INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Kwiecień 2013 r.

Przy wykorzystaniu zamieszczonych w „Informatorze UZP" informacji poprzez przedruk całego artykułu bądź jego fragmentów należy: podać autora oraz źródło pochodzenia cytowanego tekstu wskazując na numer „Informatora UZP", rok i miesiąc wydania oraz adres strony internetowej, na której był on opublikowany.
Korzystając z zamieszczonych w „Informatorze UZP" danych, wykresów, zestawień statystycznych itp. należy wskazać wszystkie informacje identyfikujące materiał, z którego zostały one zaczerpnięte.

Spis treści

AKTUALNOŚCI 2
- Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku 2
- Przesłanki odrzucenia odwołania należy interpretować ściśle – wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach uwzględniający skargę Prezesa UZP na postanowienie KIO o odrzuceniu odwołania 2
- Pozew Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o stwierdzenie nieważności umów na świadczenie usług informatycznych zawartych z rażącym naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych 4

PRAWO EUROPEJSKIE 6
Zrewidowane Porozumienie w sprawie Zamówień Rządowych (Agreement on GovernmentProcurement – GPA) 6
OPINIE PRAWNE 13
Zasady reprezentacji spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 13
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 15
Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podst. art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - przykłady naruszeń wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP . 15
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 42
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych 42
ANALIZY SYSTEMOWE 56
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2013 – 31.03.2013 56

AKTUALNOŚCI

➢ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku

W dniu 19 kwietnia 2013 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał do uzgodnień międzyresortowych projekt „Sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku" z 14 dniowym terminem zgłaszania uwag.

Link do projektu sprawozdania: Projekt sprawozdania UZP 2012 do uzgodnień.

➢ Przesłanki odrzucenia odwołania należy interpretować ściśle – wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach uwzględniający skargę Prezesa UZP na postanowienie KIO o odrzuceniu odwołania

Przesłanki odrzucenia odwołania należy interpretować ściśle - Sąd Okręgowy w Katowicach w wyniku skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zmienił postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2013 r. (sygn. akt: KIO 252/13) o odrzuceniu odwołania z powodu zaniechania przekazania zamawiającemu wraz z kopią odwołania dokumentów, przywoływanych w treści odwołania.

Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: IX Ga 179/13) uwzględnił skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz zmienił postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2013 r. (sygn. akt: KIO 252/13) i oddalił odwołanie konsorcjum wykonawców kwestionujących wykluczenie konsorcjum z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji oraz odrzucenie złożonej oferty z powodu rażąco niskiej ceny. W ustnych motywach rozstrzygnięcia Sąd podkreślił, iż zasadniczym celem postępowania odwoławczego, wynikającym z implementacji do krajowego porządku prawnego postanowień dyrektywy odwoławczej, jest merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania. Bezpodstawne odrzucenie odwołania niweczy sens postępowania odwoławczego, gdyż zamyka wykonawcom drogę do uzyskania orzeczenia rozstrzygającego zasadność zarzutów wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zaskarżonym przez Prezesa Urzędu postanowieniu Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż wobec zaniechania przekazania zamawiającemu wymienionych w treści odwołania

dokumentów wraz z kopią odwołania, zamawiający pozbawiony został możliwości zapoznania się z informacjami istotnymi dla prowadzenia sporu. Dlatego też, w ocenie Izby, obowiązek odwołującego wskazania w odwołaniu dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności faktycznych wynikający z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań oraz przekazania kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie tego środka ochrony prawnej w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią, nie został spełniony. W związku z tym, Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Treść postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2013 r. (sygn. akt: KIO 252/13).

