Warszawa, 3 sierpnia 2007 r.

UZP/EŁ/KN/64/2007

Informacja o wyniku kontroli następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli

Zamawiający:	Fundacja Rozwoju Gminy Kleszczów ul. Sportowa 3, 97-410 Kleszczów
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	wymiana samochodu TOYOTA Carina na nowy model TOYOTA AVENSIS
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 3 ustawy)
Wartość zamówienia:	brak

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli następczej przedstawionej dokumentacji postępowania, stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. W toku kontroli następczej stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wymianę samochodu TOYOTA Carina na nowy model TOYOTA AVENSIS" w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 3 ustawy zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów ustawy.

W art. 10 ustawy został określony zamknięty katalog trybów, w których może być udzielone zamówienie publiczne. Jednocześnie – w myśl art. 10 ust. 1 ustawy – zasadą jest, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Oznacza to, iż podmiot udzielający zamówienia powinien stosować przede wszystkim te tryby. W uzasadnionych przypadkach, ale tylko w okolicznościach przewidzianych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy), zamawiający może korzystać z innych trybów udzielania zamówień.

Zamówienie z wolnej ręki jest więc trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy. Zatem dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie wskazanego przepisu ustawy uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Niezwykle istotną kwestią jest więc istnienie obiektywnego monopolu podmiotu do wykonania zamówienia. Taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzezwyciężalny.

A. Po pierwsze należy stwierdzić, iż w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z *„przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze*", które dawałyby możliwość udzielenia przedmiotowego zamówienia tylko jednemu wykonawcy.

   Art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy nie może bowiem znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. W takich okolicznościach zamawiający winien podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym. Podkreślić również należy, iż zamawiający swoim działaniem nie może prowokować powstania monopolu i ograniczać innym podmiotom dostępu do zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest określenie przedmiotu zamówienia w sposób zobiektywizowany, z uwzględnieniem wszelkich uwarunkowań związanych z przedmiotem zamówienia, zgodnie z przepisami ustawy, w szczególności niedozwolone jest takie precyzowanie przedmiotu zamówienia, które eliminowałoby z postępowania określonych wykonawców lub stwarzałoby innym pozycję uprzywilejowaną.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień zgromadzonych w toku niniejszego postępowania kontrolnego wynika, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia obejmującego „wymianę samochodu TOYOTA Carina na nowy model TOYOTA AVENSIS", nie zachodzi sytuacja, w której przedmiotowe zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o charakterze obiektywnym.

Należy przede wszystkim podkreślić, że przyczyny techniczne najczęściej pozostają w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Obiektywnie rzecz biorąc, samochód osobowy nie posiada na tyle specyficznych i nietypowych cech technicznych, by mógł być wykonany tylko przez jednego wykonawcę.

Argumenty zamawiającego, iż AMX – Autoryzowany Dealer Toyota jest jedynym wykonawcą, który może dostarczyć samochód osobowy oraz odkupić samochód używany, jest bezzasadne. Powyższe uzasadnienie nie wskazuje bowiem na istnienie specyficznych cech i wymagań technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby, że tylko ww. wykonawca jest w stanie wykonać ten przedmiot zamówienia. Ponadto z dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający kierował zapytania ofertowe, na które pozytywnie odpowiedziało 4 dealerów samochodów marki Toyota. Nie można przyjąć, iż jedynie AMX – Autoryzowany Dealer Toyota jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, skoro z korespondencji z wykonawcami wynika, iż kilku z nich może dostarczyć taki samochód. Nie ma przy tym znaczenia, iż chodzi o ten sam egzemplarz samochodu sprowadzany do Polski przez poszczególnych dealerów.

Konkludując, z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy wynika jednoznacznie, że przesłanka prawna jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca. Przepis ten nie dotyczy jednak sytuacji, w której – obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie istnieje dwóch lub więcej wykonawców mogących wykonać tego typu przedmiot zamówienia, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich udzielić zamówienia powinna być podjęta w trybie konkurencyjnym. Zatem istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste, wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego.

B. Jednocześnie należy wskazać na niedopuszczalność w przedmiotowej sprawie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

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

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

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

Zamawiający uzasadniał prawidłowość zastosowania w niniejszym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy powołując się na następujące okoliczności:

