w tym zakresie arbitralna, nieznajdująca faktycznego oparcia w przepisach decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania". W art. 93 ust. 4 ustawy ustawodawca zastrzegł dla wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty, w przypadku gdy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Powyższe jest jedną z uregulowanych w ustawie Prawo zamówień publicznych form zabezpieczenia wykonawców przed nadużywaniem przez zamawiającego tej instytucji.

W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do czynności unieważnienia postępowania:

Przykład nr 1

W ramach prowadzonego postępowania zamawiający w dniu 7 maja 2007 r., na dwa dni przed upływem terminu składania ofert, dokonał modyfikacji siwz poprzez wprowadzenie do przedmiaru 8 dodatkowych pozycji:

1) analogia – przebicie otworów w stropach,
2) przebicie otworów w ścianach na zaprawie wapiennej o grubości 2 cegieł,
3) przebicie otworów w ścianach na zaprawie wapiennej o grubości 1 ½ cegły,
4) zamurowanie przebić w ścianach z cegieł o grubości ponad 1 cegły,

5) zamurowanie przebić w stropach ceramicznych,
6) szafki naścienne do zabudowy ciepłomierzy mieszkaniowych,
7) ciepłomierz kompaktowy, zabudowany w szafce natynkowej – przelicznik LQM II-K, przetwornik przepływu JS90-0,6-NE DN15mm, czujnik temperatury,
8) zawory do regulacji c.o. proste RL V20, mosiężne – śrubunek z nastawą wstępną umożliwiającą odcięcie, opróżnienie i napełnienie instalacji.

Ponadto w dniu 8 maja 2007 r. dokonano kolejnej modyfikacji siwz, która dotyczyła podania prawidłowego rachunku bankowego, na który należało wpłacić wadium.

W związku z niezłożeniem wraz z ofertą kosztorysów ofertowych zamawiający w dniu 10 oraz 18 maja 2007 r. wezwał wykonawców: A oraz B o uzupełnienie ofert w niniejszym zakresie.

Informując w dniu 22 maja 2007 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający wskazał, iż w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 odrzucona została oferta złożona przez firmę B. Podstawą odrzucenia był brak uwzględnienia w złożonej ofercie pozycji przedmiaru wprowadzonych modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego. Wyżej wymieniony wykonawca złożył protest na nieuzasadnione odrzucenie jego oferty z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz na niedotrzymanie terminów związanych z modyfikacją siwz.

W dniu 5 czerwca 2007 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż termin otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu został wyznaczony na dzień 9 maja 2007 r., a w dniu 7 maja 2007 r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz, której treść zamieścił na własnej stronie internetowej. Ponieważ modyfikacja siwz wprowadzona została na 2 dni przed upływem terminu składania ofert, dwóch wykonawców nie uwzględniło jej w złożonych ofertach. Zamawiający uznał zatem, iż jest to zbyt krótki termin na wprowadzenie zmian w treści siwz, co jest przedmiotem złożonego protestu. W związku z powyższym, z uwagi na błędnie przeprowadzoną sesję otwarcia ofert zamawiający uznał, iż niniejsze postępowanie obarczone jest wadą, która uniemożliwia podpisanie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem należy je unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Ponadto zamawiający doprecyzował w wyjaśnieniach przekazanych do UZP przy piśmie z dnia 2 kwietnia 2009 r., że *postępowanie przetargowe ZPRW/ZP/4/2007 zostało unieważnione z uwagi na to, iż w trakcie otwarcia ofert i ich badania stwierdzono, że nie wszyscy wykonawcy złożyli wypełniony przedmiar robót, z uwagi na brak zapisu w materiałach przetargowych. Ponieważ sposób obliczenia ceny wynikający z zapisu w siwz obejmował wyliczenie ceny na podstawie przedmiaru robót. Wykonawcy winni byli złożyć oferty wraz z przedmiarem robót uwzględniającym modyfikację. Zamawiający wprowadził modyfikację nie przedłużając terminu otwarcia ofert, w związku z tym nie wszyscy wykonawcy ujęli modyfikację siwz w swoich ofertach.*

