



**INFRASTRUKTURA
I ŚRODOWISKO**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



MINISTERSTWO
ROZWOJU
REGIONALNEGO

UNIA
EUROPEJSKA



**Przewodnik dla Beneficjenta
Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko**

Największe zagrożenia w procedurze udzielania zamówień publicznych

Warszawa, styczeń 2010

Spis treści:

Wstęp

Wykaz skrótów

Część I. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Rozdział I. Opis przedmiotu zamówienia

Przykład 1 - produkt równoważny

Przykład 2- opis utrudniający uczciwą konkurencję

Rozdział II. Szacowanie wartości zamówienia

Przykład 3 - dzielenie zamówień - roboty budowlane

Przykład 4 - dzielenie zamówień – dostawy

Rozdział III. Wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Przykład 5 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki - jedyny

wykonawca, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia

Przykład 6 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki - konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia

Przykład 7 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki - zamówienie dodatkowe

Przykład 8 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki – zamówienie dodatkowe

Przykład 9 zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki – zamówienie dodatkowe

Przykład 10 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki – przyczyny techniczne i zamówienie dodatkowe

Przykład 11 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki – zamówienie uzupełniające

Przykład 12 zamówienie udzielone w trybie zapytania o cenę

Rozdział IV. Nieuzasadnione ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

1. Podwykonawstwo:

Przykład 13 - ograniczenie podwykonawstwa

2. Stosowanie procedury ograniczonej przyśpieszonej:

Przykład 14 - brak wystarczającego uzasadnienia dla zastosowania procedury przyspieszonej

3. Zmiana treści SIWZ:

Przykład 15 - zmiana treści SIWZ w zakresie informacji zawartej również w ogłoszeniu o zamówieniu bez publikacji sprostowania ogłoszenia w Dzielniku Urzędowym Unii Europejskiej

Przykład 16 - przedłużenie terminu składania ofert bez publikacji sprostowania ogłoszenia w Dzielniku Urzędowym Unii Europejskiej

Rozdział V. Naruszenia dotyczące określenia warunków udziału w postępowaniu

Przykład 17 - warunek prowadzenia działalności przez minimum 3 lata

Przykład 18 - warunek dysponowania potencjałem technicznym na etapie składania oferty

Przykład 19 - warunek posiadania doświadczenia w realizacji zamówień w Polsce

Przykład 20 - warunek posiadania doświadczenia w realizacji zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej

Przykład 21 - nadmierne warunki udziału w postępowaniu stawiane wykonawcom występującym wspólnie (konsorcjum)

Rozdział VI. Dokumenty żądane od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu

Przykład 22 – żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania

Przykład 23 – brak określenia w ogłoszeniu dokumentów, jakie zobowiązani są złożyć wykonawcy zagraniczni

Rozdział VII. Kryteria oceny ofert

Przykład 24 – kryteria dotyczące właściwości wykonawcy

Przykład 25 – kryterium dotyczące właściwości wykonawcy

Część II. Ocena ofert

Rozdział I. Wykluczenie wykonawcy w związku z uchybieniami dotyczącymi wniesienia wadium

Przykład 26 - forma dokumentu wadium

Przykład 27 – wadium wnoszone przez konsorcjum

Rozdział II. Wyjaśnienia dotyczące treści ofert

1. Zakres wyjaśnień treści oferty

Przykład 28 – niedozwolone wyjaśnienie treści oferty

2. Rażąco niska cena

Przykład 29 - wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny

Rozdział III. Poprawianie omyłek w ofertach

1. Oczywista omyłka pisarska

2. Oczywista omyłka rachunkowa

3. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

Przykład 30 – inna omyłka

Przykład 31 – inna omyłka

Część III. Udzielanie zamówień wykonawcom powiązanym z zamawiającym (zamówienia „in house”)

Część IV. Udzielanie zamówień na usługi niepriorytetowe a zasady wynikające z Traktatu WE

Rozdział I. Regulacja art. 5 ustawy Pzp

Rozdział II. Przestrzeganie zasad wynikających z Traktatu WE

Wydatki z funduszy pochodzących z Unii Europejskiej muszą być dokonywane zgodnie z obowiązującym prawem polskim oraz prawem wspólnotowym. Na szczególną uwagę w tym zakresie zasługuje obowiązek przestrzegania przepisów obowiązujących w obszarze zamówień publicznych (krajowych oraz europejskich).

Zgodnie z „Wytycznymi w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko” beneficjenci tego Programu zobowiązani są do zawierania umów, z tytułu których będą ponosić wydatki kwalifikowalne dla zadań objętych projektem, z uwzględnieniem procedur przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, gdy wymóg jej stosowania wynika z tej ustawy. Wytyczne ustanawiają jednocześnie zasady zawierania umów, do których nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem każdy wydatek, aby móc zostać uznany za kwalifikowany musi spełniać reguły wyznaczone przez ww. Wytyczne. Natomiast, wydatki poniesione na podstawie umowy, która **została zawarta z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych mogą zostać uznane za niekwalifikowalne** w całości lub w części, w zależności od wagi tego naruszenia.

Na przestrzeganie procedur zamówieniowych ogromny nacisk kładzie Komisja Europejska, która w wyniku prowadzonych audytów opracowała „Wytyczne do określania korekt finansowych nakładanych na wydatki ponoszone z funduszy strukturalnych w przypadku naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych”. Na tej podstawie Ministerstwo Rozwoju Regionalnego przyjęło dokument pn.: „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który w ramach PO IiŚ funkcjonuje jako załącznik nr 10 do Wytycznych w zakresie kontroli realizacji PO IiŚ. Dokument ten, zwany roboczo „taryfikatorem” został dostosowany do specyfiki polskiego systemu udzielania zamówień publicznych. W przypadku najpoważniejszych naruszeń korekty sięgają 100% otrzymanego dofinansowania (w stosunku do danych naruszeń wymienionych w opracowaniu podano przykładowo stawki korekt finansowych).

Należy przy tym zwrócić uwagę, że z udzielaniem zamówień publicznych wiąże się najwięcej problemów. Spośród nieprawidłowości przy wdrażaniu funduszy w latach 2004-2008 najwięcej wiązało się z obszarem udzielania zamówień publicznych. Niemal co trzecia wykryta nieprawidłowość dotyczyła kwestii związanych z błędami w stosowaniu PZP.

Dodatkowo, podkreślenia wymaga, że przestrzeganie zasad zawierania umów jest obszarem szczególnego zainteresowania służb kontrolnych i audytowych, działających na szczeblu krajowym, a także UE. Zgodnie z przyjętym systemem weryfikacji zamówień w ramach PO IiŚ, przestrzeganie zasad zawierania umów badane jest w ramach wszystkich projektów, zatem każde zamówienie może zostać potencjalnie objęte kontrolą.

Tym samym, realny sukces w korzystaniu z dobrodziejstw związanych z możliwością finansowania zamówienia ze środków UE zależy w dużym stopniu od tego, czy beneficjent wybierze wykonawców zamówień realizowanych w ramach projektu zgodnie z regulacjami obowiązującymi w dziedzinie zamówień publicznych. Zatem wysiłek przeznaczony na staranne przygotowanie postępowań na pewno nie będzie można uznać za stracony, jeżeli pozwoli uniknąć błędów i wiążących się z tym kar finansowych.

Z tego powodu przekazujemy w Państwa ręce niniejszy Przewodnik, zwracający uwagę na najczęściej występujące zagrożenia w procedurze udzielania zamówień publicznych zidentyfikowane podczas wdrażania projektów współfinansowanych ze środków wspólnotowych realizowanych z perspektywie 2000-2006, opracowany w oparciu o przykłady naruszeń stwierdzonych w dotychczasowych kontrolach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz audytach przeprowadzonych przez służby Komisji Europejskiej (w opracowaniu wykorzystano okresowe raporty z wyników kontroli UZP, Informatory UZP, a także informacje o wyniku kontroli Prezesa UZP, raporty z audytów Komisji Europejskiej).

Mamy nadzieję, że niniejszy Przewodnik pogłębi Państwa świadomość w tym zakresie i co za tym idzie – ograniczy liczbę popełnianych naruszeń, które mogłyby pociągać za sobą poważne konsekwencje finansowe.

Wykaz skrótów:

Beneficjent – beneficjent w rozumieniu art. 5 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. Nr 227, poz. 1658);

BZP – Biuletyn Zamówień Publicznych;

Dyrektywa 2004/18/WE – dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi;

Dyrektywa 2004/17/WE – dyrektywa 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;

Dyrektywa 93/38/EWG – dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji;

ETS – Europejski Trybunał Sprawiedliwości;

KIO – Krajowa Izba Odwoławcza;

PO IiŚ – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko;

Projekt – projekt w rozumieniu art. 5 pkt 9 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. Nr 227, poz. 1658);

SIWZ – specyfikacja istotnych warunków zamówienia;

Taryfikator - dokument przyjęty przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego pt.: „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”;

Traktat WE – Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana traktatu opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 maja 2008 roku nr C 155);

Ustawa Pzp – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm., ost. zm. Dz. U. z 2009 r. Nr 223 poz. 1778) ;

UE – Unia Europejska;

UZP – Urząd Zamówień Publicznych;

Zamawiający – podmiot zobowiązany do stosowania procedur ustawy Pzp;

Część I

Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Rozdział I. Opis przedmiotu zamówienia

Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia należy rozpocząć od opisanego jego przedmiotu - zamawiający musi przede wszystkim wiedzieć, co chce kupić (zamówić). Art. 29 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Co do zasady ustawa Pzp zakazuje też opisywania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Regulacja ta ma na celu realizację naczelnego zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych - uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, które zostały wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 10 Dyrektywy 2004/17/WE.

Wyjątek dopuszczający opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został uregulowany w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten należy traktować w charakterze odstępstwa od zasady, tj. taki opis może być stosowany tylko w szczególnych sytuacjach, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. W przypadku opisanego przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych obowiązkiem zamawiającego jest dopuszczenie składania ofert równoważnych, co nadaje wymienionym w opisie konkretnym produktom charakter przykładowy. Dopuszczając składanie ofert równoważnych zamawiający ma obowiązek dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert (precyzyjnego określenia parametrów technicznych i wymogów jakościowych), tak by nie było wątpliwości, jaki produkt spełnia wymaganie równoważności z produktem, który został wymieniony w opisie przedmiotu zamówienia poprzez zastosowanie znaku towarowego. W praktyce w opisie przedmiotu zamówienia muszą więc znaleźć się określenia precyzujące oczekiwania zamawiającego w odniesieniu do wymaganej przez niego „równoważności” oferty.

Przykład 1 - produkt równoważny

Zamawiający w ramach realizacji projektu prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którego zakres wchodziło wykonanie elewacji wraz z dociepleniem budynku. W SIWZ zamawiający wskazał, iż „Ocieplenie należy wykonać metodą lekką „ATLAS STOPTER”. Zamawiający nie dopuścił przy tym możliwości składania ofert równoważnych.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

W wyniku kontroli stwierdzono, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała sytuacja określona w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp uzasadniająca użycie w opisie przedmiotu zamówienia znaku towarowego, ponieważ przedmiot zamówienia można było opisać w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez używania nazw własnych, które wskazują na konkretnego producenta. Kontrola zauważyła także, iż zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia ofert równoważnych.

W ocenie UZP na rynku istnieją inne metody wykonania ocieplenia, a więc wskazanie metody konkretnej firmy narusza podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, co w konsekwencji skutkuje nieważnością zawartej przez beneficjenta umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Przykład 2- opis utrudniający uczciwą konkurencję

Zamawiający w ramach realizacji projektu prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące dostawy komputerów stacjonarnych. Zamawiający opisał parametry procesora komputera za pomocą częstotliwości taktowania zegara (GHz).

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

W wyniku kontroli stwierdzono, iż określenie parametrów procesora komputera za pomocą częstotliwości taktowania zegara wskazuje na produkty firmy Intel, gdyż wydajność procesorów produkowanych z zastosowaniem innych technologii niż stosowana przez firmę Intel powinna być mierzona przy łącznym uwzględnieniu częstotliwości zegara i współczynnika instrukcji na cykl. Urząd wskazał, że opisując wydajność procesora komputera zamawiający powinien odnieść się do niedyskryminującego testu wzorcowego (benchmark), który uwzględnia ww. kryteria. Samo odniesienie do częstotliwości taktowania zegara dyskryminuje produkty o takiej samej lub wyższej wydajności, która jednak wynika z wyższego współczynnika IPC, przy niższej częstotliwości taktowania zegara (np. procesory AMD).

W ocenie UZP poprzez opisanie parametrów procesora przez odniesienie do częstotliwości taktowania zegara, zamawiający utrudnił uczciwą konkurencję i naruszył przepis art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, bez dopuszczenia składania ofert równoważnych - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania,
- opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - skutkuje korektą w wysokości 10% dofinansowania,
- opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych określeń lub bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty - skutkuje korektą w wysokości 5% dofinansowania,

- opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych z dopuszczeniem składania ofert równoważnych, pomimo iż nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia - skutkuje korektą w wysokości 5% dofinansowania.

W przypadku postępowania o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE wysokości korekt finansowych przewidziane w „taryfikatorze” dla tego rodzaju naruszeń są następujące:

- opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, bez dopuszczenia składania ofert równoważnych - skutkuje korektą w wysokości 10% dofinansowania,
- opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - skutkuje korektą w wysokości 10% dofinansowania,

Uwagi praktyczne:

Jako zamawiający - beneficjent środków UE musisz zadbać o to, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich Twoich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowywane przez wykonawców oferty. Oznacza to w szczególności konieczność wskazania w opisie wszystkich elementów, które mają wpływ na skalkulowanie przez wykonawców ceny oferty. Pamiętaj, iż zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji. Organ kontroli nie musi więc ustalić, iż poprzez zastosowanie określonych zapisów SIWZ w rzeczywistości doszło do ograniczenia konkurencji.

Nie dopuszczaj nigdy do zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na:

- konkretny wyrób albo
- konkretnego wykonawcę (dotyczy to zarówno całego przedmiotu zamówienia jak i jego części np. materiałów z których ma zostać wykonany).

Nie ma mowy o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nawet określony znakiem towarowym, wystarczy, że jego parametry określone są tak, że możliwe jest ich wypełnienie tylko przez jeden konkretny produkt. Jednocześnie pamiętaj o tym, że w przypadku dopuszczania składania ofert równoważnych jesteś zobowiązany do dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert, tak by było wiadome, jaki produkt jest produktem „równoważnym”, a jaki nie.

W przypadku zamówienia na wykonanie roboty budowlanej konieczna jest szczegółowa weryfikacja dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, pod kątem zamieszczenia w niej treści naruszających ustawę Pzp, w szczególności znaków towarowych. Zlecając zewnętrznemu wykonawcy przygotowanie takiej dokumentacji wskaż w

umowie, że specyfikacja techniczna nie może wskazywać na konkretne produkty, patenty czy pochodzenie materiałów budowlanych.

Rozdział II. Szacowanie wartości zamówienia

Kolejną czynnością w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia jest oszacowanie jego wartości (określenie wartości szacunkowej zamówienia). Od tego, jaka jest wartość szacunkowa zamówienia zależy, czy zamawiający ma obowiązek zastosować ustawę Pzp, a jeżeli tak – jaką procedurę. Przekroczenie określonych przepisami kwot zobowiązuje zamawiającego do zastosowania w prowadzonym postępowaniu bardziej rygorystycznych przepisów odnoszących się m.in. do miejsca publikacji ogłoszenia o zamówieniu, dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też terminów składania ofert (tzw. procedura unijna), jeżeli zaś wartość zamówienia nie przekracza tych kwot zamawiający stosuje tzw. procedurę krajową.

Kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (tzw. procedura unijna) określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241 poz. 1762). Rozporządzenie to określa różne wartości progowe, w zależności od rodzaju zamawiającego oraz rodzaju zamówienia.

Kwoty, od których Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie według reguł właściwych dla tzw. procedury unijnej prezentuje poniższa tabela:

Lp.	Rodzaj zamawiającego/ zamówienia:	Obowiązek przekazania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich powstaje jeżeli:
1	Zamawiający z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, jednostek badawczo-rozwojowych, państwowych instytucji kultury oraz podsektora samorządowego, a także zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej.	Wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: <ul style="list-style-type: none">• 133.000 euro - dla dostaw lub usług,• 5.150.000 euro - dla robót budowlanych.
2	Zamawiający inny niż określony w Lp.1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w Lp. 3.	Wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: <ul style="list-style-type: none">• 206.000 euro - dla dostaw lub usług,• 5.150.000 euro - dla robót budowlanych.

3	Zamówienia sektorowe.	Wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: <ul style="list-style-type: none"> • 412.000 euro - dla dostaw lub usług, • 5.150.000 euro - dla robót budowlanych.
---	-----------------------	---

W dniu 1 stycznia weszło w życie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 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).