We wniesionej skardze Prezes Urzędu zarzucił Krajowej Izbie Odwoławczej naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj.: art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) poprzez bezpodstawne odrzucenie odwołania w sytuacji, gdy dokumenty, których odwołujący nie dołączył do kopii odwołania przekazanej zamawiającemu, nie stanowiły merytorycznej treści odwołania, a zatem ich nie dołączenie nie mogło skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Prezes Urzędu podnosił, iż dokumenty, których odwołujący nie przekazał zamawiającemu wraz z kopią odwołania potwierdzały okoliczności uzewnętrznione uprzednio w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, a więc i tak już znane zamawiającemu. W ocenie Prezesa Urzędu, dokumenty te nie kreowały treści odwołania w rozumieniu ww. przepisu rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań i nie stanowiły jego merytorycznej treści. Skarżący podkreślił także, iż niezasadne odrzucanie odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą podważa zasadniczy sens procedury odwoławczej, jakim jest zapewnienie wykonawcom skutecznego i efektywnego narzędzia ochrony przed niezgodnymi z przepisami ustawy Pzp decyzjami zamawiającego.

Skarga Prezesa UZP z dnia 12 marca 2013 r.

Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: XIX Ga 179/13) w istotny sposób przyczynia się do eliminacji przypadków automatycznego odrzucania odwołań w sytuacji zaniechania załączenia do kopii odwołania dokumentów, bez względu na ich merytoryczne znaczenie dla prowadzonej sprawy. Wydane orzeczenie

ugruntowuje także prawo wykonawców do korzystania z efektywnego systemu środków ochrony prawnej.

Treść wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r. wraz z uzasadnieniem zostanie zamieszczona na stronie internetowej UZP w zakładce Orzecznictwo ws. zamówień publicznych po otrzymaniu ich odpisu.

➢ Pozew Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o stwierdzenie nieważności umów na świadczenie usług informatycznych zawartych z rażącym naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych

W dniu 19 kwietnia 2013 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł pozew o stwierdzenie nieważności czterech umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych w ramach realizacji programu PESEL2 przez Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji (obecnie Centrum Projektów Informatycznych) oraz IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wystąpienie do sądu z powództwem w niniejszej sprawie stanowi następstwo kontroli doraźnej Prezesa Urzędu w przedmiocie przeprowadzonych przez Centrum Projektów Informatycznych MSWiA postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 listopada 2012 r. (znak: UZP/DKUE/KN/25/2012) stwierdzono naruszenia przez zamawiającego dotyczące: 1) obowiązku zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo, iż wartość całego zamówienia jest większa od progu zastosowania przepisów tej ustawy, w następstwie niezgodnego z prawem podziału przez zamawiającego zamówienia na części oraz zaniżenia wartości pierwszej jego części oraz 2) zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania kolejnych, trzech części zamówień z powołaniem się na prawa autorskie i doświadczenie, wynikające z umowy zawartej bez zastosowania Prawa zamówień publicznych.

W przedmiotowych okolicznościach, zamawiający udzielił zamówienia na dostarczenie oprogramowania informatycznego z wyłączeniem stosowania przepisów ustawy Pzp (w wyniku zaniechania łącznego oszacowania wartości tego zamówienia z wartością przewidywalnych zamówień na jego modyfikację), a następnie powołując się na brak posiadania praw autorskich do modyfikacji systemu, wynikający z zapisów umowy w sprawie udzielenia ww. zamówienia oraz doświadczenie wykonawcy, niezasadnie zastosował tryb z

wolnej ręki (z błędnym powołaniem się na możliwość realizacji zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę, wynikającą z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze lub praw wyłącznych), udzielając twórcy oprogramowania informatycznego zamówień na jego modyfikację.

Należy również podkreślić, iż wartość umowy zawartej poza ustawą Prawo zamówień publicznych na dostarczenie oprogramowania informatycznego wyniosła około 45 tysięcy złotych, a na jej podstawie udzielono 3 zamówienia w trybie z wolnej ręki na modyfikację dostarczonego oprogramowania o wartości ponad 70 milionów złotych. Przedmiotowy pozew o stwierdzenie nieważności umów zawartych w wyniku wadliwie przeprowadzonych procedur udzielania zamówień publicznych ma charakter systemowy i służyć ma wyeliminowaniu negatywnego zjawiska uzależniania zamawiających od pierwotnego wykonawcy oprogramowania informatycznego, a następnie udzielania kolejnych zamówień w trybie z wolnej ręki wielokrotnie przekraczających swą wartością zamówienie podstawowe. Powyższe działania zamawiających prowadzą bowiem do niezgodnego z prawem stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a tym samym ograniczenia konkurencji wśród firm informatycznych w ubieganiu się o zamówienia na systemy informatyczne, braku efektywności ekonomicznej przy wydatkowaniu środków publicznych przeznaczonych na informatyzację oraz niebezpieczeństwa pojawienia się zjawisk korupcyjnych.