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający wezwał dwóch wykonawców do uzupełnienia kosztorysów ofertowych z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Bowiem zgodnie z treścią powyższego przepisu w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Kosztorys ofertowy nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 22.04.2008 r., syg. akt: KIO/UZP 321/08), co oznacza, że nie podlega uzupełnieniu przez wykonawców. Dodatkowo, zgodnie z art. 25 ust. 1, zamawiający może żądać tylko dokumentów wskazanych w siwz lub ogłoszeniu, co dodatkowo potwierdza brak podstaw do uzupełniania kosztorysów ofertowych, które nie były wymagane w specyfikacji. Tym samym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego istotne znaczenie mają zapisy rozdziału XII siwz przewidujące, że za wykonanie przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie ryczałtowe ustalane jest z góry w kwocie stałej i niezmiennej, niezależnie od faktycznego rozmiaru lub kształtu robót. Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kształtu prac (*vide* naruszenie opisane w pkt I.1).a)).

W świetle powyżej przedstawionej charakterystyki „ceny ryczałtowej", w sytuacji, gdy przedmiotem są roboty budowlane opisane przy pomocy projektu budowlano-wykonawczego instalacji centralnego ogrzewania wraz z przedmiarem oraz specyfikacją techniczną instalacji centralnego ogrzewania, w przypadku złożenia oferty niezawierającej lub zawierającej niepełny kosztorys ofertowy stwierdzić należy, iż oferta taka nie będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W powyższym przypadku decydujące znaczenie ma bowiem dokumentacja projektowa określająca zakres przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów, np.: wyrok z dnia 20.02.2006 r. (syg. akt UZP/ZO/0-430/06) wyrok z dnia 30.08.2007 r. (syg. akt UZP/ZO/0-1065/07), wyrok z dnia 27.09.2007 r. (syg. akt UZP/ZO/0-1163/07). Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż zgodnie z treścią formularza ofertowego (pkt 10), wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu oświadczali, iż w cenie ryczałtowej ujęli pełen zakres prac wynikający z przedmiotu zamówienia, projektu, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wizji w terenie oraz wszystkich innych dodatkowych elementów cenotwórczych.

Reasumując, opisywane okoliczności wskazują, iż zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy B z powołaniem się na dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z brakiem uwzględnienia w złożonej ofercie zmodyfikowanych pozycji przedmiaru robót. Przedmiar robót nie był bowiem wymagany w siwz, a ponadto miał jedynie charakter pomocniczy z uwagi na przyjęte wynagrodzenie ryczałtowe.

Jako podstawę unieważnienia niniejszego postępowania zamawiający wskazał art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zgodnie z dyspozycją powyższego przepisu zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Musi mieć ona charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady nieważna. Na gruncie ustawy Pzp, katalog przesłanek skutkujących nieważnością umowy wyszczególniony został w art. 146 ust. 1 niniejszego aktu. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli:

1) ogłoszenie o zamówieniu nie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że z przepisów ustawy nie wynika obowiązek publikacji ogłoszenia;
2) zamawiający udzielił zamówienia bez uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej, w szczególności zawarł umowę bez wymaganej zgody przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;
3) zamawiający zawarł umowę przed zakończeniem kontroli, o której mowa w art. 167;
4) zamawiający zawarł umowę przed upływem terminu do wszczęcia kontroli, o której mowa w art. 167;
5) zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy;
6) w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

Poza wprost wymienionymi w tym przepisie konkretnymi przyczynami nieważności przyczyną, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, jest również rażące naruszenie ustawy przy wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli każde poważne uchybienie w trakcie wyboru i oceny ofert oraz naruszenie, które miało wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do zasadności decyzji o unieważnieniu postępowania, mając na uwadze pomocniczy, informacyjny charakter kosztorysu ofertowego w przypadku składania oferty z ceną ryczałtową, niewielki zakres

wprowadzonych modyfikacji w zakresie przedmiotu zamówienia oraz uwzględniając wymienione w art. 146 ust. 1 przesłanki nieważności umowy, stwierdzić należy, iż w powyższej sytuacji nie zaistniały okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, ponieważ zamawiający mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty bez rażącego naruszenia przepisów ustawy oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Zamawiający podpisując umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia nie dopuściłby się zatem dwóch możliwych do zaistnienia w opisywanych okolicznościach przesłanek nieważności umowy wymienionych w art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6. W związku z powyższym zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania, gdyż przedmiotowe postępowanie nie było obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy. Dokonując czynności unieważnienia postępowania z powołaniem się na przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, zamawiający naruszył dyspozycję niniejszego przepisu.