W treści ww. dokumentu zostały obniżone kwoty zamówień lub konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ww. ogłoszeń, a co za tym idzie obowiązek stosowania w pełni reguł zawartych w dyrektywie 2004/18/WE albo w dyrektywie 2004/17/WE.

Lp.	Rodzaj zamawiającego/ zamówienia:	Obowiązek przekazania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich powstaje jeżeli:
1	Zamawiający z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, jednostek badawczo-rozwojowych, państwowych instytucji kultury oraz podsektora samorządowego, a także zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej.	Wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: <ul style="list-style-type: none"> • 125.000 euro - dla dostaw lub usług, • 4.845.000 euro - dla robót budowlanych.
2	Zamawiający inny niż określony w Lp.1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w Lp. 3.	Wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: <ul style="list-style-type: none"> • 193.000 euro - dla dostaw lub usług, • 4.845.000 euro - dla robót budowlanych.
3	Zamówienia sektorowe.	Wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: <ul style="list-style-type: none"> • 387.000 euro - dla dostaw lub usług, • 4.845.000 euro - dla robót budowlanych.

Szczegółowo problematykę ustalania wartości szacunkowej zamówienia regulują art. 32–35 ustawy Pzp.

Podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia jest, zgodnie z art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, całkowite szacunkowe wynagrodzenie, jakie zostanie zapłacone wybranemu wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (VAT), ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

W przypadku udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartość zamówienia określana jest jako łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Właśnie dzielenie zamówienia jest najczęstszym naruszeniem ustawy Pzp popełnianym przez zamawiających w procesie przygotowania postępowania.

Przykład 3 - dzielenie zamówień - roboty budowlane

Zamawiający w ramach realizacji projektu dotyczącego rozbudowa infrastruktury technicznej miasta, przeprowadził pięć postępowań o udzielenie zamówień publicznych (projekt obejmował pięć zadań). Każde z postępowań przeprowadzone zostało w trybie przetargu nieograniczonego.

Przedmiotem jednego z zamówień była modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody, w pozostałych czterech przypadkach przedmiotem zamówienia była budowa sieci wodnokanalizacyjnej w mieście tj.:

- budowa sieci wodnokanalizacyjnej na terenie kompleksu usług motoryzacyjnych,
- budowa sieci wodnokanalizacyjnej na terenie kompleksu usługowo-mieszkaniowego,
- budowa sieci wodnokanalizacyjnej na terenie strefy aktywności gospodarczej,
- budowa sieci wodnokanalizacyjnej na terenie kompleksu mieszkaniowego.

Szacunkowa wartość zamówień w zakresie budowy sieci wodnokanalizacyjnej została ustalona przez zamawiającego odrębnie dla każdego z czterech postępowań, na podstawie kosztorysów inwestorskich odpowiednio na kwoty:

6 174 000,00 PLN (tj. 1 525 649,90 euro),

3 850 000,00 PLN (tj. 951 368,98 euro),

5 101 000,00 PLN (tj. 1 260 502,12 euro),

6 033 000,00 PLN (tj. 1 490 807,55 euro).

Każde z tych postępowań przeprowadzone zostało z zastosowaniem przepisów właściwych dla tzw. procedury krajowej, bowiem według ww. ustaleń zamawiającego wartość każdego z zamówień nie przekraczała równowartości kwoty 5.150.000 euro.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

W wyniku kontroli ustalono, że szacunkowa wartość kontrolowanych zamówień w zakresie budowy sieci wodnokanalizacyjnej na terenie miasta powinna być ustalona łącznie dla

czterech postępowań i wynosić 21.158.000,00 PLN (tj. 5.228.328,55 euro). W ocenie kontrolujących ustalenie przez zamawiającego wartości zamówień odrębnie w stosunku do czterech części zamówienia stanowiło naruszenie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp.

W swych wyjaśnieniach beneficjent wskazał, iż art. 32 ust 4 ustawy Pzp nie ma zastosowania do realizowanego przezeń projektu, gdyż w projekcie tym wyszczególniono całkowicie odrębne zadania. Każde z zadań posiadało odrębną lokalizację, osobną dokumentację projektową, dokumentację techniczną i formalno – prawną, w tym osobne pozwolenie na budowę. W ocenie beneficjenta 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 beneficjent podkreślił, iż zgodnie z definicją zawartą w ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tekst jedn. Dz.U. z 2006 roku, Nr 156, poz. 1118 ze zm.) każda z robót objętych projektem jest odrębnym obiektem budowlanym.

Przyjęty przez zamawiającego-beneficjenta sposób szacowania spowodował, że wartość żadnego z ww. postępowań nie przekraczała równowartości kwoty właściwej dla tzw. procedury unijnej, (5.150.000,00 euro), a więc zamawiający nie przekazał ogłoszeń o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ogłoszenia o zamówieniach zostały zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W wyniku kontroli, UZP powołał art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Z udzielaniem zamówienia w częściach mamy do czynienia w przypadku, gdy zamawiający z góry przewiduje zakres całego zamówienia i może go udzielić jednorazowo, lecz z jakichś względów (np. organizacyjnych, technicznych czy gospodarczych) podejmuje on decyzję o udzielaniu go w ramach kilku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku dla każdego odrębnego postępowania, prowadzonego w celu udzielenia części zamówienia, przyjmuje się że ma ono wartość ustaloną dla całego zamówienia i ona jest decydująca dla zastosowania właściwej procedury udzielania zamówień (unijnej bądź krajowej).

W ocenie UZP w niniejszym przypadku doszło do podzielenia zamówienia na części, gdyż:

- Przedmiotowe roboty wodnokanalizacyjne 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.
- Wszystkie zamówienia zostały udzielone przez jednego zamawiającego.
- Zamówienia na budowę sieci wodnokanalizacyjnych z uwagi na ich podobieństwo mogły być wykonane przez jedno przedsiębiorstwo. Do ich realizacji niezbędna była analogiczna wiedza fachowa oraz jednakowego rodzaju potencjał techniczny.
- 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.

- We wszystkich czterech postępowaniach oferty złożyli niemal ci sami wykonawcy, co dodatkowo potwierdza, że roboty stanowiące przedmiot zamówienia w każdym z czterech postępowań miały jednolity charakter.

łącznie szacowana wartość kontrolowanych zamówień w zakresie budowy sieci wodnokanalizacyjnej wynosiła 5.228.328,55 euro, a więc przekraczała kwotę obligującą do prowadzenia postępowania w tzw. procedurze unijnej. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia, stanowiło naruszenie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp i skutkowało brakiem zamieszczenia ogłoszeń o zamówieniach w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Pzp). Takie naruszenie skutkuje również nieważnością zawartej umowy w sprawie zamówienia (zamówień) na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzecznictwo ETS:

W przedmiocie zakazanego podziału zamówienia na części wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości¹. Wyrok odnosił się do przepisu dyrektywy, który wskazywał, że zamawiający nie mogą obchodzić postanowień dyrektywy poprzez dzielenie zamówienia na części lub używanie specjalnych metod obliczania wartości zamówień (art. 14 pkt 13 dyrektywy 93/38/EWG). Zgodnie z art. 6 pkt 4 dyrektywy zamówienie nie mogło być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania dyrektywy - jeżeli obiekt budowlany podzielony został na kilka części, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego zamówienia, wartość każdej z tych części powinna być dodana w celu obliczenia wartości zamówienia.

Zdaniem ETS zasadnicze znaczenie dla ustalenia, czy mamy do czynienia z zamówieniem na jeden obiekt budowlany ma to, czy wynik całości robot budowlanych lub inżynierskich może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Tym samym ocena czy w konkretnym przypadku należy przyjąć, że mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym (jednym zamówieniem) powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które obiekt będzie spełniał. Podobne funkcje gospodarcze i techniczne obiektu powodują, iż przy szacowaniu wartości zamówienia należy brać pod uwagę całość robot budowlanych, nawet jeżeli zamówienia są udzielane w ramach kilku postępowań. Ponadto, ETS wskazał, iż istnienie jednego podmiotu zamawiającego i możliwość wykonania przez wykonawcę całości robót może stanowić dowód potwierdzający istnienie jednego obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy, a więc jednego zamówienia, które może być udzielone w częściach, ale dla którego ustala się łącznie wartość zamówienia.

Korekty finansowe:

¹ Wyrok z dnia 5 października 1998r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). Wyrok zapadł na gruncie dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedurę udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- Niedopełnieniu obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego UE przy jednoczesnym niezamieszczeniu ogłoszenia ani na stronie internetowej zamawiającego, ani na ogólnodostępnym portalu przeznaczonym do publikacji ogłoszeń, ani w BZP ani w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim; wskazane przypadki naruszeń ww. przepisów należy stosować w powiązaniu z naruszeniem art. 32 ust. 2 Pzp, tj. podziałem zamówienia na części lub zaniżeniem jego wartości, który powoduje że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - skutkuje korektą w wysokości 100% dofinansowania,
- Niedopełnieniu obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego UE przy jednoczesnym zamieszczeniu ogłoszenia w jeden z ww. sposobów; wskazane przypadki naruszeń ww. przepisów należy stosować w powiązaniu z naruszeniem art. 32 ust. 2 Pzp, tj. podziałem zamówienia na części lub zaniżeniem jego wartości, który powoduje że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania.

Uwagi praktyczne:

Dla ustalenia, iż w danym przypadku masz do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli zamierzasz udzielać zamówień o podobnym przedmiocie, które mogą być wykonane przez jedno przedsiębiorstwo, do ich realizacji niezbędna jest analogiczna wiedza fachowa oraz zbliżony potencjał techniczny - ustal wartość zamówienia łącznie dla wszystkich postępowań, które zamierzasz przeprowadzić tj. przyjmij, że masz do czynienia z jednym zamówieniem.

Ustalenie, że masz do czynienia z jednym zamówieniem nie oznacza jednak, że musisz przeprowadzić jedno postępowanie i wybrać jednego wykonawcę. Jeżeli przedmiot jest podzielny Zamawiający może bowiem przeprowadzić kilka postępowań, z tym że zobowiązany jest, aby prowadzić każde z tych postępowań zgodnie z przepisami właściwymi dla wartości całego zamówienia.

Zamawiający ma kilka możliwości realizacji zamówienia którego wartość oszacował łącznie, a które z uwagi na swój przedmiot jest podzielne.

Przykład:

Zamawiający planuje w 2010 roku budowę sieci wodnokanalizacyjnych na terenie dzielnicy miasta X. Przedmiotowe zamówienie obejmuje wykonanie sieci wodnokanalizacyjnych w ulicach: Kochanowskiego, Mickiewicza i Warszawskiej. Każda z inwestycji ma oddzielne pozwolenie na budowę oraz kosztorys inwestorski. Kosztorysy te opiewają na kwoty:

- ul. Kochanowskiego – 1.000.000 euro,
- ul. Mickiewicza – 4.000.000 euro,

- ul. Warszawska – 1.240.000 euro.

Zamawiający może zrealizować inwestycje w następujący sposób:

Zamawiający może:	Przedmiot	Wartość zamówienia	Procedura	Uwagi
Przeprowadzić jedno postępowanie (<u>bez podziału na części</u>).	Wykonanie sieci wodnokanalizacyjnych w ulicach: Kochanowskiego, Mickiewicza, Warszawskiej.	6.240.000,00 euro	Procedura unijna	
Przeprowadzić jedno postępowanie z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych.	Część 1: Wykonanie sieci wodnokanalizacyjnych w ulicy: Kochanowskiego. Część 2: Wykonanie sieci wodnokanalizacyjnych w ulicy: Mickiewicza. Część 3: Wykonanie sieci wodnokanalizacyjnych w ulicy: Warszawskiej.	6.240.000,00 euro	Procedura unijna	Wykonawcy składają oferty na 1 lub kilka części w zależności od wyboru wykonawcy i postanowień SIWZ.
Przeprowadzić kilka odrębnych postępowań. <u>Każde z tych postępowań musi być prowadzone w procedurze właściwej dla łącznej wartości zamówienia tj. 6.240.000,00 euro.</u>	<u>1 postępowanie:</u> Wykonanie sieci wodnokanalizacyjnych w ulicy: Kochanowskiego. <u>2 postępowanie:</u> Wykonanie sieci wodnokanalizacyjnych w ulicy: Mickiewicza. <u>3 postępowanie:</u> Wykonanie sieci wodnokanalizacyjnych w ulicy: Warszawskiej.	6.240.000,00 euro 6.240.000,00 euro 6.240.000,00 euro	Procedura unijna Procedura unijna Procedura unijna	Zamawiający może przeprowadzić kilka postępowań uruchamiając te postępowania w dogodnym dla siebie terminie. W tym jednak wypadku każde z postępowań (mimo, iż wartość części zamówienia nie przekracza 5.150.000,00 euro) powinno być przeprowadzone w tzw. procedurze

				unijnej.
--	--	--	--	----------

Przykład 4 - dzielenie zamówień – dostawy

Zamawiający w ramach realizacji projektu prowadził postępowanie na dostawę sprzętu medycznego. Zamawiający oszacował wartość zamówienia biorąc pod uwagę kwotę przewidzianą w budżecie projektu, tj. kwotę 899.335,00 PLN, co stanowi równowartość 205.000,00 euro.

Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego według procedury właściwej dla tak oszacowanego zamówienia, a więc tzw. procedury krajowej.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

UZP ustaliło, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego objęte kontrolą było piątym z kolei postępowaniem, dotyczącym tego samego przedmiotu. Urządzenia zamawiane w ramach tego postępowania zamawiane były przez zamawiającego wcześniej (szacunkowa wartość zamówienia wynosiła wówczas 178.709,83 euro). Zatem łączna szacunkowa wartość wszystkich zamawianych urządzeń medycznych tego samego rodzaju w dwóch postępowaniach wyniosła 383.709,83 euro (205.000,00 euro + 178.709,83 euro), czyli przekroczyła kwotę 211.000 euro. W ocenie UZP oznacza to, że zamawiający wadliwie oszacował wartość zamówienia - dokonał podziału zamówienia na dwie części.

Wskutek odrębnego oszacowania wartości zamówienia dla każdego z postępowań zamawiający zastosował do ich udzielenia przepisy właściwe dla tzw. procedury krajowej. Biorąc pod uwagę tożsamość przedmiotu zamówienia zamawiający powinien był zsumować wartości dwóch zamówień objętych postępowaniami i w przypadku każdego z tych postępowań zastosować procedurę wynikającą z zsumowanej wartości tj. procedurę unijną.

W niniejszym przypadku doszło do zakazanego podzielenia zamówienia na części, gdyż wszystkie zamawiane w dwóch postępowaniach urządzenia:

- mają niemal identyczne przeznaczenie medyczne,
- mogą zostać nabyte u tej samej grupy wykonawców.

Zamawiający naruszył więc regulacje art. 32 ust. 1 oraz art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Dokonany przez zamawiającego podział zamówienia miał wpływ na zaniechanie prowadzenia postępowania w procedurze unijnej dlatego UZP uznało, że przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne (art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp).

Niniejszy przypadek wraz ze wskazaniem prawidłowych działań, jakich powinien dokonać beneficjent obrazuje poniższa tabela:

Postępowanie	Wartości zamówienia ustalone przez zamawiającego	Zastosowana przez zamawiającego procedura	Prawidłowe ustalenie wartości	Prawidłowa procedura, którą powinien być zastosować zamawiający
Postępowanie nr 1 na dostawę sprzętu medycznego	178.709,83 euro	Procedura krajowa	383.709,83 euro (205 000 euro + 178 709,83 euro)	Procedura unijna
Postępowanie nr 2 na dostawę sprzętu medycznego	205.000,00 euro	Procedura krajowa	383.709,83 euro (205 000 euro + 178 709,83 euro)	Procedura unijna

Uwagi praktyczne:

Przystępując do szacowania wartości zamówienia ustal z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw, czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierzasz nabyć i oszacuj ich łączną wartość, niezależnie od tego czy zamierzasz je nabyć w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań.

Dla ustalenia czy w danym przypadku masz do czynienia z jednym zamówieniem, bierz pod uwagę:

- tożsamość przedmiotową zamówienia,
- udzielanie zamówień w stosunkowo bliskim odstępie czasu,
- możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Z odrębnymi zamówieniami masz do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. wykonanie poszczególnych zamówień wymaga spełnienia przez wykonawców odmiennych warunków). W przeciwnym wypadku, uznaj, iż masz do czynienia z jednym zamówieniem, którego wartość należy oszacować łącznie.