Jednocześnie Prezes Urzędu wniósł o zobowiązanie stron ww. umów w sprawie zamówień publicznych do zwrotu wzajemnie spełnionych na ich podstawie świadczeń.

PRAWO EUROPEJSKIE

Zrewidowane Porozumienie w sprawie Zamówień Rządowych (Agreement on GovernmentProcurement – GPA)

1. Wprowadzenie

Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (GPA) stanowi jedyną wiążącą umowę w ramach WTO (*ang. World Trade Organization*) odnoszącą się wyłącznie do zamówień rządowych. Jego obecna wersja została wynegocjowana podczas Rundy Urugwajskiej i weszła w życie w dniu 1 stycznia 1996 r. („GPA z 1994 r.”). Umowa w sprawie zamówień publicznych jest, według terminologii WTO, tzw. umową „plurilateralną”, czyli wiążącą jedynie dla tych spośród członków WTO, którzy zdecydowali się do niej przystąpić (w odróżnieniu od umów multilateralnych, wiążących wszystkich członków WTO).

Obecnie **stronami Porozumienia GPA są następujące kraje:** Armenia, Holandia w odniesieniu do Aruby, Hong-Kong, Islandia, Izrael, Japonia, Kanada, Korea, Lichtenstein, Norwegia, Singapur, Szwajcaria, Tajwan, Stany Zjednoczone Ameryki, Unia Europejska, w tym jej 27 państw członkowskich.

Status obserwatoraw Komitecie GPA ma obecnie 26 członków WTO: Albania, Argentyna, Australia, Bahrain, Kameron, Chile, Chiny, Kolumbia, Chorwacja, Gruzja, Indie, Indonezja, Jordania, Republika Kirgizji, Malezja, Mołdawia, Mongolia, Czarnogóra, Nowa Zelandia, Oman, Panama, Arabia Saudyjska, Sri Lanka, Turcja, Ukraina and Wietnam. Status obserwatora Indonezji, Malezji, Czarnogóry i Wietnamu zostały zatwierdzone w 2012 r. **Status obserwatora posiadają ponadto cztery organizacje międzyrządowe**, tj. Międzynarodowy Fundusz Walutowy (IMF), Centrum Handlu Międzynarodowego, Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) oraz Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju (UNCTAD).

Porozumienie w sprawie zamówień rządowych z 1994 r. składa się z preambuły oraz 24 artykułów podzielonych na ustępy, określających podstawowe zasady odnoszące się do wyszczególnionych elementów procedur udzielania zamówień publicznych. Właściwy zakres obowiązywania GPA wynika jednak z treści załączników oraz not złożonych przez poszczególne strony, w których wskazane są podmioty zobowiązane do stosowania reguł Porozumienia oraz kategorie zamówień, do których te reguły będą mieć zastosowanie, a także

kategorie zamówień, których dana strona nie zamierza udostępniać wykonawcom, usługom i towarom pochodzących od innych stron Porozumienia.

Porozumieniem zarządza **Komitet ds. Zamówień Rządowych (Komitet GPA), powołany i działający na podstawie GPA z 1994 r.**

2. Prace nad rewizją Porozumienia GPA z 1994 r.

W treść GPA z 1994 r. wpisane jest zobowiązanie do prowadzenia negocjacji dotyczących zarówno tekstu, jak i zakresu zastosowania Porozumienia, począwszy od jego przyjęcia w 1994 r. (art. XXIV ust. 7 lit. b)).

Negocjacje w tym względzie zostały zainicjowane w 1999 r. i toczyły się na forum Komitetu w sprawie Zamówień Rządowych.

2.1 Negocjacje

Negocjacje toczące się na forum Komitetu ds. Zamówień Rządowych miały potrójny cel:

(i) ulepszenie i zaktualizowanie GPA z 1994 r. w świetle rozwoju technologii informatycznych oraz metod udzielania zamówień;

(ii) rozszerzenie zakresu zastosowania GPA z 1994 r. oraz

(iii) wyeliminowanie utrzymywanych środków dyskryminujących.