- wykonywanie podstawowych, statutowych celów Fundacji wprost wiązało się i wiąże się z koniecznością dysponowania środkiem przewozu osób,
- Zarząd Fundacji pozyskał informacje, iż realizacja zamówienia samochodu osobowego miała potrwać kilka miesięcy od dnia złożenia zamówienia, zatem wdrożenie innego trybu zamówienia publicznego niewątpliwie pociągnęłoby za sobą odsunięcie w czasie dokonania ostatecznego zamówienia, a w konsekwencji samej jego realizacji,
- Czas realizacji zamówienia dopiero po 2 miesiącach od jego złożenia nie świadczył o tym, iż nie chodziło o natychmiastowe wykonanie dostawy, bowiem był to jedyny wskazywany przez wszystkich korespondentów termin, w tym świetle, termin 2 - miesięczny odnośnie przedmiotu zamówienia mógł mieć charakter „natychmiastowy", bo żaden wcześniejszy nie był wykonalny.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przekazanych przez zamawiającego zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynika, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 67 ust.1 pkt 3 ustawy.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi okoliczność, której obiektywnie wcześniej nie można było przewidzieć, tzn. sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zalicza się przykładowo: zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż decyzja o wymianie samochodu używanego na nowy została podjęta po zmianie zarządu Fundacji. Nie można takiej sytuacji nazwać okolicznością, której nie można było wcześniej przewidzieć i która umożliwia zastosowanie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Dodatkowo w przedmiotowej sprawie nie można uznać, że zachodzi potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia. „Natychmiastowość" wykonania musi, w myśl omawianego przepisu, być konsekwencją okoliczności, których wczesniej nie dało się przewidzieć. Na ogół podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby niepodjęciem w określonym czasie stosownych działań. Ponadto przyczyny leżące u podstaw zaistnienia potrzeby natychmiastowego wykonania zamówienia, której nie można było przewidzieć, nie mogą leżeć po stronie zamawiającego. W niniejszej sprawie proponowany przez dealerów termin realizacji dostawy był konsekwencją wymagań określonych przez zamawiającego, w tym zwłaszcza wymagań dotyczących koloru samochodu i tapicerki. Trudno przy tym znaleźć racjonalne powody, dla których zamawiający zmuszony był „pilnie" dysponować samochodem akurat o żądanym kolorze. W szczególności nie można przyjąć, że wymagany przez zamawiającego kolor był jedynym, który czyniłby zamawiany samochód odpowiednim do realizacji celów statutowych zamawiającego, tj. m. in. ochrona zdrowia, nauka, oświata i wychowanie, ochrona środowiska. Tym samym nie można przyjąć, że przedmiot zamówienia musiał być wykonany pilnie, co potwierdza dodatkowo zaakceptowany przez zamawiającego termin realizacji dostawy (2 miesiące).
Zatem w niniejszej sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy ani art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie. Oznacza to, że umowa zawarta w niniejszej sprawie jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, tj. zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy i w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania. W obydwu przypadkach nieważność umowy podyktowana jest zastosowaniem niedopuszczalnego w przedmiotowych okolicznościach trybu udzielenia zamówienia. Błędna decyzja podjęta przez zamawiającego w tej materii skutkowała tak na wybór oferty z rażącym naruszeniem ustawy (po przeprowadzeniu postępowania w trybie niedopuszczalnym w przedmiotowej sytuacji), jak również na naruszenie przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego

postępowania (poprzez zastosowanie przepisów normujących postępowanie w trybie, nie znajdującym zastosowania w tych okolicznościach).

2. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych tj. wymiana samochodu TOYOTA Carina na nowy model TOYOTA AVENSIS. Ponadto, zamawiający wymagał, by samochód Toyota Avensis był w kolorze brązowym z jasną tapicerką.

   Art. 29 ust. 1 ustawy, nakłada na zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.
   Wyjątek dopuszczający odmienny – od uregulowanego w art. 29 ust. 1 ustawy – opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został określony w art. 29 ust. 3 ustawy. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach - gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Należy podkreślić, iż obie przesłanki, tj. specyfika przedmiotu zamówienia i niemożność opisania przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, muszą wystąpić łącznie.
   Ponadto w przypadku opisania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych konieczne jest dopuszczenie składania ofert równoważnych, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Nawet w przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych zamawiający jest zobowiązany do dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert (precyzyjne określenie przez zamawiającego parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych). W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia precyzujące oczekiwania zamawiającego w odniesieniu do wymaganego przez niego zakresu „równoważności" oferty.

   Należy zauważyć, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała przesłanka zawarta w art. 29 ust. 3 ustawy uzasadniająca skorzystanie z dyspozycji niniejszego przepisu ponieważ przedmiot zamówienia w tym przypadku można było opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń bez używania nazw własnych produktów, które wskazywałyby konkretnego producenta.
   Należy podkreślić, iż na rynku istnieje wiele modeli samochodów o parametrach podobnych do samochodu Toyota Avensis. Zastosowanie konkurencyjnego trybu być może wyłoniłoby ofertę z samochodem tańszym a również spełniającym wymagania zamawiającego. Ponadto

wymóg konkretnego modelu samochodu z określonym kolorem nadwozia i tapicerki narusza podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego zamawiający opisując przedmiot zamówienia poprzez podanie znaków towarowych dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Tym samym, opisane naruszenie skutkuje nieważnością zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy tj. zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy i w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania.

3. Z dokumentacji przedstawionej do kontroli wynika, iż zamawiający nie sporządził protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

   Zgodnie z treścią art. 96 ust. 1 ustawy, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zawierający co najmniej:
   a. Opis przedmiotu zamówienia,
   b. Informacje o trybie udzielenia zamówienia,
   c. Informacje o wykonawcach,
   d. Cenę i inne istotne elementy ofert,
   e. Wskazanie wybranej oferty.

   Zaniechanie sporządzenia protokołu postępowania stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 ustawy.

4. Wykonawca, z którym została podpisana umowa - AMX – Autoryzowany Dealer Toyota nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

   Stosownie do treści art. 68 ustawy, najpóźniej z zawarciem umowy wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.
   Zaniechanie złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie art. 68 ustawy.