Korekty finansowe:

Powyższe naruszenie art. 32 ust. 1 i art. 32 ust. 4 ustawy Pzp nie jest bezpośrednio objęte korekta finansową. Jednak ze względu na fakt, że zamawiający nie zastosował tzw. „procedury

unijnej” i co za tym idzie nie przekazał ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, należy zastosować korektę finansową w wysokości 25% (pkt. 2 Tabeli nr 1 taryfikatora)

Rozdział III. Wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Oznacza to, iż beneficjent udzielający zamówienia publicznego powinien stosować przede wszystkim te tryby. Korzystanie z innych trybów udzielania zamówień jest dozwolone tylko w przypadkach określonych enumeratywnie w ustawie Pzp.

Pozaprzetargowe tryby udzielania zamówień stanowią wyjątki od obowiązku stosowania trybów podstawowych dlatego przepisy normujące przypadki, w których można wybrać inne tryby należy interpretować ściśle. Wyjątkowa ostrożność powinna towarzyszyć wyborowi trybu udzielania zamówień nie przewidującego publikacji ogłoszenia o zamówieniu (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia), bowiem w tym zakresie podejście Komisji Europejskiej jest szczególnie restrykcyjne a korekty finansowe sięgają 100% przyznanego dofinansowania. Wiąże się to z faktem, że z istoty tych trybów wynika znaczące albo całkowite ograniczenie zasady konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Trybem wykluczającym jakkolwiek konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia jest tryb z wolnej ręki - zamawiający podejmuje negocjacje tylko z jednym wykonawcą i z nim zawiera umowę. Wyliczenie sytuacji, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, implementujący obowiązujące w tym zakresie regulacje dyrektyw UE. Do najczęściej stosowanych podstaw wyboru tego trybu należą następujące okoliczności:

1. 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) ustawy Pzp);
2. 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 ustawy Pzp);
3. w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
 - a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
 - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego (art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Orzecznictwo ETS:

W jednym z orzeczeń ETS² stwierdził, że jedynymi sytuacjami, w których dopuszczalna jest procedura negocjacyjna bez ogłoszenia, której odpowiednikami w prawie krajowym (ustawie Pzp) są tryb negocjacji bez ogłoszenia oraz tryb zamówienia z wolnej ręki, są te wyraźnie wymienione w tekście dyrektyw. Ponieważ są to wyjątki od stosowania procedur bardziej konkurencyjnych (otwartej, ograniczonej) powinny być one interpretowane ściśle, a ciężar dowodu, że rzeczywiście zaszły okoliczności pozwalające na skorzystanie z tej procedury, spoczywa na zamawiającym.

Przykład 5 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki - jedyny wykonawca, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia

Zamawiający w ramach realizacji projektu udzielił zamówienia publicznego na: „Kontynuację budowy stopnia wodnego (...) na rzece(...)” w trybie zamówienia z wolnej ręki, powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

Kontrola stwierdziła, że zamawiający - beneficjent nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) czy też art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zatem konieczne jest unieważnienie postępowania, jako obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp .

Postępowanie prowadzone w trybie z wolnej ręki dotyczyło kontynuacji realizacji inwestycji wykonywanej przez wykonawcę, którego upadłość ogłoszono. Zamawiający zaprosił do negocjacji innego wykonawcę wskazując, iż brak powierzenia prac nowemu wykonawcy spowodować może straty finansowe, trudności organizacyjne, czy też wydłużenie terminu wykonania inwestycji.

W ocenie UZP ww. argumenty nie stanowiły wystarczającej podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. UZP podkreślił, że dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uzależniona jest od istnienia na rynku faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzewidywalny. Kontrolujący zwrócili uwagę, że 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 rynku sytuacja rzeczywistego monopolu. Zamawiający miał zatem świadomość funkcjonowania na rynku więcej niż jednego podmiotu, który mógłby zrealizować zamówienie.

² Orzeczenie ETS nr 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoskiej.

UZP zwrócił też uwagę, że dla zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że w ocenie zamawiającego dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względu np. na specyficzne cechy techniczne zamówienia jest zdolny do realizacji zamówienia. Do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że zamówienie ma charakter złożony.

Powołując jako drugą podstawę zastosowania trybu z wolnej ręki art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający wskazywał, że wystąpienie nieprzewidywalnej konieczności udzielenia zamówienia wiąże się z ogłoszeniem upadłości i trwającym procesem likwidacji dotychczasowego generalnego wykonawcy inwestycji. Uzasadnienie konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia zamawiający oparł na przewidywanych stratach finansowych oraz potencjalnym zagrożeniu katastrofą budowlaną, jakie pociągałoby za sobą wstrzymanie robót na czas niezbędny do przeprowadzenia procedury w trybie konkurencyjnym.

Odnosząc się do powyższego UZP podkreślił, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia i zwrócił uwagę na fakt, że generalny wykonawca inwestycji postawiony został w stan upadłości z opcją zawarcia układu z wierzycielami już w 2005 roku. Opcja ta została następnie zmieniona w 2006 roku na opcję likwidacji majątku upadłego. Oznacza to, że od 2006 roku Zamawiający był świadomy postępującego procesu likwidacji wykonawcy inwestycji, podczas którego Rada Wierzycieli wyraziła zgodę na kontynuowanie inwestycji w upadłości zakładając, że zakończy się ona w 2009 roku. Informacja o braku możliwości kontynuowania realizacji umowy realizacji przez generalnego wykonawcę po 2009 roku znana była natomiast już na początku 2008 roku. W ocenie organu kontrolnego nie można więc uznać, że potrzeba udzielenia przedmiotowego zamówienia wystąpiła nagle, na skutek nieprzewidywalnej okoliczności. Dodatkowo UZP zwróciło uwagę na to, iż zastosowanie omawianego trybu powinno dotyczyć wyłącznie zakresu zamówienia koniecznego do realizacji w celu zapobieżenia negatywnym skutkom braku podjęcia określonych działań.

Celem zamówienia, jakie było przedmiotem postępowania prowadzonego przez beneficjenta w trybie z wolnej ręki nie było w ocenie UZP wyłącznie zapobieżenie negatywnym skutkom, jakie mogłyby powstać w wypadku nie podjęcia przez zamawiającego stosowych działań, postępowanie dotyczyło bowiem zawarcia umowy na 4 lata w przedmiocie kompleksowego wykonania prac w zakresie niezrealizowanej części inwestycji. UZP wskazał również, iż jeżeli zachodzą okoliczności wskazujące na możliwość 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 udzielania zamówień.

Orzecznictwo ETS:

W przedmiocie stosowania negocjacji z jednym wykonawcą, z powołaniem na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, co powoduje, że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości³.

Trybunał wskazywał w swych orzeczeniach, że udzielane na tej podstawie zamówienie może dotyczyć wyłącznie zakresu prac koniecznych do wykonania w celu ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego nieprzewidywalnego wcześniej zdarzenia oraz zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury wyboru wykonawcy w warunkach otwartej konkurencji.

W innym orzeczeniu ETS⁴ stwierdził, że nie może być podstawą zastosowania negocjacji z jednym wykonawcą do udzielenia zamówienia na rozbudowę akademika fakt wzrostu liczby studentów. Orzeczenie to Trybunał oparł na ustaleniu, że zjawisko wzrostu liczby studentów występuje systematycznie od kilku lat, zatem nie jest to wyjątkowa sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć.

W kolejnym orzeczeniu⁵, dotyczącym sprawy w której zamawiający prowadzący projekt budowy zbiornika retencyjnego powoływał się na konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia na wykonanie kolejnego etapu prac budowlanych wskazując na niebezpieczeństwo powodzi ETS zwrócił uwagę, że zgodnie z założeniami realizacji tego projektu, przyjętymi przez samego zamawiającego, projekt miał być realizowany w częściach, w miarę dostępnych środków finansowych. Z tego powodu ETS stwierdził, że zamawiający nie może powoływać się na okoliczności uzasadniające konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. W ocenie ETS w sprawie nie został też spełniony warunek wystąpienia okoliczności, której nie można było przewidzieć – prawdopodobieństwo wystąpienia powodzi nie zmieniło się.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- udzieleniu zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki bez zachowania ustawowych przesłanek zachowania tych - skutkuje korektą w wysokości 100% dofinansowania.

³ Orzeczenie C-107/92 Komisja przeciwko Republice Włoch oraz C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji.

⁴ Orzeczenie C-24/91 Komisja przeciwko Hiszpanii.

⁵ Orzeczenie C-385/02 Komisja przeciwko Republice Włoch.

Przykład 6 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki - konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia

Zamawiający udzielił zamówienia publicznego na: „Przeprowadzenie działań promocyjnych na potrzeby realizowanego projektu (...)” w trybie z wolnej ręki powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

Kontrola UZP stwierdziła, że zamawiający – beneficjent nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji zawarta przezeń umowa jest nieważna, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (wyboru oferty dokonano z rażącym naruszeniem ustawy).

Beneficjent uzasadniając zasadność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki stwierdził, że akcja promocyjna stanowi jedno z pierwszych działań w ramach projektu, które powinno zostać przeprowadzone niezwłocznie po rozpoczęciu jego realizacji. Projekt zakładał rozpoczęcie jego realizacji w marcu, a z uwagi na przedłużające się postępowanie formalne w celu zawarcia umowy o dofinansowanie projektu beneficjent nie był w stanie przewidzieć dokładnej daty podpisania tejże umowy. Z tego też powodu beneficjent nie wiedział, czy realizacja projektu rozpocznie się terminowo, czy ulegnie przesunięciu.

UZP stwierdził, że w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Zbliżający się termin rozpoczęcia realizacji projektu, który został ustalony przez samego beneficjenta, nie stanowi wyjątkowej sytuacji, której nie można było wcześniej przewidzieć. Fakt, iż procedura związana z zawieraniem z odpowiednią instytucją umowy o dofinansowanie projektu przedłużyła się, nawet z przyczyn niezależnych od beneficjenta, nie stanowi okoliczności, której beneficjent obiektywnie nie mógł przewidzieć i która dawałaby możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Z żadnych regulacji nie wynikał obowiązek instytucji podpisania z wnioskodawcą umowy o dofinansowanie projektu w określonym terminie.

Co więcej, nie można uznać akcji promocyjnej za usługę, która wymagała natychmiastowego wykonania. Przedmiotowa usługa może wprawdzie wpłynąć na podniesienie atrakcyjności realizowanego projektu, niemniej jednak nie stanowi sama w sobie, a tym bardziej termin jej wykonania, potrzeby tak ważnej i niezbędnej, aby można było mówić o konieczności jej natychmiastowego wykonania, z pominięciem konkurencyjnych procedur udzielania zamówień.

Przykład 7 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki - zamówienie dodatkowe

Zamawiający w ramach realizacji projektu prowadził inwestycję obejmującą budowę obiektu budowlanego – budynku użyteczności publicznej. Zgodnie z projektem, stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia, wybrany wykonawca miał wykonać w obiekcie kotłownię węglową.

W trakcie realizacji zamówienia zamawiający podjął decyzję o zmianie technologii kotłowni – z węglowej na olejową. W tym celu sporządzony został protokół konieczności, z którego wynikało, że zakres prac wyszczególniony w umowie podstawowej należy pomniejszyć o wykonanie kotłowni węglowej oraz zlecić wykonawcy wykonanie zamówienia dodatkowego na wykonanie kotłowni olejowej, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 5 lit. a) ustawy Pzp.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

Kontrola stwierdziła, że w sprawie nie było podstaw do udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp. Tym samym, zawarta umowa w sprawie zamówienia dodatkowego jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający uzasadniając decyzję o wyborze trybu z wolnej ręki wskazał m.in., że:

- kotłownia olejowa będzie bardziej ekonomiczna i sprzyjająca środowisku,
- głównym aspektem nieprzewidywalności realizacji zamówienia był nieoczekiwany protest przyszłych użytkowników obiektu, w fazie wykonawstwa robót budowlanych, który wymusił zmianę rodzaju kotłowni ogrzewającej obiekt,
- powierzenie wykonania kotłowni olejowej innemu wykonawcy wiązałoby się z roszczeniami finansowymi wykonawcy robót podstawowych, który w dalszym ciągu zgłaszał gotowość wykonania kotłowni węglowej.

UZP zwrócił uwagę, że udzielenie w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówień dodatkowych do realizowanego zamówienia zależne jest od łącznego spełnienia kilku przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj.:

- 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 robót dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia podstawowego,
- prace dodatkowe są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- wykonanie robót/usług dodatkowych stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia

a ponadto:

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

W ocenie organu kontrolnego zamawiający nie wykazał zaistnienia w sprawie łącznie wszystkich ww. przesłanek. Przede wszystkim nie można stwierdzić, że wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz że stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

UZP wskazało m.in., że 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 prac powstaje konieczność wykonania innego zakresu czy też sposobu, technologii wykonania zamówienia. Konieczność wykonania dodatkowych prac musi wynikać ze zdarzenia, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne. W niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z niezawinioną i niezależną od zamawiającego sytuacją, gdyż to zamawiający nie działał z należytą starannością określając przedmiot i wartość zamówienia podstawowego. Zamawiający dopiero w fazie wykonawstwa robót podstawowych powziął przekonanie, że kotłownia olejowa będzie bardziej ekonomiczna i sprzyjająca środowisku tymczasem powinien on wcześniej – na etapie planowania inwestycji - dokonać wyboru właściwej technologii grzewczej budynku.

Niezależnie od powyższego UZP wskazał, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z robotami zamiennymi, a nie dodatkowymi, dlatego ocena możliwości ich wprowadzenia powinna być dokonywana na podstawie art. 144 ustawy Pzp, który to reguluje dopuszczalny zakres zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- udzieleniu zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki bez zachowania ustawowych przesłanek zachowania tego trybu, o ile łączna wartość zamówień dodatkowych nie przekroczy 50% wartości zamówienia podstawowego - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania tego zamówienia dodatkowego.

Przykład 8 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki – zamówienie dodatkowe

Zamawiający w ramach realizacji projektu obejmującego przebudowę drogi krajowej wszczął postępowanie dotyczące udzielenia zamówienia dodatkowego na roboty związane z odprowadzaniem wody z sączków usytuowanych na obiektach mostowych.

W celu udzielenia zamówienia dodatkowego zamawiający zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

W ocenie UZP beneficjent nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji zawarta umowa o wykonanie zamówienia dodatkowego jest nieważna, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Z wyjaśnień beneficjenta wynikało, że wykonanie przedmiotowych robót dodatkowych nie było objęte zamówieniem podstawowym z powodu braku opracowania dotyczącego tych robót w dokumentacji projektowej zamówienia podstawowego, którego to braku zamawiający nie dostrzegł wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego. Zlecenie wykonania robót dodatkowych stało się możliwe po stwierdzeniu istnienia braku i uzupełnieniu projektu przez jego autora, co nastąpiło już podczas prowadzenia robót podstawowych.

Kontrola stwierdziła że wykonanie zamówienia podstawowego nie było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, gdyż wykonanie prac dotyczących odprowadzania wody z sączków usytuowanych na obiektach mostowych nie ma wpływu na zakończenie realizacji zamówienia podstawowego, którego przedmiotem jest przebudowa drogi krajowej. Zamówienie dodatkowe stanowi zatem nowe zamówienie publiczne, którego wykonawca powinien być wyłoniony przy zastosowaniu jednego z konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych.

W ocenie UZP beneficjent nie wykazał również, iż wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi mieć charakter obiektywny, co oznacza, że beneficjent nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek zaniedbań na etapie przygotowywania procesu inwestycyjnego powstaje konieczność rozszerzenia zakresu zamówienia. Prace objęte zamówieniem dodatkowym powinny być uwzględnione w ramach umowy podstawowej a nie objęcie ich zakresem zamówienia podstawowego świadczy o tym, że określając przedmiot i wartość zamówienia podstawowego zamawiający nie działał z należytą starannością.

UZP stwierdził również, że w przedmiotowej sprawie nie istnieją przyczyny techniczne czy gospodarcze, z powodu których oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, w porównaniu do powierzenia wykonania zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy. UZP odróżnił wyraźnie koszty związane z przestojem wykonawcy zamówienia podstawowego od niewspółmiernie wysokich kosztów związanych z oddzieleniem zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego. W ocenie UZP przestój wykonawcy to przyczyny organizacyjne, które nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Z ww. powodów kontrola stwierdziła, że brak było podstaw do udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- udzieleniu zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki bez zachowania ustawowych przesłanek zachowania tego trybu, o ile łączna wartość zamówień dodatkowych nie przekroczy 50% wartości zamówienia podstawowego - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania tego zamówienia dodatkowego.
- w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

Przykład 9 zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki – zamówienie dodatkowe

W ramach realizacji projektu zamawiający przeprowadził postępowanie oraz zawarł umowę, której przedmiotem była „Modernizacja systemu biogazu i obróbki osadu pościekowego w oczyszczalni ścieków (...)”.