Negocjacje w imieniu UE były prowadzone przez Komisję Europejską, przy czym Rada UE była regularnie informowana o ich stanie, za pośrednictwem Komitetu ds. Polityki Handlowej.

W grudniu 2006 r. strony GPA osiągnęły porozumienie w sprawie rewizji tekstu GPA z 1994 r. Porozumienie osiągnięte przez negocjatorów miało jednak charakter tymczasowy, ponieważ było uwarunkowane wzajemnie satysfakcjonującym rezultatem negocjacji dotyczących poszerzenia zakresu zastosowania (dostęp do rynku; zakres zastosowania Porozumienia jest określony w odniesieniu do każdej ze stron w dodatku I do GPA z 1994 r.).

Porozumienie polityczne na szczeblu ministerialnym w sprawie rezultatów negocjacji zostało osiągnięte w dniu 15 grudnia 2011 r., a następnie zostało potwierdzone w dniu 30 marca 2012 r. poprzez przyjęcie przez Komitet GPA decyzji dotyczącej rezultatów negocjacji. Decyzja dotycząca rezultatów negocjacji zawiera: Protokół zmieniający Porozumienie w sprawie zamówień rządowych („Protokół") oraz w dodatku 2 siedem decyzji Komitetu

ds. Zamówień Rządowych ustanawiających przyszłe programy prac tego komitetu oraz wymogi dotyczące powiadomień przekazywanych zgodnie z art. XIX i XXII Porozumienia.

2.2. Zmiany wprowadzone w GPA[1]

2.2.1 Główe zmiany w tekście

Celem, jakiemu miały służyć zmiany wprowadzone w tekście GPA było przede wszystkim dostosowanie porozumienia do nowych warunków oraz zapewienie większego stopnia przejrzystości i wprowadzenie większych gwarantowancji w zakresie równych szans w postępowaniach o udzielenie zamówienia dla dostawców, towarów i usług pochodzących z państw stron GPA.

Poniżej przedstawiono najważniejsze nowe elementy.

Strony GPA zostaną zobowiązane do utworzenia **bezpłatnej i centralnej elektronicznej bazy danych**, która zawierać będzie ogłoszenia przetargowe publikowane przez ministerstwa oraz inne centralne podmioty zamawiające. Nowe obowiązki oparte są w dużym stopniu na modelu unijnym, gdyż UE prowadzi bezpłatną wspólną bazę danych pod nazwą *Tender Electronic Daily* (TED), w której udostępniane są wszystkie ogłoszenia przetargowe. Poprawi to możliwości dostępu do przetargów organizowanych przez wszystkie strony GPA.

Zrewidowane GPA zawiera **jaśniejsze zasady kwalifikacji dostawców umożliwiające większą konkurencję**: podobnie do systemu unijnego, proces kwalifikacji pozwoli upewnić się, że firmy pragnące uczestniczyć w postępowaniu nie były uznane za winne przekupstwa lub korupcji. Poza tym stałe wykazy dostawców prowadzone przez podmioty zamawiające będą otwarte dla niezarejestrowanych w nich dostawców, co umożliwi zwiększenie konkurencji na rynkach.

Skutkiem rewizji GPA będzie również **uwzględnienie zamówień elektronicznych**: zbiór przepisów dotyczących wykorzystania zamówień elektronicznych został wprowadzony z inicjatywy UE. Obejmują one możliwość stosowania aukcji elektronicznych. Wykorzystanie środków elektronicznych pozwoli także na zwiększenie elastyczności procedur, w tym na wyznaczanie krótszych terminów w postępowaniach.