Przykład nr 2

W dniu 19.05.2009 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy „z powodu braku interesu publicznego". Zamawiający stwierdził, iż wszczynając przedmiotowe postępowanie nie posiadał wiedzy o tym, że energooszczędne oprawy wybranej technologii są w trakcie ciągłego rozwoju i doskonalenia. Wydatkowanie na tym etapie znacznych środków publicznych na technologię, która jest w ciągłym rozwoju świadczyłoby o niegospodarności i niewłaściwym wydatkowaniu środków. Zamawiający wskazał także, iż udoskonalenie tej technologii następuje tak szybko, iż kontynuacja postępowania w tym czasie nie leży w interesie publicznym. W wyjaśnieniach z dnia 30.06.2009 r. przesłanych do UZP zamawiający wskazał, iż „w trakcie postępowania otrzymywał informacje telefoniczne dotyczące zamawianych opraw, które wskazywały na to, iż zamawiający nie zaoszczędzi na tych oprawach, a co gorsza światło generowane przez te oprawy będzie ciemniejsze, niż generują obecnie żarówki sodowe. Informacje te nie były jednak potwierdzone pisemnie i zamawiający nie mógł się do nich odnieść. Po otwarciu ofert, w trakcie postępowania przy ocenie ofert, zamawiający pozyskał informacje, iż oprawy LED, które zamierza zakupić, nie spełniają jego wymagań ani nie zapewniają efektów, które zamawiający zamierzał osiągnąć. Wobec powyższego zamawiający uznał, iż wydatkowanie środków publicznych na przedmiotowe oprawy nie leży w interesie publicznym. Gdyby zamawiający posiadał pełne informacje przed terminem składania ofert, postępowanie zostałoby unieważnione wcześniej (przed terminem składania ofert)."

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy zamawiający unieważnienia postępowania, jeżeli:

1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności,
2) powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
3) czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Przesłanki te muszą zaistnieć łącznie.

Dla zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym.

Ponadto celem udzielenia zamówienia publicznego jest pozyskanie przez zamawiającego określonego świadczenia niepieniężnego umożliwiającego mu wywiązanie się z zadań publicznych, składających się na realizację dobra publicznego. Zaplanowanie, a następnie wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia powinno być więc odpowiednie pod względem wysokości nakładów ekonomicznych względem zadań zamawia-

jącego. Po wszczęciu postępowania może jednak dojść do takiej zmiany okoliczności, że potrzeba udzielenia zamówienia staje się bezcelowa albo zachodzą inne przeszkody takie, że prowadzenie wszczętego postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżą już w interesie publicznym. Jeżeli zmiana okoliczności jest istotna, której obiektywnie nie można było wcześniej przewidzieć, zamawiający może unieważnić postępowanie o zamówienie publiczne jako bezcelowe.

Unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Aby zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. Powołanie się na powyższą przesłankę unieważnienia wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem „interes publiczny", który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12.03.1997 r. (sygn. akt: W 8/96) za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Powołując się na komentowaną przesłankę unieważnienia, zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10.07.2002 r. (V Ca 960/02) uznał, że „nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Należy więc przyjąć, że inne (...) potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Ponadto nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad interesem indywidualnym. Aby taka sytuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania".

W przedmiotowym postępowaniu odnośnie do zaistnienia pierwszej z przesłanek, tj. wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, należy stwierdzić, iż nie miała ona miejsca. Zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien dokładnie określić swoje potrzeby i cele, którym ma służyć udzielenie zamówienia. Zasadniczo bowiem celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku wystąpienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 ustawy, zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Należy jednak podkreślić, iż przesłanki unieważnienia postępowania zostały zawarte w katalogu zamkniętym i nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Nie sposób uznać, iż wszczynając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający przy dochowaniu należytej staranności nie mógł przewidzieć, iż „wydatkowanie środków publicznych na technologię, która jest w ciągłym rozwoju, świadczyłoby o niegospodarności i niewłaściwym wydatkowaniu środków". To na zamawiającym ciąży obowiązek opisania przedmiotu zamówienia z należytą starannością i dokonania rozpoznania rynku na etapie przed wszczęciem postępowania. Nie można uznać, iż zamawiający nie był świadomy, że technologia zastosowana w niniejszym postępowaniu podlega ciągłemu rozwojowi, gdyż jest to fakt notoryjny, a nie istotna okoliczność, która nastąpiła po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 01.12.2003 r., (sygn. akt V Ca 2224/03) „istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes pu-

bliczny, któremu miało służyć to postępowanie". Należy wyraźnie zaznaczyć, iż czymś innym jest cel zamówienia (stanowiący interes publiczny), który należało wykonać, a czymś innym środki finansowe przeznaczone na jego wykonanie.