Przedmiot zamówienia podstawowego obejmował wykonanie modernizacji systemu biogazu i obróbki osadu pościekowego w oczyszczalni ścieków w zakresie: prac przygotowawczych, projektowych, robót demontażowych, robót budowlano – montażowych, przeprowadzenia szkoleń (eksploatacyjnych i serwisowych), przeprowadzenia prób końcowych (rozruchu) wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji, przeprowadzenia próbnej eksploatacji wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji, oddania obiektów do eksploatacji.

Dwa lata po zawarciu umowy w sprawie wykonania zamówienia podstawowego zamawiający udzielił dotychczasowemu wykonawcy zamówienia na roboty dodatkowe w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zakres zamówienia dodatkowego objął wykonanie kontenerowych obudów wolnostojących tj.: sprężarkowni biogazu dla agregatów prądotwórczych oraz stacji dmuchaw dla kotłowni suszenia osadu.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

Uzasadniając decyzję o wyborze trybu z wolnej ręki beneficjent wyjaśnił, że ostateczny kształt instalacji ustalony został dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowego. Wówczas okazało się, że określone w projekcie budowlanym gabaryty budynków nie pozwalają na umieszczenie w nich kompletnych instalacji technologicznych sprężarkowni oraz stacji dmuchaw, co jest niezbędne dla zabezpieczenia ich przed wpływem bezpośredniego oddziaływania niekorzystnych warunków atmosferycznych. Z tego powodu konieczne było rozszerzenie zamówienia o wykonanie kontenerowych obudów wolnostojących - sprężarkowni biogazu dla agregatów prądotwórczych oraz stacji dmuchaw dla kotłowni suszenia osadu.

W ocenie UZP zamawiający – beneficjent nie miał podstaw do udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jak ustaliła kontrola, w dokumentacji zamówienia podstawowego zamawiający zobligował wykonawcę do tego, aby obie instalacje zostały zamontowane w zaprojektowanych na ich potrzeby budynkach, bez zmiany ich wymiarów i konstrukcji, która wiązałaby się z koniecznością

dokonania zmiany pozwolenia na budowę. Wykonawca zamówienia podstawowego zobowiązał się zatem do wykonania obu instalacji za wynagrodzeniem ryczałtowym i od chwili zapoznania się z projektem inwestycji, a więc jeszcze przed złożeniem oferty na wykonanie zamówienia podstawowego powinien był wiedzieć, że zaproponowane przez niego instalacje nie zmieszczą się w zaprojektowanych budynkach. W ocenie UZP nie można więc uznać, że konieczności udzielenia ww. robót dodatkowych nie można było przewidzieć.

Ustalając, że w sprawie doszło do naruszenia ustawy Pzp UZP powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego⁶ w którym sąd stwierdził jednoznacznie, że nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, które należy udzielić na skutek źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- udzieleniu zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki bez zachowania ustawowych przesłanek zachowania tego trybu, o ile łączna wartość zamówień dodatkowych nie przekroczy 50% wartości zamówienia podstawowego - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania tego zamówienia dodatkowego.
- w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

Przykład 10 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki – przyczyny techniczne i zamówienie dodatkowe

W ramach realizacji projektu dotyczącego przebudowy drogi krajowej do paramentów drogi ekspresowej zamawiający udzielił zamówienia na zarządzanie i nadzór nad tym projektem. Zawarta umowa obejmowała okres 35 m-cy: 1-m-c przed rozpoczęciem robót, 19 m-cy wykonania robót, 12 m-cy na zgłaszanie wad oraz 3 m-ce na rozliczenie końcowe.

W związku z protestami właścicieli działek oraz przedłużoną procedurą wywłaszczeniową nastąpiło opóźnienie w przekazaniu placu budowy, a więc przedłużeniu uległ termin realizacji robót budowlanych. To z kolei spowodowało, że zamawiający wszczął w trybie z wolnej ręki postępowanie na świadczenie usługi zarządzania i nadzoru w przedłużonym okresie realizacji prac budowlanych. Jako podstawę zastosowania trybu Zamawiający podał art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) (przyczyny techniczne) oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp (zamówienie dodatkowe).

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

Uzasadniając decyzję o wyborze trybu z wolnej ręki zamawiający wyjaśnił, że konieczność realizacji zarządzania i nadzoru przez dotychczasowego wykonawcę wynika z potrzeby

⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99).

zachowania tych samych parametrów i standardów usługi. Sprawowanie nadzoru przez dwa niezależne zespoły prowadziłyby do braku spójności ich działań i chaosu na budowie, co mogłoby prowadzić do dalszych opóźnień.

Prezes UZP stwierdził, że zamawiający – beneficjent nie miał podstaw do skorzystania z trybu z wolnej ręki i zalecił unieważnienie postępowania na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, w których podkreślał znaczenie, jakie dla prawidłowego wykonania inwestycji ma unikalna wiedza i doświadczenie nadzoru inwestorskiego zdobyta w trakcie realizacji konkretnej inwestycji. W jego ocenie tylko dotychczasowy wykonawca usługi ma wiedzę umożliwiającą mu dalsze świadczenie nadzoru oraz rozliczenie kontraktu po jego zakończeniu. Okoliczności te stanowią zdaniem zamawiającego podstawę do skorzystania z trybu z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał ponadto, że umowa podstawowa obejmuje cały okres realizacji robót budowlanych, aż do ich rozliczenia, a więc w sytuacji wydłużenia okresu realizacji robót koniecznym jest wydłużenie okresu realizacji usługi nadzoru. Brak takiego uregulowania spowoduje, że inżynier kontraktu nie będzie mógł wypełnić swoich zobowiązań zawartych w umowie podstawowej tj. dokonać rozliczenia finansowego kontraktu. Zamawiający zwrócił uwagę, że choć umowa podstawowa przewiduje możliwość dostosowania czasu jej obowiązywania do czasu realizacji robót budowlanych, to nie daje ona możliwości zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy. Z tego powodu konieczne jest udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrująca zastrzeżenia do wyników kontroli jakie złożył zamawiający uznała, że nie ma podstaw do ich uwzględnienia.

Izba podkreśliła, że spełnienie przesłanki jedyne wykonawcy musi mieć charakter obiektywny, oznaczający istnienie obiektywnego monopolu na rynku określonej usługi a o takim monopolu nie można mówić w przypadku konkurencyjnego rynku usług dotyczących zarządzania i nadzoru nad realizacją projektów transportowych.

Ponadto w ocenie Izby przedmiotowe zamówienie nie stanowiło zamówienia dodatkowego. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji, w której następuje rozszerzenie zakresu prac wykonawcy, podczas gdy w przedmiotowej sprawie konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego wynika wyłącznie z potrzeby wydłużenia czasu realizacji kontraktu i zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy. Opóźnienie w realizacji robót budowlanych nie zmieniło zakresu obowiązków inżyniera kontraktu - obowiązek dokonania rozliczenia finansowego kontraktu wynikał jednoznacznie z umowy podstawowej. Tym samym, zakres czynności inżyniera kontraktu pozostanie niezmieniony. Zdaniem Izby taka sytuacja nie wypełnia przesłanki uregulowanej w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- udzieleniu zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki bez zachowania ustawowych przesłanek zachowania tego trybu, o ile łączna wartość zamówień dodatkowych nie przekroczy 50% wartości zamówienia podstawowego - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania tego zamówienia dodatkowego.
- w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

Przykład 11 - zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki – zamówienie uzupełniające

W trakcie realizacji projektu dotyczącego przebudowy drogi krajowej zamawiający udzielał w trybie z wolnej ręki zamówień uzupełniających dotyczących:

- przepięcia budynków mieszkalnych do nowego wodociągu (prace te nie były przewidziane w dokumentacji projektowej zamówienia podstawowego),
- wykonania oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej (w dokumentacji projektowej zamówienia podstawowego przewidziane było wykonanie oznakowania poziomego w technologii cienkowarstwowej).

Zamawiający powołał się na art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamówienie podstawowe było udzielone w trybie przetargu nieograniczonego, w którym zamawiający przewidział możliwość udzielania zamówień uzupełniających.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

W ocenie UZP zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki. W konsekwencji zawarte umowy o wykonanie zamówień uzupełniających są nieważne, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Kontrola podkreśliła, że aby określone zamówienie na roboty budowlane mogło zostać uznane za zamówienie uzupełniające musi ono polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju robót, co roboty objęte zamówieniem podstawowym. Robotami uzupełniającymi nie są zatem takie roboty, których wykonania zamawiający nie planował na etapie udzielenia zamówienia podstawowego i których konieczność wykonania pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia podstawowego.

Za roboty uzupełniające nie mogą być więc uznane roboty obejmujące przepięcie budynków mieszkalnych do nowego wodociągu, które – jak wskazano w protokole konieczności – „nie zostały ujęte w dokumentacji technicznej”. Nie można też uznać, że wykonanie oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej było przewidziane w specyfikacji zamówienia podstawowego i jest powtórzeniem robót polegających na wykonaniu tego oznakowania w technologii cienkowarstwowej. Roboty te zamawiający zlecił w związku z okolicznościami

powstałymi w trakcie realizacji zamówienia podstawowego, tj. z uwagi na technologię wykonania oznakowania poziomego sąsiedniej inwestycji. Roboty, o których mowa powyżej mogły być zatem przewidziane na etapie przygotowania zamówienia podstawowego i zostać wykonane w ramach umowy podstawowej z wykonawcą.

Z ww. powodów kontrola stwierdziła, że brak było podstaw do udzielania zamówień uzupełniających w trybie z wolnej ręki.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- udzieleniu zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki bez zachowania ustawowych przesłanek zachowania tego trybu, o ile łączna wartość zamówień dodatkowych nie przekroczy 50% wartości zamówienia podstawowego - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania tego zamówienia dodatkowego.
- w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

Przykład 12 zamówienie udzielone w trybie zapytania o cenę

W ramach realizacji projektu zamawiający udzielił zamówienia publicznego na zakup wyposażenia szpitala (sprzęt medyczny) w trybie zapytania o cenę.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

W wyniku kontroli przedmiotowego postępowania UZP uznał, że zamawiający udzielając zamówienia w trybie zapytania o cenę naruszył art. 70 ustawy Pzp, co skutkuje nieważnością umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

UZP wskazał, że zgodnie z art. 70 ustawy Pzp 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, od której istnieje obowiązek stosowania tzw. procedury unijnej. Wszystkie ww. cechy przedmiotu zamówienia tj. powszechna dostępność, ustalone standardy jakościowe oraz odpowiednia wartość muszą występować równocześnie (kumulatywnie). Brak jednej z tych cech przedmiotu zamówienia uniemożliwia zastosowanie trybu zapytania o cenę.

Uzasadniając swą decyzję dotyczącą wyboru trybu zamawiający – beneficjent wskazywał, że w trybie zapytania o cenę mogą być nabywane nie tylko takie produkty lub usługi, które występują w obrocie gospodarczym na rynku usług i dóbr dnia codziennego, ale także takie, które są powszechne i dostępne na danym rynku specjalistycznym a w celu zbadania występowania przesłanki „powszechnej dostępności” należy zbadać możliwość realizacji zamówienia przez

podmioty prowadzące działalność na danym rynku. Również poziom skomplikowania dostaw i usług należy badać w kontekście potrzeb zamawiającego i rynku na jakim działa.

Urząd Zamówień Publicznych nie podzielił jednak stanowiska zamawiającego i uznał, że niedopuszczalne jest rozszerzanie pojęcia dostaw powszechnie dostępnych na produkty specjalnego przeznaczenia, dostępne wyłącznie na rynkach specjalistycznych, takich jak wyroby medyczne. Sprzęt będący przedmiotem zamówienia jest sprowadzany na zamówienie, nie ma więc mowy o jego powszechnej dostępności.

W ocenie UZP przykładem dostaw wyrobów powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych są produkty spożywcze, paliwo, materiały biurowe itp. Za usługi powszechnie dostępne można uznać natomiast usługi sprzątania pomieszczeń, mycia szyb, prania, usługi żywienia, proste usługi poligraficzne itp. Nie należą do tej grupy specjalistyczne urządzenia medyczne.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE naruszenie polegające na udzieleniu zamówienia w trybie zapytania o cenę bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania tego zamówienia.

Inne przykłady zamówień, które nie spełniają warunku powszechnej dostępności i ustalonych standardów jakościowych:

Według stanowiska UZP nie jest zamówieniem powszechnie dostępnym o ustalonych standardach jakościowych zakup licencji oprogramowania. Produkt taki nie jest powszechnie dostępny, gdyż udostępniany jest on na podstawie umowy o korzystanie z utworu zawieranej z podmiotem, który dysponuje autorskimi prawami majątkowymi do oprogramowania, co znacznie ogranicza dostępność do produktu. Licencjonowane oprogramowanie komputerowe, jako produkt o indywidualnych cechach, chroniony prawem autorskim, nie jest także produktem o ustalonych standardach jakościowych.

Podsumowanie

Zasady wynikające z orzecznictwa ETS dotyczące zamówień publicznych w postępowaniu z wolnej ręki:

- jedynie w sytuacjach określonych w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych można zastosować procedurę negocjacyjną, oznacza to że lista przesłanek stanowi katalog zamknięty (C-328/92, C-57/94, C-385/02).
- Wszystkie przesłanki do zastosowania procedury z wolnej ręki mają charakter wyjątków od podstawowych zasad tj stosowania konkurencyjnej procedury otwartej lub ograniczonej, dlatego też podlegają ścisłej interpretacji (C-57/94, C-385/02).
- Ciężar udowodnienia, że zachodzą przesłanki uzasadniające zastosowanie procedury z wolnej ręki spoczywa na podmiocie powołującym się na te okoliczności (C-199/85, C-394/02, 385/02).

- Przyczyny techniczne uzasadniają udzielenie zamówienia bez publikacji ogłoszenia, jeżeli jest tylko jeden określony wykonawca zdolny do zrealizowania danego zamówienia (20/01, C-394/02).
- Konieczność zachowania terminów przewidzianych przez inny organ państwowy lub uzyskanie zgody określonego organu, która jest normalnym elementem procedury nie uzasadnia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia bez publikacji ogłoszenia (C-318/94, 394/02).
- Udzielenie zamówienia bez publikacji ogłoszenia z uwagi na pilną potrzebę jego zrealizowania zależy od trzech kumulatywnie spełnionych warunków:
 - wystąpienie nieprzewidzianego zdarzenia o charakterze wyjątkowo pilnym
 - niedającego się pogodzić z terminami wymaganymi w ramach innych procedur, oraz
 - istnienie związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy tym zdarzeniem a wyjątkowo pilną potrzebą udzielenia zamówienia (C-107/92, C- 318/94, C-126/03).
- Udzielenie zamówienia bez publikacji ogłoszenia jest niedopuszczalne kiedy dość czasu na, aby zachować terminy przewidziane dla procedury przyspieszonej (C-107/92).
- Zamawiający nie może powoływać się na okoliczności, za wystąpienie których jest odpowiedzialny (C-385/02)

Rozdział IV. Nieuzasadnione ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

1. Podwykonawstwo:

Zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp zasadą przy udzielaniu zamówień publicznych jest, że wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia publicznego podwykonawcom. Ograniczenie możliwości korzystania z podwykonawców musi wynikać z SIWZ i może mieć miejsce tylko „ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia”. Wynika to z faktu, że na gruncie prawa wspólnotowego realizacja zamówień publicznych za pośrednictwem podwykonawców jest generalnie dopuszczalna, a więc ograniczenia w tym zakresie mogą mieć miejsce tylko w sytuacjach wyjątkowych. Tym samym, nieuzasadnione ograniczenie możliwości korzystania przez wykonawcę z podwykonawców stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Przykład 13 - ograniczenie podwykonawstwa

Prowadząc w ramach realizacji projektu postępowanie o udzielenie zamówienia zamawiający wskazał w SIWZ, że wykonawca może zlecić podwykonawcom tylko 30% całkowitej wartości prac objętych zamówieniem.

Postępowanie było przedmiotem audytu Komisji Europejskiej.

Ustalenia Komisji Europejskiej:

W ocenie Komisji Europejskiej ograniczenie zawarte przez beneficjenta w SIWZ utrudnia konkurencję, bowiem zlecenie podwykonawstwa prac zawsze powinno być dopuszczalne. Komisja zwróciła uwagę na to, że dyrektywy dotyczące zamówień publicznych przewidują możliwość podwykonawstwa (np. art. 25 dyrektywy 2004/18/WE) a automatyczne odrzucenie ofert, zakładających większy udział podwykonawstwa w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję i godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień. Wykonawca nie może być wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko ze względu na to, że proponuje, iż będzie korzystał z zasobów, które należą do innych podmiotów (podwykonawców).