Zrewidowany tekst GPA zawiera **nowe postanowienia dotyczące krajów rozwijających się,** które chcą przystąpić do Porozumienia. Jest to szczególnie ważne, ponieważ GPA z 1994 r. ma ograniczoną liczbę członków, a większość z nich stanowią gospodarki rozwinięte. Aby

[1] Na podstawie dokumentu *Wniosek dotyczący decyzji Rady dotyczącej zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych* COM(2013) 143 final.

zachęcić do przystąpienia kraje rozwijające się, w zrewidowanym tekście **wprowadzono korzyści w postaci szeregu środków przejściowych** (takich jak wyższe progi, stopniowe dodawanie podmiotów i sektorów), których celem jest ułatwienie przejścia do gospodarki otwartej wystawionej na zagraniczną konkurencję.

Udało się także doprowadzić w toku negocjacji do **uproszczenia i uelastycznienia dotychczasowych obowiązków w zakresie sprawozdawczości statystycznej**. Chodzi o ograniczenie ilości przekazywanych danych, możliwość przedstawiania danych szacunkowych oraz wprowadzenie zwolnienia z obowiązków dla stron, które prowadzą centralną bazę danych (tak jak UE).

Wprowadzono także do Porozumienia uproszczoną **procedurę (art. XIX) dotyczącą powiadamiania przez stronę o korektach i modyfikacjach w załącznikach do dodatku I** (zakres zastosowania).

2.2.2 Zmiany dotyczące zakresu zobowiązań

Rezultatem negocjacji jest także **istotne rozszerzenie zakresu zastosowania GPA**. W ich wyniku wartość dostępnych UE zamówień wynikająca z dodatkowych możliwości dostępu do rynku dla firm europejskich wzrosła o ok. 30 mld.

Dostęp do rynku został poszerzony poprzez:

(i) dodanie ponad 200 podmiotów zamawiających na szczeblu centralnym oraz niższych szczeblach. W porównaniu z GPA z 1994 r. wszystkie strony posiadające administrację niższego szczebla objęły ją w różnym stopniu zakresem zastosowania Porozumienia;

(ii) zwiększenie zakresu zastosowania w odniesieniu do towarów dzięki usunięciu lub ograniczeniu zakresu dotychczasowych wyjątków oraz dzięki dodaniu pewnych towarów do wykazu nienewralgicznych zamówień w dziedzinie obronności;

(iii) poszerzenie (w różnym stopniu przez prawie wszystkie strony) zakresu zastosowania w odniesieniu do usług. Oferta wszystkich stron obejmuje obecnie pełny katalog usług budowlanych (robót budowlanych);

(iv) obniżenie wysokości progów, powyżej których zastosowanie ma reżim GPA (w przypadku niektórych stron);

(v) wprowadzenie nowych postanowień dotyczących rozwiązań umownych w postaci koncesji na roboty budowlane/ umów typu „buduj-eksploatuj-przekaż"/ inicjatyw prywatnego finansowania;

(vi) usunięcie niektórych przepisów dyskryminacyjnych, np. zobowiązań offsetowych oraz przepisów nakazujących dokonywanie zakupów krajowych utrzymywanych zgodnie z GPA z 1994 r.

UE rozszerzyła natomiast zakres zamówień udostępnionych pozostałym stronom Porozumienia GPA w stosunku do zobowiązań UE wynikających z GPA z 1994 r. na zasadzie wzajemności, w sposób możliwie odzwierciedlający wyniki bilateralnych negocjacji z poszczególnymi partnerami UE i koncesje uzyskane ze strony tych państw. W pełni otwarty został dostęp do zamówień na poziomie centralnym dla Szwajcarii oraz krajów EOG, w odpowiedzi na ich oferty. Dla innych stron, takich jak Izrael, USA, Japonia, Tajwan na poziomie centralnym udostępnione zostały zamówienia dodatkowych podmiotów. W stosunku do Kanady zaoferowany został dostęp do zamówień udzielanych przez instytucje zamawiające na poziomie regionalnym od progów takich samych jak zaoferowane przez Kanadę. Korea uzyska dostęp do zamówień w zakresie transportu miejskiego oraz zamówień udzielanych przez operatorów kolejowych z wyłączeniem kolei w dziedzinie dużych prędkości. Natomiast Japonii UE zaoferowała częściowy, ograniczony dostęp do zamówień w sektorze transportu miejskiego, w taki sposób, aby odzwierciedlał on dokładnie zakres klauzuli bezpieczeństwa operacyjnego (*operational safety clause*) zawartej w ofercie Japonii.