Odnośnie do zaistnienia drugiej z przesłanek, tj. iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, należy stwierdzić, iż także nie miała ona miejsca. Trzeba bowiem pamiętać, że ocena, czy coś dzieje się w interesie publicznym, czy nie, dokonywana jest w momencie wszczynania postępowania. Wówczas bowiem podejmowana jest decyzja o wszczęciu postępowania. Ewentualne uznanie niniejszej przesłanki musiałoby być związane ze zmianą interesu publicznego, czyli celu zamówienia.

Nie sposób uznać, iż unieważnienie przedmiotowego postępowania, ze względu na nieznajdującą potwierdzenia w dokumentacji postępowania okoliczność ponoszenia wysokich kosztów związanych z realizacją niniejszego zamówienia, spowodowałoby, iż uzyskanie zamówienia nie leżałoby w interesie publicznym.

Nadto należy wyraźnie stwierdzić, iż interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-143/05 oraz wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-545/05). W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców.

Odnośnie do zaistnienia trzeciej z przesłanek, tj. nieprzewidywalności, należy również uznać, iż nie zaistniała w niniejszym postępowaniu powyższa przesłanka unieważnienia postępowania. Zamawiający wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania mógł, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, przewidzieć zmianę, na którą się powołuje, gdyż powyższe okoliczności muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny dla zamawiającego. Okoliczność, iż zamawiający w trakcie trwania postępowania dowiedział się o tym, że energooszczędne oprawy wybranej technologii są w trakcie ciągłego rozwoju i doskonalenia, nie wydaje się wystarczająca. Nikt bowiem nie zagwarantuje zamawiającemu, że w kolejnym postępowaniu, wszczętym przez niego po unieważnieniu niniejszego, energooszczędne oprawy wybranej technologii nie będą w trakcie rozwoju. Ponadto zamawiający powinien posiadać wiedzę o technologii, z której chce skorzystać i na etapie przed wszczęciem postępowania powinien zadecydować o celowości zorganizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy wskazać, iż zapisy w SIWZ świadczą o tym, że zamawiający posiadał wiedzę na temat technologii LED, którą sam wybrał i dokładnie oraz jednoznacznie określił. Ponadto udzielił konkretnych odpowiedzi na pytania wykonawców, które dookreśliły przedmiot zamówienia. Zamawiający nie może także tłumaczyć się niewiedzą o przedmiocie zamówienia na etapie oceny ofert, gdyż wskazywałoby to na jego niedbalstwo. Stosownie natomiast do art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Również powoływanie się zamawiającego w trakcie postępowania na otrzymanie telefonicznych informacji dotyczących zamawianych opraw, które wskazywałyby na to, iż zamawiający nie zaoszczędzi na tych oprawach nie można uznać za zaistnienie obiektywnej istotnej zmiany okoliczności postępowania.

W związku z powyższym należy wskazać, iż zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez zaistnienia przesłanek uprawniających go do takiego zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszył art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Przykład nr 3

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uzasadnił

unieważnienie przedmiotowego postępowania koniecznością odrzucenia jedynej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż wykonawca określił, iż informacje składające się na ofertę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane.

Należy zauważyć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia to na zamawiającym ciąży obowiązek badania zasadności dokonanego przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 4 ustawy zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji ze względu na zakwalifikowanie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Pzp (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezasadne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi natomiast przesłanki odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21.10.2005 r (sygn. akt III CZP 74/05). Zgodnie z treścią powyższej uchwały „negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 ustawy, zakazu ujawniania bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania".

Ewentualne zweryfikowanie zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby zatem odbyć się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a więc poprzez żądanie od wykonawcy wyjaśnień w rzeczonym zakresie.

Należy zatem stwierdzić, iż zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty, w przypadku gdy wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji informacje, które na podstawie ustawy Pzp i odrębnych ustaw są jawne. W przypadku takiego zastrzeżenia zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje.

Tym samym odrzucenie oferty z powodu jej zastrzeżenia, a w rezultacie unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W wyniku unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach, zamawiający naruszył jednocześnie przepis art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.