W raportach z kolejnych audytów Komisja Europejska stwierdziła, że dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający zastrzega konieczność wykonania zamówienia przez wykonawcę, z wyłączeniem podwykonawców, jednakże robi to w odniesieniu do tych (istotnych) części zamówienia, których wykonanie decyduje o jakości całego zamówienia. Komisja stwierdziła, że każda sprawa, w której beneficjent ograniczył możliwość korzystania z podwykonawców rozpatrywana będzie indywidualnie.

Korekty finansowe:

W zależności od wagi naruszenia powyższe zachowanie beneficjenta może być kwalifikowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. To naruszenie jest zagrożone korektą finansową w wysokości 25% w postępowaniach objętych dyrektywą 2004/18/WE. Natomiast w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

2. Stosowanie procedury ograniczonej przyspieszonej:

Zgodnie z art. 49 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia zamawiający może wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym prowadzonym w tzw. procedurze unijnej, jednak nie krótszy niż:

- 10 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną,
- 15 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich faksem.

Ponadto, zgodnie z art. 52 ust. 4 ustawy Pzp, w takiej sytuacji zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 10 dni. Należy jednak pamiętać, że wszystkie działania zamawiającego, w toku przygotowania i prowadzenia postępowania, muszą zapewniać zachowanie uczciwej konkurencji.

Przykład 14 - brak wystarczającego uzasadnienia dla zastosowania procedury przyspieszonej

Realizując projekt zamawiający zastosował ograniczoną procedurę ograniczoną przyspieszoną i ustalił 15 - dniowy termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zamiast podstawowego terminu 37 dni) oraz 10 - dniowy termin składania ofert.

Skrócenie terminu zamawiający uzasadniał koniecznością niedopuszczenia do utraty dofinansowania ze środków UE.

Postępowanie było przedmiotem audytu Komisji Europejskiej.

Ustalenia Komisji Europejskiej:

Komisja zwróciła uwagę, że art. 38 ust 8 dyrektywy 2004/18/WE uzależnia możliwość zastosowania procedury przyspieszonej od dwóch zakłada warunków:

- pilności udzielenia zamówienia,
- brak możliwości zachowania standardowych terminów przewidzianych w dyrektywie.

W ocenie Komisji termin wydatkowania środków finansowych nie może być utożsamiany z wystąpieniem prawdziwie pilnej konieczności, uzasadniającej skrócenie terminów w procedurze zamówieniowej. Tym samym perspektywa utraty przez zamawiającego dofinansowania nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla wyboru procedury przyspieszonej.

Komisja zwróciła uwagę, że przyspieszając procedurę i skracając terminy składania wniosków i ofert zamawiający mógł zniechęcić niektórych wykonawców do udziału w postępowaniu. Zastosowanie procedury przyspieszonej mogło zatem w znacznym stopniu ograniczyć konkurencję.

Korekty finansowe:

Powyższe uchybienie stanowi naruszenie art. 49 ust. 2 ustawy Pzp i jest zagrożone korektą finansową w wysokości 5% w postępowaniach objętych dyrektywą 2004/18/WE.

3. Zmiana treści SIWZ:

Ustawa Pzp pozwala zamawiającym na dokonywanie, przed terminem składania ofert, zmian treści SIWZ. Dokonaną zmianę zamawiający musi przekazać wszystkim wykonawcom, którym przekazał SIWZ, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp). Jednocześnie, 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 zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (w tzw. procedurze krajowej) albo przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowanie (w tzw. procedurze unijnej).

Wskazane przepisy mają na celu zapewnienie jednakowego dostępu do informacji o zamówieniu dla wszystkich potencjalnych wykonawców, a zatem ich naruszenie to także naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Przykład 15 - zmiana treści SIWZ w zakresie informacji zawartej również w ogłoszeniu o zamówieniu bez publikacji sprostowania ogłoszenia w Dzielniku Urzędowym Unii Europejskiej

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielanego w związku z realizacją projektu zamawiający dokonał zmiany SIWZ, również w zakresie tych informacji, które były zawarte w treści ogłoszenia o zamówieniu (np. przedłużył termin realizacji zamówienia).

Zamawiający nie przekazał do publikacji w Dzielniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowania ogłoszenia.

Postępowanie było przedmiotem audytu Komisji Europejskiej.

Ustalenia Komisji Europejskiej:

W ocenie Komisji Europejskiej w przypadku modyfikacji elementów SIWZ, które były zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu informacja o takich zmianach musi być opublikowana z zachowaniem takich samych standardów, jakie obowiązywały przy pierwotnym ogłoszeniu.

Zmiana SIWZ w zakresie założonego terminu realizacji zamówienia bez jednoczesnego przekazania do publikacji sprostowania treści ogłoszenia narusza ogólne zasady udzielania zamówień - zasadę przejrzystości i zasadę równego traktowania potencjalnych oferentów.

Korekty finansowe:

Powyższe zachowanie beneficjenta może być kwalifikowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. To naruszenie jest zagrożone korektą finansową w wysokości 25% w postępowaniach objętych dyrektywą 2004/18/WE. Natomiast w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

Przykład 16 - przedłużenie terminu składania ofert bez publikacji sprostowania ogłoszenia w Dzielniku Urzędowym Unii Europejskiej

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielanego w związku z realizacją projektu zamawiający postanowił przedłużyć termin składania ofert. Zamawiający nie przekazał do publikacji w Dzielniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowania ogłoszenia.

Postępowanie było przedmiotem audytu Komisji Europejskiej.

Ustalenia Komisji Europejskiej:

W ocenie Komisji Europejskiej zmiana SIWZ polegająca wyłącznie na przedłużeniu terminu składania ofert wymaga zamieszczenia sprostowania ogłoszenia, gdyż taka informacja musi być dostępna dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

Przedłużenie terminu składania ofert bez przekazania do publikacji sprostowania treści ogłoszenia o zamówieniu narusza ogólne zasady udzielania zamówień - zasadę przejrzystości i zasadę równego traktowania potencjalnych oferentów.

Korekty finansowe:

Powyższe zachowanie beneficjenta może być kwalifikowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. To naruszenie jest zagrożone korektą finansową w wysokości 25% w postępowaniach objętych dyrektywą 2004/18/WE. Natomiast w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

Rozdział V. Naruszenia dotyczące określenia warunków udziału w postępowaniu

Zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby poszanowane zostało prawo wszystkich podmiotów do swobodnego udziału w postępowaniu w charakterze wykonawców i rozpatrzenia ich ofert na takich samych zasadach jak ofert innych wykonawców. Zasady te mają swe źródło w dyrektywach UE dotyczących udzielania zamówień oraz Traktacie ustanawiającym WE, stojącym na gruncie zasady swobodnego przepływu towarów, prawa przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, zasady niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania. Obowiązek zachowania ww. podstawowych zasad dotyczy m.in. sposobu określania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, jakie spełniać muszą wykonawcy, aby zamawiający uznał, że są oni zdolni do wykonania danego zamówienia. Inaczej mówiąc, celem stawianych warunków udziału w postępowaniu może być tylko wyeliminowanie z postępowania tych wykonawców, którzy nie dają gwarancji prawidłowego i rzetelnego wykonania zamówienia.

Warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne zostały określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,
- posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia,
- znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;
- nie podlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia⁷.

⁷ ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 219, poz. 1706) została wprowadzona nowa treść art. 22 w postaci:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

2. Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

3. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji.

4. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Ww. regulacja ma charakter ogólny, co oznacza, że zamawiający precyzuje warunki każdorazowo, dla potrzeb konkretnego postępowania. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy są w stanie zrealizować zamówienie. Każde odstępianie od naczelných zasad udzielania zamówień, poprzez formułowanie warunków nadmiernych stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień i jest zakazane.

Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający – beneficjent powinien mieć na względzie zapewnienie równego dostępu do zamówienia dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich UE (zakaz stawiania wymagań powodujących dyskryminację względem wykonawców z innych państw członkowskich). Tak więc niemożliwe jest stawianie wymagań dotyczących np. posiadania przez wykonawcę doświadczenia w wykonywaniu zamówienia w Polsce czy posiadania przez wykonawcę doświadczenia w realizacji zamówień współfinansowanych w ramach funduszy UE lub funduszy krajowych.

Należy też pamiętać o treści art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do wykonawców uczestniczących w postępowaniu wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy. Oznacza to, że w przypadku konsorcjów - w celu dokonania oceny spełniania warunków należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i kadrowy, jaki wykazują podmioty tworzące konsorcjum, łączne ich doświadczenie, a także łączną sytuację ekonomiczną i finansową.

Przykład 17 - warunek prowadzenia działalności przez minimum 3 lata

W związku z realizacją projektu zamawiający prowadził postępowanie dotyczące opracowania dokumentacji projektowej. Zamawiający postawił w tym postępowaniu warunek, zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia miał wykazać, że prowadzi działalność związaną z projektowaniem przez okres co najmniej 3 lat.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

Zdaniem UZP postawiony warunek udziału w postępowaniu utrudnił uczciwą konkurencję, a więc doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że umowa zawarta w niniejszej sprawie jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp (zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy oraz doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania).

Odnosząc się do sformułowanego przez zamawiającego warunku prowadzenia działalności w zakresie objętej przedmiotem zamówienia (projektowanie) przez okres co najmniej 3 lat, UZP wskazał przede wszystkim, że brak jest przepisów, które pozwalałyby na ograniczenie dostępu do zamówień publicznych wykonawcom działającym krócej niż 3 lata. Fakt, że ustawodawca wskazał, że dokumenty potwierdzające spełnianie warunków dotyczących doświadczenia, (w

przypadku dostaw i usług) oraz sytuacji ekonomicznej wykonawcy (odnośnie sprawozdań finansowych) mają obejmować dane z ostatnich 3 lat (lub z okresu nie dłuższego niż 3 lata dla sprawozdań finansowych), nie oznacza, że 3-letni okres działalności to warunek uczestnictwa w procedurze przetargowej. W obu tych przypadkach przepisy wskazują wyraźnie, że jeśli okres prowadzenia przez wykonawcę działalności jest krótszy – dane te mogą pochodzić z tego krótszego okresu prowadzenia działalności.

O doświadczeniu wykonawcy nie przesądza okres prowadzenia przezeń działalności gospodarczej ale jego aktywność zawodowa. Możliwe jest, że wykonawca, który prowadzi działalność od roku będzie miał możliwość wykazania się należyłą realizacją większej ilości kontraktów, niż wykonawca, który działa od wielu lat.

W ocenie UZP o wpływie tak sformułowanych przez zamawiającego wymagań na ograniczenie uczciwej konkurencji mógł świadczyć fakt, że w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę. Stwierdzając naruszenie przepisów ustawy Pzp organ kontrolujący podkreślił, że określone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności danego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców.

Korekty finansowe:

Naruszenie dyspozycji art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 jest zagrożone korektą finansową w wysokości 25% w postępowaniach objętych dyrektywą 2004/18/WE. Natomiast w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

Przykład 18 - warunek dysponowania potencjałem technicznym na etapie składania oferty

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli wykazać, iż dysponują wyszczególnionym w SIWZ sprzętem. Zamawiający nie przewidział możliwości wykazania przez wykonawcę, że będzie on dysponował wymaganym sprzętem, jeżeli jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

Postępowanie było przedmiotem audytu Komisji Europejskiej.

Ustalenia Komisji Europejskiej:

W ocenie Komisji Europejskiej wymaganie od wykonawcy aby dysponował potencjałem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia na etapie postępowania o udzielenie zamówienia ogranicza uczciwą konkurencję. Z punktu widzenia dyrektyw dotyczących udzielania zamówień oraz interesu zamawiającego wystarczające jest, aby wykonawca wykazał, że będzie dysponował niezbędnym sprzętem na etapie realizacji zamówienia – jeżeli zamawiający zawrze z nim umowę w sprawie zamówienia.

Korekty finansowe:

Powyższe zachowanie beneficjenta może być kwalifikowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. To naruszenie jest zagrożone korektą finansową w wysokości 25% w postępowaniach objętych dyrektywą 2004/18/WE. Natomiast w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

Przykład 19 - warunek posiadania doświadczenia w realizacji zamówień w Polsce

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli wykazać, iż posiadają doświadczenie w realizacji zamówienia o podobnym zakresie, złożoności i wartości w Polsce.

Postępowanie było przedmiotem audytu Komisji Europejskiej.

Ustalenia Komisji Europejskiej:

W ocenie Komisji Europejskiej wymaganie od wykonawcy aby wykazał się doświadczeniem w realizacji zamówień w jednym z państw członkowskich narusza zasadę uczciwej konkurencji. Brak jest podstaw aby ograniczać dostęp do realizacji zamówienia przez wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji podobnych zamówień zdobyte na terenie innych państw.

Korekty finansowe:

Powyższe zachowanie beneficjenta może być kwalifikowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. To naruszenie jest zagrożone korektą finansową w wysokości 25% w postępowaniach objętych dyrektywą 2004/18/WE. Natomiast w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

Przykład 20 - warunek posiadania doświadczenia w realizacji zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli wykazać, iż posiadają doświadczenie w realizacji zamówień o podobnym zakresie, złożoności i wartości, współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

Postępowanie było przedmiotem audytu Komisji Europejskiej.

Ustalenia Komisji Europejskiej:

W ocenie Komisji Europejskiej wymaganie od wykonawcy aby wykazał się doświadczeniem w realizacji zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej narusza zasadę uczciwej konkurencji. Brak jest podstaw aby ograniczać dostęp do realizacji zamówienia przez wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, które były finansowane z innych środków.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- Określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia zasady równego traktowania wykonawców - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania.

Uwagi praktyczne:

Przed wszczęciem postępowania sprawdź, czy określone warunki udziału w postępowaniu są:

- Jasne, precyzyjne i obiektywne, nie pozostawiają swobody w ocenie ich spełnienia. Nieprecyzyjność warunków godzi w zamawiającego, bowiem w takim przypadku każda, nawet najbardziej obiektywna decyzja zamawiającego może być podważona, zakwestionowana.
- Nie dyskryminujące i nie utrudniające uczciwej konkurencji oraz uzasadnione charakterystyką, zakresem, jak również stopniem złożoności przedmiotu zamówienia. Jeśli trzeba skorzystaj w tym zakresie z porady eksperta z danej dziedziny.
- Mają na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia i nie prowadzą do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców.
- Są określone w taki sposób, że dokumenty, których żądasz od wykonawców pozwalają dokonać oceny, czy warunki zostały spełnione.

Przykład 21 - nadmierne warunki udziału w postępowaniu stawiane wykonawcom występującym wspólnie (konsorcjum)

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie obowiązków Menadżera Projektu zamawiający doprecyzował wymogi stawiane wykonawcom występującym wspólnie, w następujący sposób:

1. każdy z członków konsorcjum miał spełniać warunki ekonomiczno – finansowe określone w SIWZ, czyli osiągnąć w ostatnich 3 latach średnie obroty roczne w wysokości minimum 700,000,00 PLN oraz dysponować środkami finansowymi w wysokości nie mniejszej niż 100.000,00 PLN,
2. lider miał spełniać dodatkowy warunek dotyczący doświadczenia,
3. konsorcjum wspólnie miało spełniać warunki dotyczące zatrudnienia określonego personelu oraz zapewnienia stałego punktu kontaktowego.

Postępowanie było przedmiotem kontroli Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

Kontrola uznała, że postawione przez zamawiającego warunki są sprzeczne z istotą i celem tworzenia konsorcjum oraz zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez co stanowią naruszenie art. 23 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie UZP dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania wystarczające jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu tylko przez jednego (dowolnego) członka konsorcjum lub łącznie przez kilku z nich. Zamawiający nie może zatem np. wymagać posiadania określonego doświadczenia zawodowego wyłącznie od lidera konsorcjum lub wymagać od każdego z członków konsorcjum osiągnięcia określonych obrotów, ponieważ nie tylko ogranicza to swobodę tworzenia konsorcjum, ale także sprzeciwia się istocie i celowi tworzenia konsorcjum – możliwości korzystania z potencjału każdego z członków.

Żądając, aby każdy z członków konsorcjum wykazał średnioroczny obrót w wysokości 700.000,00 PLN, zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wykonawca składający ofertę samodzielnie musiał wykazać obroty w wysokości 700.000,00 PLN, 2 – podmiotowe konsorcjum musiał wykazać obroty w wysokości 1.400.000,00 PLN a 3 – podmiotowe konsorcjum w wysokości 2.100.000,00 PLN itd. To samo dotyczy żądania dotyczącego posiadanych środków finansowych. Tak postawione warunki finansowe stanowią więc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i stoją w sprzeczności z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, który wprost nakazuje traktować wykonawców występujących wspólnie tak jak pojedynczego wykonawcę, co oznacza, że nie wolno stawiać im większych wymagań niż pojedynczym wykonawcom.

UZP zwrócił też uwagę na fakt, że konsorcjum zawiązywane jest zwykle w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez zamawiającego. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia winni być względem siebie komplementarni i spełnienie warunku przez jednego z nich winno być traktowane jako spełnienie warunku przez konsorcjum.