UE udostępniła co do zasady zamówienia na wszystkie towary udzielane przez wskazane w załącznikach podmioty zamawiające, za wyjątkiem zamówień udzielanych przez ministerstwa obrony i agencje ds. obronności lub bezpieczeństwa państw członkowskich UE. W tym wypadku lista udostępnianych zamówień na towary ma charakter wyczerpujący i zawiera tylko niektóre produkty o charakterze nienewralgicznym. W załącznikach do Dodatku I, UE zawarła ponadto zastrzeżenia ograniczające dostęp do pewnych kategorii zamówień unijnych, w związku z określonymi wyłączeniami zamówień przez partnerów negocjacji (np. dot. urządzeń kontroli ruchu lotniczego w odniesieniu do dostawców i usługodawców ze Stanów Zjednoczonych). Zamówienia na usługi wskazane w załączniku 5 oraz na roboty budowlane zostały udostępnione każdej ze stron przez UE na zasadzie wzajemności, w zakresie udostępnionym przez daną stronę Porozumienia.

UE udostępniła także umowy koncesji na roboty budowlane, zawierane przez podmioty uwzględnione w załącznikach 1 i 2. Zostały one objęte zasadami traktowania narodowego w przypadku dostawców usług budowlanych z Islandii, Liechtensteinu, Norwegii, Niderlandów w imieniu Aruby oraz Szwajcarii, pod warunkiem że ich wartość jest na poziomie lub powyżej 5 000 000 SDR, zaś w przypadków dostawców usług budowlanych z Korei – pod warunkiem że ich wartość jest na poziomie lub powyżej 15 000 000 SDR.

Unia w załącznikach zapowiedziała możliwość odstąpienia od zastrzeżonych wyłączeń, w przypadku uznania, że strona, której ograniczenie dotyczy zrezygnuje z własnych zastrzeżeń w odniesieniu do wykonawców, towarów lub usług pochodzących z UE.

2.2 Proces ratyfikacji

Protokół zacznie obowiązywać te Strony GPA z 1994 r., które złożyły swoje odpowiednie instrumenty jego akceptacji, trzydziestego dnia po dacie złożenia takiego dokumentu przez dwie trzecie Stron GPA z 1994 r.

Każdy członek WTO pragnący przystąpić do GPA z 1994 r. zostanie zobowiązany do wyrażenia zgody na związanie Protokołem zmieniającym Porozumienie w sprawie zamówień rządowych wraz z jego wejściem w życie.

Proces ratyfikacji w UE będzie obejmować decyzję Rady w sprawie przyjęcia protokołu oraz zgodę Parlamentu Europejskiego. Z kolei akceptacja przez Unię siedmiu decyzji Komitetu ds. Zamówień Rządowych ustanawiających przyszłe programy prac tego komitetu oraz wymogi dotyczące powiadomień przekazywanych zgodnie z art. XIX i XXII Porozumienia nastąpi w drodze odrębnej decyzji Rady ustalającej stanowisko, jakie Unia Europejska ma zająć w ramach Komitetu ds. Zamówień Rządowych odnośnie ww. decyzji.

3. Prace Komitetu GPA dot. akcesji nowych państw

Obecnie 9 państw członkowskich WTO ubiega się o przystąpienie do Porozumienia GPA:.Albania, Chiny, Gruzja, Jordania, Republika Kirgizji, Mołdawia, Nowa Zelandia, Oman, Panama i Ukraina. Za najbardziej zaawansowane w procesie akcesji obecnie można uznać: Chiny oraz Jordanię. Z kolei cześć państw członkowskich WTO w Protokołach Akcesji do WTO zobowiązała się do rozpoczęcia negocjacji dotyczących ich przystąpienia do GPA, tj.:Arabia Saudyjska, Była Jugosłowiańska Republika Macedonii, Chorwacja, Czarnogóra, Federacja Rosyjska oraz Mongolia.