Korekty finansowe:

Naruszenie dyspozycji art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 jest zagrożone korektą finansową w wysokości 25% w postępowaniach objętych dyrektywą 2004/18/WE. Natomiast w stosunku do postępowań o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE za naruszenie ww. przepisu korekta finansowa wynosi 5%.

Rozdział VI. Dokumenty żądane od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu

W toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zobowiązany jest sprawdzić, czy wykonawcy spełniają określone przez niego warunki udziału w postępowaniu. Czynności tej dokonuje badając dokumenty, jakich zażądał od wykonawców w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców określony został 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. Nr 87, poz. 605 ze zm.).

Ważne jest, że zamawiający może żądać od wykonawców tylko tych dokumentów, jakie są niezbędne dla potwierdzenia spełniania określonych warunków, zatem wymagania zamawiającego w tym zakresie powinny dotyczyć tylko takich dokumentów, w jakich znajdują się informacje, potrzebne do sprawdzenia, czy wykonawca spełnił konkretny warunek (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Warunki udziału w postępowaniu, jak również listę żądanych dokumentów zamieszcza się zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ.

Ww. rozporządzenie w sprawie dokumentów określa także dokumenty, jakich żąda się w postępowaniu od wykonawców zagranicznych (mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia zamiast:

- aktualnego odpisu z właściwego rejestru,
- aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego,
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp,

wykonawca zagraniczny składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne,
- nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

Natomiast zamiast aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp wykonawca zagraniczny składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Dodatkowo rozporządzenie wskazuje, że w sytuacji, gdy w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, wykonawca zastępuje je dokumentem zawierającym oświadczenie

złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Przykład 22 – żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania

Prowadząc postępowanie zamawiający zażądał od wykonawców załączenia do oferty m.in. sprawozdania finansowego, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta - również z opinią o badanym sprawozdaniu, 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. Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnego warunku, który miałyby być potwierdzony informacjami, jakie zawierają żądane przez niego dokumenty finansowe.

Postępowanie było przedmiotem kontroli Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

W ocenie UZP zamawiający naruszył art. 25 ustawy Pzp, który stanowi, że może on żądać od wykonawców tylko dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokumenty niezbędne to takie dokumenty, które pozwalają zamawiającemu ustalić, że wykonawca spełnia określony warunek udziału w danym postępowaniu. Przykładowo, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców, by byli ubezpieczeni w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na określoną kwotę – żąda odpowiedniego dokumentu ubezpieczenia, jeżeli wymaga wykazania się środkami finansowymi / zdolnością kredytową na określoną kwotę – żąda informacji z banku.

Skoro w niniejszym postępowaniu zamawiający nie określił żadnego warunku, odnoszącego się przykładowo do przychodów wykonawcy, jego obrotów, wskaźnika płynności finansowej itp., złożenie przez wykonawców sprawozdania finansowego wraz opinią biegłego rewidenta lub innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe nie było niezbędne dla przeprowadzenia tego postępowania.

Przykład 23 – brak określenia w ogłoszeniu dokumentów, jakie zobowiązani są złożyć wykonawcy zagraniczni

Prowadząc postępowanie związane z realizacją projektu zamawiający nie zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Dzielniku Urzędowym Unii Europejskiej informacji o tym, jakie dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinni przedłożyć wykonawcy zagraniczni. Informację w tym zakresie zawarł tylko w SIWZ.

Postępowanie było przedmiotem audytu Komisji Europejskiej.

Ustalenia Komisji Europejskiej:

Służby Komisji Europejskiej stwierdziły, że katalog dokumentów, jakich zamawiający żąda od wykonawców ubiegających się o zamówienie, w tym także dokumentów, jakie powinni złożyć wykonawcy zagraniczni musi zostać szczegółowo określony zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ogłoszeniu o zamówieniu beneficjent nie zamieścił informacji dotyczącej możliwości składania przez wykonawców z innych państw członkowskich dokumentów takich jak zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych czy Urzędu Skarbowego, wydanych zgodnie z systemem prawnym obowiązującym w tych krajach. Polscy oferenci zostali szczegółowo poinformowani o wszystkich wymaganych dokumentach już w ogłoszeniu o zamówieniu, natomiast informacje dla wykonawców zagranicznych dostępne były dopiero w SIWZ, co narusza przejrzystość postępowania i równość między wykonawcami, stanowi więc naruszenie zasad prawa UE w zakresie udzielania zamówień.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- Braku zamieszczenia w ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym UE albo SIWZ wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy - skutkuje korektą w wysokości 5% dofinansowania,
- Żądaniu od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania - skutkuje korektą w wysokości 5% dofinansowania.

Rozdział VII. Kryteria oceny ofert

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Jako przykłady pozacenowych kryteriów, odnoszących się do przedmiotu zamówienia ustawa Pzp wskazuje:

- jakość,
- funkcjonalność,
- parametry techniczne,
- zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko,
- koszty eksploatacji,
- serwis,
- termin wykonania zamówienia.

Co najważniejsze, ustawa Pzp nie stanowi, że jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma być cena. Po drugie, wskazane w ww. przepisie pozacenowe kryteria oceny ofert mają charakter przykładowy i nie stanowią katalogu zamkniętego. Oznacza to, iż zamawiający może ustalić również inne kryteria, np. kryterium okresu czy warunków gwarancji. Ponadto, zgodnie z ust. 3 ww. artykułu ustawy Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności wiarygodności ekonomicznej, technicznej i finansowej wykonawcy (zakaz ten nie dotyczy jedynie postępowań, których przedmiotem są usługi wymienione w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp). Inaczej mówiąc, w oparciu o kryteria oceny ofert zamawiający oceniać ma warunki oferty, a nie szeroko pojętą wiarygodność wykonawcy.

Informacja o wybranych kryteriach oceny ofert i ich znaczeniu (wadze) musi zostać zamieszczona zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ. Dodatkowo w SIWZ zamieszcza się opis sposobu, w jaki zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o ustalone kryteria.

Przykład 24 – kryteria dotyczące właściwości wykonawcy

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie obowiązków księgowego projektu zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

1. Wynagrodzenie brutto za 1 h pracy -50%,
2. Kwalifikacje i doświadczenie - 50%.

Dokonując oceny kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy zamawiający brał pod uwagę ilość lat doświadczenia wykonawcy, odbyte dodatkowe kursy i szkolenia itp.

Postępowanie było przedmiotem kontroli Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

W ocenie UZP zastosowane przez zamawiającego kryterium – kwalifikacje i doświadczenie (waga 50%) naruszały art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, ponieważ odnoszą się do cech wykonawcy, a nie cech przedmiotu zamówienia, czyli oferowanych przezeń usług. Urząd zwrócił też uwagę na fakt, iż naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ z trzech wykonawców, którzy złożyli oferty, dwóch zaoferowało taką samą cenę, co oznacza, że o wyborze jednego z nich decydowało zakazane kryterium podmiotowe. W konsekwencji zawarta w wyniku postępowania umowa na świadczenie usług księgowego projektu jest nieważna, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

UZP wskazał, że dokonanie przez zamawiającego oceny podmiotowej wykonawców powinno poprzedzać czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Są to czynności względem siebie odrębne wywołujące odmienne skutki prawne:

- ocena podmiotowa dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie postawionych warunków udziału w postępowaniu oraz zażądanych dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków,

natomiast

- ocena oferty dokonywana jest na podstawie kryteriów oceny ofert, które nie mogą odnosić się do właściwości wykonawcy.

Pierwsza z czynności ma na celu wyodrębnienie podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia i ewentualnie wykluczenie tych, którzy postawionych warunków nie spełniają, jako nie posiadających odpowiednich kwalifikacji do rzetelnego zrealizowania zamówienia. Druga z czynności ma na celu wybór oferty najkorzystniejszej, spośród ofert złożonych przez podmioty, które w wyniku oceny spełniania warunków zostały uznane za zdolne do realizacji zamówienia publicznego.

W ramach kryteriów oceny ofert zamawiający zobowiązany jest badać już tylko cechy dotyczące przedmiotu zamówienia, czyli jego cenę, parametry, rozwiązania techniczne, funkcjonalność, metodologię wykonania, termin wykonania itp.

Przykład 25 – kryterium dotyczące właściwości wykonawcy

Zamawiający prowadząc postępowanie na zakup autobusów komunikacji miejskiej w ramach jednego z przyjętych kryteriów oceny ofert: „Warunki gwarancji i serwisu” określił podkryterium „Autoryzowana stacja serwisowa”. Zamawiający przedstawił następujący sposób oceny ofert w oparciu o to podkryterium:

Wykonawca posiadający autoryzowany serwis w mieście X lub do 10 km do miasta X:

- działający na rynku co najmniej 3 lata – 50 pkt;
- działający na rynku poniżej 3 lat – 40 pkt;

Wykonawca posiadający autoryzowany serwis w odległości do 30 km od granicy miasta X:

- działający na rynku co najmniej 1 rok – 20 pkt;
- działający na rynku poniżej 1 roku – 15 pkt;

Wykonawca posiadający autoryzowany serwis w odległości powyżej 30 km jednak nie dalej niż 50 km od granicy miasta X:

- działający na rynku co najmniej 1 rok – 10 pkt;
- działający na rynku poniżej 1 roku – 5 pkt;

Wykonawca posiadający autoryzowany serwis w odległości powyżej 50 km od granicy miasta X – 0 pkt.

Postępowanie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej i finansowej. W ramach kryterium oceny ofert „Warunki gwarancji i serwisu”, zamawiający wskazał, iż ocenie podlegać będzie odległość autoryzowanego serwisu od granic administracyjnych miasta oraz że będzie oceniał czas obecności wykonawcy na rynku. Wykazanie się posiadaniem autoryzowanego serwisu stanowi warunek podmiotowy dysponowania potencjałem technicznym, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp natomiast czas działania na rynku jest kryterium podmiotowym (odnoszącym się do właściwości wykonawcy) nie przewidzianym nawet w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrola podkreśliła, że 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 oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast ocena przedmiotowa na podstawie kryteriów oceny ofert. Pierwsza z nich ma na celu wyodrębnienie podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia publicznego. Druga ma na celu wybór oferty najkorzystniejszej, spośród ofert złożonych przez podmioty, które uprzednio zostały uznane za zdolne do realizacji zamówienia. Rozdzielenie oceny podmiotowej od przedmiotowej jest jedną z ważniejszych zasad obowiązujących przy udzielaniu zamówień publicznych.

Jednocześnie kontrola uznała, że zastosowanie takich kryteriów oceny ofert, jak bliskość siedziby wykonawcy stoi w sprzeczności z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Zastosowane przez zamawiającego kryterium odnoszące się do odległości pomiędzy punktem serwisowym a siedzibą zamawiającego (miejscem lokalizacji przedmiotu objętego usługą serwisową) nie musi przekładać się na szybkość reakcji serwisu lub jego dostępność dla zamawiającego. Na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek zorganizowania w taki sposób swojej działalności serwisowej aby zapewnić wymaganą przez zamawiającego jego dostępności oraz czas reakcji, niezależnie od odległości od siedziby zamawiającego w jakiej znajduje się jego punkt serwisowy. W przedmiotowej kwestii decydujące znaczenie ma więc właściwa organizacja przez wykonawcę jego działalności. Ponadto, za niedopuszczalne należy uznać zastosowanie kryterium odnoszącego się do wymogu funkcjonowania na rynku wykonawców przez określony czas.

W związku z powyższym kontrola uznała, że zamawiający ustalając jako jedno z podkryteriów oceny ofert kryterium podmiotowe naruszył dyspozycję art. 91 ust. 3 ustawy Pzp a kontrolowane postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie

zamówienia publicznego i powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Korekty finansowe:

Zgodnie z Taryfikatorem, w postępowaniach objętych w całości dyrektywą 2004/18/WE naruszenie polegające na:

- Braku zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym UE oraz w SIWZ pełnej informacji o kryteriach oceny ofert i ich znaczeniu - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania,
- Braku zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym UE albo SIWZ pełnej informacji o kryteriach oceny ofert i ich znaczeniu - skutkuje korektą w wysokości 5% dofinansowania,
- Dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem innych kryteriów niż określone w SIWZ - skutkuje korektą w wysokości 25% dofinansowania,
- Stosowaniu kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy, a nie oferowanego zamówienia - skutkuje korektą w wysokości od 10% do 25% dofinansowania.

Część II Ocena ofert

Rozdział I. Wykluczenie wykonawcy w związku z uchybieniami dotyczącymi wniesienia wadium

Wadium to suma pieniężna lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy wnoszone przez wykonawcę przed upływem terminu składania ofert w celu zabezpieczenia oferty, pod rygorem wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Funkcją wadium jest stworzenie bariery finansowej, która ma zapewnić przystąpienie do postępowania o zamówienie publiczne jedynie podmiotów rzeczywiście nim zainteresowanych – w przypadku odmowy podpisania umowy na warunkach zawartych w ofercie oraz innych przypadkach opisanych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp kwota wadium przepada na rzecz zamawiającego. Skoro wadium zabezpiecza ofertę, musi być złożone przed upływem terminu składania ofert. Dowód wniesienia wadium może być zdeponowany u zamawiającego bądź załączony do oferty - ustawa Pzp nie stawia żadnych wymagań w tym zakresie.

Wykonawcy, którzy nie zabezpieczyli oferty prawidłowo wniesionym wadium podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a ich oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Przykład 26 - forma dokumentu wadialnego

Zamawiający w SIWZ wskazał, że w przypadku gdy wykonawca wnosi wadium w innej formie niż pieniężna, oryginał dokumentu powinien być złożony przed upływem terminu składania ofert w wydziale ds. zamówień publicznych. Do oferty wykonawcy mieli natomiast załączyć potwierdzoną za zgodność z oryginałem kserokopię dokumentu złożonego w wydziale.

Jeden z wykonawców nie złożył w wydziale ds. zamówień publicznych oryginału dokumentu wadium, lecz załączył kserokopię gwarancji ubezpieczeniowej, potwierdzoną za zgodność z oryginałem do oferty. Zamawiający uznał, że oferta wykonawcy nie została właściwie zabezpieczona wadium i wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Wykluczony wykonawca wniósł protest a następnie odwołanie.

Ustalenia KIO:

Izba⁸ ustaliła, że z postanowień gwarancji ubezpieczeniowej załączonej do oferty odwołującego się wykonawcy nie wynikał obowiązek posiadania oryginału gwarancji, by zamawiający mógł zaspokoić z niej swe roszczenia w przypadkach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Skoro

⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. KIO/UZP 1367 /08.

zamawiający będzie w stanie dochodzić należności z gwarancji ubezpieczeniowej złożonej w formie kserokopii, to taka forma wniesienia wadium jest dopuszczalna i wystarczająca. Zamawiający nie może więc uznać, że oferta nie została zabezpieczona wadium, nawet jeśli w SIWZ wymagał oryginału dokumentu.

Realizacja roszczeń z gwarancji odbywa się w ten sposób, że beneficjent gwarancji (w tym przypadku zamawiający) w celu zrealizowania gwarancji powinien przedłożyć towarzystwu ubezpieczeniowemu pisemne żądanie. Wtedy, pod warunkiem, że spełnione zostały warunki umowy gwarancyjnej, zostanie wypłacona odpowiednia kwota. Po wypłacie przez towarzystwo ubezpieczeniowe beneficjentowi sumy gwarancyjnej, zleceniodawca (w tym przypadku wykonawca) musi zwrócić towarzystwu tę kwotę.

W związku z powyższym, załączenie kopii gwarancji do oferty nie mogło być podstawą wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem w chwili składania oferty była ona zabezpieczona wadium. Wystąpił jedynie błąd co do formy dokumentu potwierdzającego fakt wniesienia wadium.

Mając na uwadze powyższe KIO uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu powtórzyć badanie i ocenę ofert.

Przykład 27 – wadium wnoszone przez konsorcjum

Prowadząc postępowanie związane z realizacją projektu zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, wskazując, iż nie została ona prawidłowo zabezpieczona wadium, gdyż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne wnieśli wymagane wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na zlecenie tylko jednego z członków konsorcjum. Zdaniem zamawiającego oferta konsorcjum nie została zabezpieczona wadium wniesionym przez podmiot zobowiązany.

Postępowanie było przedmiotem kontroli Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

Kontrola stwierdziła, że w wyniku wykluczenia wykonawcy doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty jest naruszeniem dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Urząd nie podzielił stanowiska zamawiającego który uważał, że zobowiązaniem z tytułu wadium był wyłącznie partner konsorcjum, na którego została wystawiona gwarancja ubezpieczeniowa, a zobowiązanie nie uwzględniało solidarnej odpowiedzialności lidera konsorcjum na wypadek zaistnienia przesłanek utraty wadium z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Kontrolerzy zwrócili uwagę na treść art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy. Zgodnie z treścią art. 141 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy

i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Solidarność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powstaje z mocy prawa (ex lege). Oznacza to, że zamawiający może domagać się spełnienia całości lub części świadczenia od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, niezależnie od woli tych wykonawców wyrażonej chociażby w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej.

W sprawie możliwości wystawienia wadium na jednego z członków konsorcjum wypowiedział się Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 1 października 2007 r. (Sygn. akt XIX Ga 408/07), stwierdzając iż: „Fakt udzielenia zamawiającemu gwarancji bankowej na zlecenie jednego z członków Konsorcjum nie skutkuje ograniczeniem zabezpieczenia zamawiającego jedynie do możliwości domagania się wykonania tej gwarancji w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn obciążających wyłącznie podmiot, na którego zlecenie bank udzielił gwarancji. Zamawiający korzystając z solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość wyboru od którego z członków Konsorcjum zażąda spełnienia zabezpieczenia wadialnego bez względu na to, który z członków ponosi odpowiedzialność za nie zawarcie umowy po wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. W opisaney sytuacji mając na uwadze przepis art. 141 Prawa zamówień publicznych należało stwierdzić, iż skoro na zlecenie jednego z członków Konsorcjum bank udzielił gwarancji zamawiającemu w wymaganej wysokości oraz w formie zgodnej z obowiązującymi przepisami interes zamawiającego został należycie zabezpieczony.”

Rozdział II. Wyjaśnienia dotyczące treści ofert

1. Zakres wyjaśnień treści oferty

Ustawa Pzp przewiduje procedurę, zgodnie z którą w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie Pzp.

Do wyjątków o których mowa wyżej należą następujące sytuacje:

1. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 87 ust 1 a ustawy Pzp).
2. Zamawiający poprawia w ofercie:
 - 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona (art. 87 ust 2 ustawy Pzp).

Przykład 28 – niedozwolone wyjaśnienie treści oferty

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w związku z realizacją projektu na dostawę urządzenia medycznego zamawiający żądał, aby jeden z elementów urządzenia posiadał minimalną pojemność na określonym przez zamawiającego poziomie.

W trakcie oceny złożonych w postępowaniu ofert zamawiający stwierdził, że urządzenie oferowane przez jednego z wykonawców posiada maksymalną pojemność mniejszą niż wymagana.

Działając w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający poprosił wykonawcę o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Wykonawca w drodze wyjaśnień zaoferował zamawiającemu element urządzenia – spełniający wymaganie z SIWZ. Zamawiający uznał ofertę tego wykonawcy za najkorzystniejszą.

Postępowanie było przedmiotem kontroli Prezesa UZP.

Ustalenia kontroli UZP:

Kontrola stwierdziła, że w związku z tym, że oferowany przez wykonawcę produkt nie spełniał wymogów określonych w SIWZ, oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

W niniejszym stanie faktycznym skorzystanie przez Zamawiającego z trybu wyjaśnień o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp było niedopuszczalne. Przepis ten zezwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, lecz z zastrzeżeniem, iż niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (oprócz zmian dozwolonych art. 87 ust. 2 ustawy Pzp). Oznacza to, że zamawiający nie mógł uwzględnić w ofercie wykonawcy zmian wynikających ze złożonych wyjaśnień bowiem prowadziły one do istotnej zmiany treści oferty.

2. Rażąco niska cena

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp Zamawiający musi dokonać oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu (wartości) zamówienia. Jednocześnie, przepisy określają procedurę jaką zamawiający ma obowiązek zastosować w celu określenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w przypadku gdy zachodzi takie podejrzenie. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w takiej sytuacji zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zgodnie z art. 90 ust 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli ocena udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa, cena rażąco niska to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, przez co budzi wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania zamówienia. Pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do całego przedmiotu zamówienia, a nie poszczególnych jego elementów, cen jednostkowych.

Przykład 29 - wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny

Zamawiający uruchamiając postępowanie o zamówienie publiczne, którego przedmiotem było wykonanie robót budowlanych ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 898.877,40 PLN. Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wszczął procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny względem wykonawcy, który zaoferował wykonanie robót za cenę 519.257,24 PLN.

Po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień zamawiający odrzucił jego ofertę, bowiem zaoferowana cena była o ponad 50% niższa niż wartość szacunkowa zamówienia, a zdaniem zamawiającego wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jako najkorzystniejszą ofertę zamawiający uznał ofertę z ceną 593.135,83 PLN.

Wykonawca, którego oferta została odrzucona wniósł protest a następnie odwołanie.

Ustalenia KIO:

Krajowa Izba Odwoławcza⁹ stwierdziła, że zamawiający oceniając złożone przez wykonawcę wyjaśnienia pominął podniesione w nich argumenty i dowody. W ocenie KIO załączone do protestu i odwołania dowody z rachunków potwierdzały, że oferta została skalkulowana z uwzględnieniem obiektywnych okoliczności odnoszących się do sytuacji rynkowej wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że założył zysk na poziomie 15%, co oznaczało, że nie mógł wykonywać prac poniżej kosztów. Dodatkowo zaznaczył, że na wartość oferty miały również wpływ takie okoliczności jak: niewielka odległość miejsca wykonywania robót od siedziby zamawiającego, zatrudnienie dodatkowych osób na podstawie umowy zlecenia, posiadane zapasy grysu bazaltowego z ubiegłych lat, posiadanie nowej ekonomicznej linii produkcyjnej do wyrobu asfaltu.

Zdaniem Izby przy ocenie czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające odnoszenie ceny wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia. Kosztorysy inwestorskie często nie odzwierciedlają rzeczywistych cen rynkowych, w szczególności cen na rynku lokalnym.

Dodatkowo skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że udzielony przez zamawiającego termin na złożenie wyjaśnień mógł utrudnić odwołującemu zdobycie i przedstawienie dowodów. Przede wszystkim Izba dostrzega taką trudność w zdobyciu dowodów potwierdzających informacje odnoszące się do innych postępowań przetargowych oraz umów zlecenia zawartych z pracownikami. Te czynności bowiem wymagają uzgodnienia terminu zapoznania się z dokumentami u innych zamawiających, jak i uzyskania zgody na ujawnienie danych osobowych zawartych w umowach zlecenia. Dodatkowo sam odwołujący się wykazał na rozprawie, że w umowie o zakup linii produkcyjnej znajdowała się klauzula poufności. Zakazywała ona ujawniania jakichkolwiek informacji technicznych, gospodarczych i finansowych dotyczących tej umowy. Umowa została zawarta z przedsiębiorcą zagranicznym, co uniemożliwiało pozyskanie upoważnienia do ujawnienia zamawiającemu informacji z tej umowy we wskazanym przez niego terminie na złożenie wyjaśnień.

Uwagi praktyczne:

Ustawa nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Za rażąco niską cenę należy uznać cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do ceny rynkowej, taką która jednocześnie nie gwarantuje wykonania zamówienia w sposób opisany w SIWZ.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawsze gdy istnieje uzasadnione przypuszczenie, że cena jest rażąco niska, masz obowiązek przeprowadzić postępowanie wyjaśniające.

Oceniając złożone wyjaśnienia powinieneś wziąć pod uwagę obiektywne czynniki takie jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo

⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP691/08.

sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy itp. Nie wolno mechanicznie przyjąć, że cena znacząco odbiegająca od wartości zamówienia, czy od cen pozostałych ofert to cena rażąco niska. Możliwe jest bowiem, że wykonawca jest w stanie wykonać Twoje zamówienie za niższą cenę niż planowałeś a jednocześnie rzetelnie, zgodnie z SIWZ.

Pamiętaj też o tym, że wyznaczony przez Ciebie termin na udzielenie wyjaśnień musi być realny, umożliwiający wykonawcy uzyskanie dowodów potwierdzających rzetelność wyliczonej przez niego ceny.

Rozdział III. Poprawianie omyłek w ofertach

Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W przypadku stwierdzenia omyłki jej poprawienie jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego.

4. Oczywista omyłka pisarska

Zgodnie z orzecznictwem¹⁰, oczywista omyłka to taka, która jest bezsporna, nie budzi wątpliwości. Polega ona zazwyczaj na niezgodnym z zamierzonym, niewłaściwym bądź mylnym użyciu wyrazu lub jego pisowni albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu. „Oczywistość” takiej omyłki nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych analiz czy ustaleń. Po poprawieniu oczywistej omyłki sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Oczywista omyłka pisarska jest poprawiana bez odwoływania się do innych dokumentów, np. wyjaśnień wykonawcy¹¹.

5. Oczywista omyłka rachunkowa

Przez omyłkę rachunkową należy rozumieć „omyłkę w przeprowadzaniu rachunków na liczbach”¹², „omyłkę w trakcie dokonywania działania matematycznego”¹³. Tym samym, jest to

¹⁰ Wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 11 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 654/08.

¹¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2009 r.; sygn. akt KIO/UZP 11/09.

¹² Jacek Sadowy, „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod redakcją Jacka Sadowego, UZP, Warszawa 2008, str. 117.

omyłka polegająca na uzyskaniu błędnego wyniku jednego z działań matematycznych takich jak: mnożenie, dzielenie, dodawanie czy odejmowanie. Omyłka ma charakter oczywisty jeżeli jej charakter i warunki popełnienia wskazują, iż wykonawca działający z zamiarem uzyskania zamówienia, złożyłby ofertę o poprawnej treści.

Na takie rozumienie terminu oczywista omyłka rachunkowa wskazuje orzecznictwo, zgodnie z którym:

- „Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji.”¹⁴
- „Jest to oczywista omyłka rachunkowa, którą Zamawiający obowiązany jest poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Popełniony błąd jest bowiem wynikiem nieprawidłowego działania mnożenia”.¹⁵

Po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej zamawiający ma obowiązek dokonać dalszych poprawek – uwzględnić konsekwencje poprawienia w dalszych elementach wyliczeń wykonawcy.

6. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

„Inne omyłki” mogą dotyczyć nie tylko ceny, ale każdego elementu oferty np. parametrów, ilości, warunków realizacji itp. Przepis dotyczący poprawiania „innych omyłek” ma na celu ograniczenie ilości ofert odrzucanych z powodu niewielkich uchybień, które nie wpływają w sposób istotny na treść zobowiązania wykonawcy.

Podejmując decyzję, co do poprawienia omyłki należy pamiętać, że działanie takie nie może dotyczyć omyłek istotnych, a więc takich, których poprawienie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Ze względu na nieostry charakter przepisu w wielu przypadkach trudno jest ocenić, czy w konkretnych okolicznościach mamy do czynienia z omyłką, którą należy poprawić. Sugestie w tym zakresie daje orzecznictwo:

Przykład 30 – inna omyłka

W postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącym roboty budowlanej o wartości około 6.000.000,00 zł jeden z wykonawców w jednej z pozycji kosztorysu dotyczącego robót instalacyjnych zamiast wartości 1,12 r-g/m³ wpisał wartość 0,86 r-g/m³.

¹³ Krzysztof Rawa, Małgorzata Śledziwska w „Prawo zamówień publicznych 2009. Praktyczny komentarz ekspertów”, Wydawnictwo Wiedza i Praktyka, Warszawa 2009, str. 69.

¹⁴ Wyrok z dnia Krajowej Izby Odwoławczej 21 stycznia 2009 r., Sygn. akt KIO/UZP 20/09.

¹⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 roku, Sygn. akt KIO/UZP 21/09, KIO/UZO 38/09, KIO/UZO 41/09.

Zamawiający odrzucił ofertę stwierdzając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Wykonawca wniósł protest a następnie odwołanie.

Ustalenia KIO:

KIO¹⁶ ustaliła, że poprawienie tej omyłki wykonawcy wywołałoby konieczność przemnożenia wartości 1,12 r-g/m³ przez stawkę wynikającą z oferty wykonawcy tj. 10,60 zł/r-g. Wówczas poprawiony koszt tej pozycji kosztorysu ofertowego dałby wartość 11,8720 zamiast 9,1160. Po dokonaniu pozostałych obliczeń różnica w cenie całkowitej oferty wyniosłaby około 40,00 zł.

Izba stwierdziła, że wskazana omyłka stanowi niezgodność oferty z SIWZ jednakże podlega ona poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład orzekający uzasadnił to niewielką zmianą wartości ceny całkowitej oferty – około 40,00 zł, podczas gdy cena oferty przekraczała 6.000.000,00 zł. KIO zwróciła ponadto uwagę na fakt, że w ofercie znalazło się setki pozycji kosztorysów ofertowych i wiele podstaw wyceny. W ocenie Izby z okoliczności postępowania wynikał zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z SIWZ.

Mając na uwadze powyższe KIO uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu powtórzyć badanie i ocenę ofert.

Dla odróżnienia, w innym orzeczeniu¹⁷ KIO wskazała, że nie jest możliwe poprawienie omyłki prowadzącej do zmniejszenia ceny oferty z około 47.000.000,00 zł o około 1.000.000,00 zł, gdyż takie poprawienie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty. Na zakaz dokonywania takich poprawek, które zmieniają ofertę w sposób istotny wskazuje również kolejne orzeczenie KIO:

Przykład 31 – inna omyłka

W postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącym świadczenia usługi nadzoru inwestorskiego projektu dotyczącego budowy drogi zamawiający wskazał w SIWZ, iż wykonawcy powinni skalkulować cenę w oparciu o „Formularz cenowy”, którego wzór stanowił załącznik do SIWZ. Cena oferty miała obejmować koszt wykonywania usługi nadzoru w okresie podstawowym tj. 38 miesięcy oraz koszt świadczenia usługi nadzoru w okresie ewentualnego wydłużenia okresu realizacji robot budowlanych. Zamawiający wskazał również, że średnia miesięczna cena za okres wydłużenia robót winna stanowić 90% średniej miesięcznej ceny ryczałtowej za sprawowanie nadzoru w podstawowym okresie wykonywania robót.

Jeden z wykonawców zaoferował wynagrodzenie za okres podstawowy w łącznej kwocie 3.195.043,36 zł brutto, w tym z tytułu nadzoru w okresie prowadzenia robót 2.364.984,00 zł netto (tj. średnio 98.541,00 zł netto miesięcznie). Za realizację usługi w przedłużonym okresie robót wykonawca zaproponował średnią miesięczną cenę 5,00 zł, a więc 0,005% średniej

¹⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1277/08.

¹⁷ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 20/09).

miesięcznej ceny ryczałtowej nadzoru w podstawowym okresie robót.

Zamawiający odrzucił ofertę stwierdzając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Wykonawca wniósł protest a następnie odwołanie.

Ustalenia KIO¹⁸:

Popierając odwołanie wykonawca argumentował, że omyłka w jego ofercie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wynagrodzenie za świadczenie usługi nadzoru w przedłużonym okresie realizacji robót nie stanowiło jego zdaniem istotnego elementu oferty, ponieważ było ustalone przez zamawiającego, w stałej wysokości 90% średniej miesięcznej ceny ryczałtowej za sprawowanie nadzoru w podstawowym okresie wykonywania robót a sposób poprawienia omyłki nie może budzić wątpliwości. Wykonawca wskazał również, że nawet po poprawieniu omyłki cena jego oferty pozostanie ceną najkorzystniejszą w postępowaniu.

KIO ustaliła, że poprawienie tej omyłki wykonawcy zmieniliby cenę oferty z 3.195.079,96 zł na 3.844.231,47 zł, czyli o 649.151,51 zł, co stanowi około 20% ceny. Zdaniem KIO stanowiłoby to więc istotną zmianę treści oferty, co oznacza, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może mieć tu zastosowania.

KIO podkreśliła, że o możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ decyduje nie łatwość jej poprawienia, ale wpływ poprawienia na treść oferty, który nie może być istotny. Bez znaczenia jest tu fakt, że nawet po poprawieniu cena z oferty wykonawcy pozostanie ceną najkorzystniejszą oraz fakt, że kwota 649.151,51 zł nie musi być kwotą zapłaconą w rzeczywistości, gdyż przedłużenie okresu realizacji nadzorowanych robót może nie mieć miejsca w trakcie realizacji przedmiotowej inwestycji.

Mając na uwadze powyższe KIO oddaliła odwołanie.

¹⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 34/09.

Część III

Udzielanie zamówień wykonawcom powiązanym z zamawiającym (zamówienia „in house”)

Zgodnie z definicją legalną zamówienia publicznego zawartą w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp zamówienie publiczne to umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest usługa, dostawa lub robota budowlana. Tym samym, zamówienie publiczne to dwustronna czynność prawna, na mocy której strona dokonująca przysporzenia na rzecz drugiej strony otrzymuje w zamian korzyść majątkową (zamówienie jest opłacane przez zamawiającego). Do umów w sprawie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej co przesądza, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp). Oznacza to, że w przypadku gdy nie dochodzi do zawarcia umowy nie dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego.