W 2012 r. na forum Komitetu GPA prowadzone były prace dotyczące akcesji niżej wymienionych państw:

- Chin (wniosek o przystąpienie 28 grudnia 2007 r., trzecia zrewidowana oferta Chin została złożona 29 listopada 2012 r.),
- Nowej Zelandii (wniosek o przystąpienie wraz ze wstępną ofertą złożone w dniu 1 października 2012 r., odpowiedzi do wykazu zagadnień przedstawione 4 października 2012 r.),
- Mołdawii (wniosek o przystąpienie 8 stycznia 2002 r., 13 września 2012 r. przekazanie zrewidowanej oferty Mołdawii i zrewidowanych odpowiedzi do wykazu zagadnień).

4. Informacje o GPA w serwisach internetowych

- Publikacja "Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu. Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)", wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001 r.;
- Tekst Porozumienia;
- Załączniki do GPA;
- Państwa strony i obserwatorzy GPA.

OPINIE PRAWNE

Zasady reprezentacji spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

I. Stosownie do postanowienia art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PZP", do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy PZP nie stanowią inaczej. Ponadto w myśl postanowienia art. 139 ust. 1 ustawy PZP przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy PZP nie stanowią inaczej.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż do oceny zasad reprezentacji spółek cywilnych należy stosować przepisy Kodeksu cywilnego (art. 866 w zw. z art. 875).

W tym zakresie należy wskazać, iż brak jest dostatecznych podstaw jurydycznych do przyjęcia stanowiska, że zasady reprezentacji spółki cywilnej określone w przepisach Kodeksu cywilnego zostały wyłączone przez przepis art. 23 ust. 2 ustawy PZP. Jakkolwiek w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej udział spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest traktowany jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak na gruncie ustawy PZP nie istnieje potrzeba odrębnego uregulowania zasad reprezentacji spółki cywilnej, te bowiem wynikają już z przepisów Kodeksu cywilnego. Potrzeba taka dotyczy natomiast przypadków, w których o udzielenie zamówienia publicznego ubiegają się samodzielne podmioty działające łącznie np. jako konsorcjum. W odniesieniu do tych przypadków brak jest bowiem uregulowań prawnych określających zasady wzajemnej reprezentacji wykonawców. W takich właśnie przypadkach znajduje zastosowanie art. 23 ust. 2 ustawy PZP, który nakazuje ustanowienie pełnomocnika do wspólnego reprezentowania wykonawców. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż pomiędzy art. 23 ust. 2 ustawy PZP i art. 866 k.c. nie zachodzi relacja lex specialis derogat legi generali.

II. Stosownie do postanowienia art. 866 k.c. w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Uprawnienie do prowadzenia spraw spółki reguluje natomiast art. 865 k.c. W myśl postanowień tego przepisu każdy wspólnik jest

uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki (§ 1). Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki. Jeżeli jednak przed zakończeniem takiej sprawy chociażby jeden z pozostałych wspólników sprzeciwi się jej prowadzeniu, potrzebna jest uchwała wspólników (§ 2). Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników wykonać czynność nagłą, której zaniechanie mogłoby narazić spółkę na niepowetowane straty (§ 3).

Wskazując na powyższe uregulowania należy stwierdzić, iż ustawowa (kodeksowa) zasada reprezentacji spółki cywilnej ma charakter dyspozytywny i może być modyfikowana wolą samych wspólników spółki cywilnej. Według zaś ustawowej zasady reprezentacji każdy wspólnik spółki cywilnej jest uprawniony do reprezentacji spółki w sprawach zwykłego zarządu, o ile nie ma sprzeciwu innego wspólnika, a także w sprawach nagłych. W sprawach przekraczających zwykły zarząd niezbędne jest działanie wszystkich wspólników łącznie. Zasada ta podlega ograniczeniu, jeżeli umowa spółki lub uchwała wspólników wprowadza szczególne, odmienne postanowienia w tym zakresie (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2012 r., V ACa 412/12).