Zgodnie z opinią UZP¹⁹ możliwe jest powierzenie tworzonej przez zamawiającego spółce prawa handlowego wykonywania zadań publicznych na podstawie innej niż umowa, np. na podstawie uchwały organu stanowiącego jednostki samorządu oraz aktu o jej utworzeniu (akt założycielski albo statut spółki). W takim przypadku a zatem nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym (strony nie zawierają umowy).

Orzecznictwo krajowe:

Stanowisko to potwierdza orzecznictwo krajowych sądów administracyjnych. Zgodnie z precedensowym stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego²⁰ dotyczącym powierzenia przez gminę realizacji jej zadań spółce, której jest ona wyłącznym właścicielem: *„Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania (...) W stosunkach zachodzących pomiędzy gminą a utworzoną przez nią jednostką organizacyjną jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy, jednakże pod warunkiem, że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę”*.

Analogiczne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie²¹ w sprawie dotyczącej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, utworzonej przez dwie gminy, w której każda miała 50% udziałów.

¹⁹ Opinia pt. „Zlecenie spółkom komunalnym przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywania zadań własnych”, www.uzp.gov.pl.

²⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05).

²¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 10 listopada 2005 r. (sygn. akt III SA/Wa 2445/05).

Tym samym, w świetle stanowiska UZP oraz dotychczasowych orzeczeń sądów krajowych procedury udzielania zamówień publicznych nie mają zastosowania do odpłatnego świadczenia usług przez spółkę zamawiającego, jeżeli podstawą świadczenia tych usług nie będzie umowa.

Orzecznictwo ETS:

Dalsze warunki udzielania zamówień podmiotom powiązanych z zamawiającym wynikają z utrwalonego orzecznictwa ETS²². Zgodnie z tym orzecznictwem instytucje zamawiające nie są zobowiązane do stosowania wspólnotowych regulacji dotyczących zamówień publicznych jeżeli spełnione są łącznie dwie przesłanki:

- 1) Zamówienie jest udzielane wykonawcy, który jest kontrolowany przez zamawiającego w sposób podobny do kontroli sprawowanej w stosunku do własnych służb lub departamentów / wydziałów zamawiającego:

Aby udzielenie przez zamawiającego zamówienia publicznego spółce, której jest on wspólnikiem lub akcjonariuszem było możliwe bez zastosowania procedur określonych dyrektywach dotyczących udzielania zamówień spółka musi podlegać kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wpływanie na decyzje tej spółki (zarówno strategiczne jak i inne istotne decyzje). Kontrola ta musi być szersza niż wynikająca ze standardowych uprawnień właścicielskich wynikających z prawa handlowego.

Wykluczone jest posiadanie udziałów (akcji) w spółce przez podmiot prywatny, choćby w niewielkiej części. Odnosi się to również do sytuacji, gdy sprzedaż części udziałów (akcji) podmiotowi prywatnemu nastąpi po udzieleniu zamówienia.

Nie ma przeszkód, aby spółka, której udzielane jest zamówienie należała do kilku zamawiających, a każdy z zamawiających miał w niej udział mniejszy niż 50%. W przypadku, w którym zamawiający ma udział mniejszościowy w spółce należącej całkowicie do podmiotów publicznych, orzecznictwo nie wymaga, by kontrola sprawowana była przez zamawiającego indywidualnie.

- 2) Wykonawca, któremu udzielane jest zamówienie wykonuje istotną część swojej działalności razem z instytucją zamawiającą lub dla tej instytucji:

Spółka wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki zamawiającej (jednostek) jeżeli działalność tej spółki poświęcona jest głównie tej jednostce (jednostkom), a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. Orzecznictwo ETS dopuszcza działalność takiej spółki na rynku o ile jest to działalność dodatkowa do głównego

²² Orzeczenie ETS z dnia 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 „Teckal”, orzeczenie ETS z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, orzeczenie ETS z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle, orzeczenie, orzeczenie ETS z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV.

przedmiotu działalności. Oceniając, czy spółka wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki trzeba brać pod uwagę wszelką działalność przedsiębiorstwa, wszystkie okoliczności sprawy, mające zarówno charakter jakościowy, jak i ilościowy (procent obrotu).

W przypadku gdy kilka jednostek kontroluje jedno przedsiębiorstwo, przesłanka dotycząca przeważającej części działalności może zostać spełniona, jeśli przedsiębiorstwo to wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie zarówno na rzecz jednej lub kilku z tych jednostek, jak i na rzecz ich wszystkich łącznie.

Tym samym zdaniem ETS dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych powinny być stosowane, gdy zamawiający zawiera odpłatną umowę z podmiotem, który jest od niego formalnie niezależny, tj. nie istnieje tylko albo przede wszystkim w celu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych dla tego zamawiającego. W przeciwnym wypadku nie mamy do czynienia z udzieleniem zamówienia publicznego.

Część IV

Udzielanie zamówień na usługi niepriorytetowe a zasady wynikające z Traktatu WE

Rozdział I. Regulacja art. 5 ustawy Pzp

Zgodnie z zasadami wynikającymi z regulacji ustawy Pzp oraz dyrektyw UE dotyczących udzielania zamówień, co do zasady wykonawcy wszelkich dostaw, usług i robót budowlanych, opłacanych przez podmioty zobowiązane do stosowania tej ustawy powinni być wybierani w konkurencyjnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zasada powszechności, zasada uczciwej konkurencji i zasada równego traktowania wykonawców - art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Jednocześnie obowiązujące przepisy przewidują szereg wyjątków od tej zasady, np. umożliwiają zlecenie niektórych usług (usług niepriorytetowych) w tzw. procedurze uproszczonej, uregulowanej w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp. Procedura ta ma zastosowanie do usług wymienionych w Załączniku VII do Rozporządzenia w sprawie CPV. Do usług wymienionych w Załączniku VI do Rozporządzenia w sprawie CPV stosuje się natomiast standardowe procedury ustawy Pzp²³.

Załącznik VII do Rozporządzenia w sprawie CPV zawiera 11 kategorii usług, np.:

Numer kategorii	Wyszczególnienie	Numer CPV
17	Usługi hotelarskie i restauracyjne	Od 55100000-1 do 55524000-9 i od 98340000-8 do 98341100-6
21	Usługi prawnicze	Od 79100000-5 do 79140000-7
24	Usługi edukacyjne i szkoleniowe	Od 80100000-5 do 80660000-8 (z wyjątkiem 80533000-9) 80533100-0, 80533200-1)

Określając dokładny zakres przedmiotowy usług wymienionych w załączniku VII sięgać należy do tekstu Wspólnego Słownika Zamówień. Przykładowo, kategoria 21 - „Usługi prawnicze” to:

79100000-5	Usługi prawnicze
79110000-8	Usługi w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej

²³ Porównaj: Joanna Czarnecka w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod redakcją Jacka Sadowego, Warszawa 2008, str. 122; dr Aleksandra Sołtysińska w opinii do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw sporządzona na zlecenie Biura Analiz Sejmowych w toku prac nad nowelizacją ustawy Pzp.

79111000-5	Usługi w zakresie doradztwa prawnego
79112000-2	Usługi reprezentacji prawnej
79112100-3	Usługi reprezentacji akcjonariuszy
79120000-1	Usługi doradztwa w zakresie patentów i praw autorskich
79121000-8	Usługi doradztwa w zakresie praw autorskich
79121100-9	Usługi doradztwa w zakresie praw autorskich do oprogramowania
79130000-4	Usługi prawne w zakresie dokumentów oraz uwierzytelniania
79131000-1	Usługi w zakresie dokumentów
79132000-8	Usługi uwierzytelniania
79132100-9	Usługi uwierzytelniania podpisu elektronicznego
79140000-7	Doradztwo prawne i usługi informacyjne

Ponadto tabela Załącznika VII do Rozporządzenia w sprawie CPV wymienia:

- Usługi transportu kolejowego (kategoria 18),
- Usługi transportu wodnego (kategoria 19),
- Dodatkowe i pomocnicze usługi transportowe (kategoria 20),
- Usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu (kategoria 22),
- Usługi detektywistyczne i bezpieczeństwa, z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych (kategoria 23),
- Usługi społeczne i zdrowotne (kategoria 25),
- Usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe (kategoria 26)

Katalog usług zawartych w Załączniku VII jest katalogiem otwartym, gdyż zawiera on również kategorię 27 „Inne usługi”. Oznacza to, że wszelkie usługi, które nie zostały wprost wymienione w załączniku VI do Rozporządzenia w sprawie CPV, objęte są kategorią 27 – Inne usługi, i wybór wykonawcy tych usług również podlega uproszczonej procedurze udzielania zamówień uregulowanej w art. 5 ustawy Pzp.

Udzielając zamówienia na usługi objęte art. 5 zamawiający ma możliwość nie stosowania przepisów ustawy Pzp regulujących:

- minimalne terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz minimalne terminy składania ofert, tj. możliwe jest wyznaczenie terminów krótszych niż wskazane w ustawie Pzp,
- kwestię wadium tj. możliwe jest odstąpienie od żądania wadium bez względu na to, jak wysoka jest wartość szacunkowa zamówienia,
- obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. możliwe jest poprzestanie na żądaniu od wykonawców oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wynikających z treści art. 22 ust. 1 ustawy Pzp,

- zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy tj. możliwe jest ustalenie kryteriów oceny ofert odnoszących się do np. doświadczenia wykonawcy, jego potencjału kadrowego, technicznego, czy też sytuacji ekonomicznej i finansowej,
- przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.

Należy ponadto wskazać, że w wyniku zmian wprowadzonych ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, której przepisy zaczną obowiązywać od dnia 29 stycznia 2010 r. w przypadku usług niepriorytetowych zamawiający może udzielić zamówienia w trybie:

- negocjacji z ogłoszeniem,
- negocjacji bez ogłoszenia,
- zapytania o cenę,
- licytacji elektronicznej,
- zamówienia z wolnej ręki,

bez konieczności powoływania się na uregulowane w ustawie przesłanki stosowania tych trybów, z tym, że wówczas należy wykazać, że zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować w szczególności co najmniej jedną z następujących okoliczności:

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

Natomiast tryb zapytania o cenę oraz tryb licytacji elektronicznej może być zastosowany tylko w przypadku zamówień o wartości szacunkowej nie przekraczającej progów tzw. procedury unijnej. Uzasadnieniem dla zastosowania każdego z ww. trybów jest fakt, że usługa objęta przedmiotem zamówienia nie została wymieniona w załączniku nr VI do Rozporządzenia w sprawie CPV, a więc stanowi tzw. usługę niepriorytetową. W sytuacji wyboru, do udzielenia zamówienia na usługę niepriorytetową, trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz trybu zamówienia z wolnej ręki zamawiający nie ma obowiązku przesyłania do Prezesa UZP zawiadomienia o wszczęciu postępowania w tych trybach, o którym mowa w art. 62 ust. 2 oraz art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi objęte art. 5 ust. 1, oraz inne usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy (procedurę standardową, albo procedurę uproszczoną). W żadnym przypadku nie można łączyć innych zamówień z usługami niepriorytetowymi, w celu uniknięcia stosowania konkurencyjnych procedur udzielania zamówień określonych ustawą Pzp.

Uwagi praktyczne:

Jeżeli chcesz ustalić, czy usługa, której musisz udzielić w związku z realizacją projektu stanowi usługę niepriorytetową, do której stosuje się procedurę uproszczoną, czy też usługę objętą standardowymi procedurami musisz wykonać następujące czynności:

1. Znaleźć kod CPV usługi we Wspólnym Słowniku Zamówień,
2. Sprawdzić, czy kod ten został ujęty w załączniku VI - jeżeli tak, masz do czynienia z usługą priorytetową i dokonujesz wyboru wykonawcy z zastosowaniem standardowych procedur ustawy Pzp.
3. Jeżeli Twoje zamówienie (kod CPV) nie zostało ujęte w Załączniku VI, oznacza to, że jest ono objęte Załącznikiem VII, a więc uproszczoną procedurą udzielania zamówień uregulowaną w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp.

Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy Twoje zamówienie zostało wymienione w tym załączniku wprost, jak i w sytuacji, gdy zamówienie nie zostało wymienione wprost ani w Załączniku VI ani w Załączniku VII, co oznacza, że masz do czynienia z „inną usługą”, a więc z zamówieniem objętym procedurą uproszczoną (art. 5 ust. 1 ustawy Pzp).

Rozdział II. Przestrzeganie zasad wynikających z Traktatu WE

Mimo, że część umów zawierana jest z pominięciem konieczności stosowania ustawy Pzp, to **nie oznacza to, że wybierając wykonawcę zamówienia można pominąć postanowienia i zasady wynikające bezpośrednio z Traktatu WE**. Zasady te obejmują swobodny przepływ towarów, prawo przedsiębiorczości, swobodę świadczenia usług, niedyskryminację i równe traktowanie, przejrzystość, proporcjonalność i wzajemne uznawanie. Na obowiązek stosowania zasad traktatowych zwraca uwagę Komisja Europejska, w dokumencie pt.: „Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02)”. Dokument ten odwołuje się do orzecznictwa ETS potwierdzającego, że postanowienia traktatu WE dotyczące rynku wewnętrznego mają zastosowanie również do zamówień nieobjętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych i określa właściwe praktyki w zakresie udzielania takich zamówień. Brak stosowania zasad traktatowych może stanowić podstawę do uznania wydatku poniesionego przez beneficjenta w ramach realizacji projektu za niekwalifikowalny.

Normy zaczerpnięte z Traktatu WE, na które powołuje się Komisja w ww. Komunikacie zostały odzwierciedlone w zasadach zawierania umów, które są określone w *Wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, które przewidują, poza koniecznością stosowania ustawy Pzp, dodatkowe trzy tryby zawierania umów:*

Tryb 1 – aukcja albo przetarg z KC

Beneficjenci, którzy nie są zobowiązani do stosowania Pzp powinni, co do zasady zawierać umowy w formie pisemnej w drodze aukcji albo przetargu, o którym mowa w KC, z uwzględnieniem jednak zasad zawartych w ww. Komunikacie. Są to następujące zasady:

- **zasada jawności**. Zgodnie z Wytycznymi istnieje obowiązek upublicznienia zamiaru zawarcia umowy, co najmniej w prasie lub Internecie oraz w siedzibie zamawiającego,
- **zasada niedyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia**, która zakazuje podawania w opisie informacji preferujących konkretnego wykonawcę. Co do zasady powinna więc istnieć dopuszczalność zaoferowania rozwiązań równoważnych,
- **zasada równego dostępu** dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich, a więc nie można prowadzić postępowania w sposób utrudniających udzielenie zamówienia podmiotom z innych krajów,
- **zasada wzajemnego uznawania dyplomów**,
- **terminy** pozwalające na przygotowanie oferty wszystkim potencjalnym oferentom,
- **zasada obiektywizmu i bezstronności** - konieczność zapewnienia, aby postępowanie było prowadzone w sposób obiektywny i bezstronny, a więc istnieje konieczność zapewnienia, że osoby mogące mieć jakikolwiek interes w udzieleniu zamówienia konkretnemu wykonawcy są wyłączone z postępowania.

Tryb 2 – rozeznanie rynku

Tryb ten dotyczy przede wszystkim umów o małej wartości, a więc poniżej 14 tysięcy Euro, a zamówień związanych z przygotowaniem materiałów przeznaczonych do emisji oraz zakupem czasu antenowego. W tym trybie powinni też zawierać umowy beneficjenci nie zobowiązani do stosowania ustawy Pzp, którzy zakupują tzw. usługi niepriorytetowe określone w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, a więc np. dotyczące usług prawniczych, gastronomicznych, hotelarskich etc.

Tego rodzaju umowy powinny być zawierane, co do zasady w formie pisemnej, w sposób efektywny, po dokonaniu rozeznania rynku, a więc udowodnieniu, że towar, usługa została wykonana po cenie nie wyższej od ceny rynkowej.

Tryb 3 – zapewnienie efektywności wydatku bez konieczności stosowania rozeznania rynku

Ten tryb zarezerwowany jest do szczególnych rodzajów umów np. nabycie nieruchomości, umowy z zakresu prawa pracy czy usługi arbitrażowe. W tym trybie umowy powinny być zawierane w sposób efektywny, w formie pisemnej.

Forma pisemna umowy

Należy zwrócić uwagę, że określony w Wytycznych wyjątek braku konieczności zachowywania formy pisemnej umowy nie zawiera w sobie wyłączenia braku konieczności zachowania efektywności wydatku, czy braku konieczności prowadzenia rozeznania rynku. Wskazuje jedynie, że wydatki poniesione w ramach umowy poniżej wskazanych progów, zawartej w formach inne niż pisemna będą mogły być uznane za kwalifikowalne. Natomiast, do ich zawarcia powinno dojść po spełnieniu zasad określonych w Wytycznych.