Kluczowe znaczenie dla oceny właściwej reprezentacji spółki cywilnej ma zatem ustalenie, po pierwsze, czy umowa lub uchwała wspólników reguluje w sposób szczególny zasady reprezentacji spółki w stosunku do zasad kodeksowych, a po drugie, czy dana sprawa wchodzi w zakres spraw zwykłego zarządu. W świetle reguł kodeksowych ustalenie, że dana czynność wchodzi w zakres spraw zwykłego zarządu oznacza, że każdy ze wspólników jest uprawniony do samodzielnego reprezentowania spółki (np. złożenia oferty). To, jakie czynności wchodzą w zakres zwykłego zarządu, zależy jednak od okoliczności konkretnego przypadku, a mianowicie, czy są to czynności o charakterze bieżącym, zwykle podejmowane w dążeniu do uzyskania wspólnego celu gospodarczego, czy też mają charakter wyjątkowy, istotnie wpływający na prawa lub obowiązki wspólników (por. ww. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach).

III. Kwestia daty dokumentu pełnomocnictwa nie ma decydującego znaczenia dla oceny skuteczności działania wspólnika (por. na gruncie pełnomocnictwa procesowego uchwała SN z dnia 16 marca 2006 r., III SZ 1/06, Lex nr 257633). Kluczowe znaczenie ma bowiem ustalenie czy działający wspólnik był umocowany w dacie złożenia oferty do samodzielnego działania w imieniu spółki.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podst. art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - przykłady naruszeń wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP

Zgodnie z art. 10 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w pozostałych trybach, w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki, uzależnione jest od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie Pzp. Z uwagi na to, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.

Stosownie do dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Przepis ten umożliwia zatem 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.

Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Przykład nr 1 (KN/24/10)

Przedmiotem kontrolowanego postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp była modernizacja świetlic wiejskich oraz zaplecza rekreacyjno – sportowego dla wsi S. i D. w gminie W.
Na podstawie przekazanej dokumentacji ustalono, że zamawiający przeprowadził kolejno dwa postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację świetlic wiejskich oraz zaplecza rekreacyjno – sportowego dla wsi S. i D. w gminie W. W pierwszym nie zostały złożone żadne oferty, natomiast drugie postępowanie zostało unieważnione, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Jednakże w dniu 7 września 2009 r. zamawiający uznał, iż zachodzi pilna potrzeba udzielenia ww. zamówienia, w związku z „kontrolą jednoroczną" świetlic we wsi S. i D. przeprowadzoną przez komisję w składzie: technik budowlany oraz inspektor ds. planowania przestrzennego.
Komisja sporządziła protokoły nr 5/2009 i 6/2009 z wizji lokalnej ww. obiektów, w których wskazała, iż zalecane jest natychmiastowe wykonanie wymiany pokrycia dachowego, natomiast w przypadku świetlicy w D. również instalacji elektrycznej. W protokołach stwierdzono też, że budynki nie były właściwie remontowane od 30 i 50 lat i w obecnym stanie nie mogą służyć jako obiekty użyteczności publicznej.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający podjął decyzję o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki, kierując w dniu 8 września 2009 r. zaproszenie do negocjacji do Firmy Piotr S., z którym następnie w dniu 22 września 2009 r. przeprowadził negocjacje i podpisał umowę nr …/09 na kwotę 720.103,36 zł. Jako podstawę prawną wyboru trybu zamawiający podał art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, oraz kontroli doraźnej następczej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w dniu 15 kwietnia 2010 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o przesłanie m.in. protokołów z okresowej kontroli obiektów budowlanych (świetlic wiejskich w S. i D.) za lata 2008 i 2007 w celu ustalenia, czy stan ww.

obiektów pogorszył się w ciągu ostatniego roku, czy zamawiający już wcześniej posiadał wiedzę o złym stanie obiektów. Ponadto, zamawiający został poproszony o wskazanie jaka konkretnie działalność była wykonywana w wymienionych świetlicach przed sporządzeniem protokołów kontroli obiektów z 2009 r.

W odpowiedzi na ww. pismo zamawiający wyjaśnił, iż „świetlice wiejskie zarówno w D. jak i w S. są głównym miejscem spotkań mieszkańców wsi. W okresie poprzedzającym przeprowadzenie kontroli tych obiektów na świetlicach odbywały się m.in. zebrania mieszkańców wsi, szkolenia dla rolników, spotkania różańcowe w miesiącu październiku, zabawy karnawałowe i sylwestrowe, imprezy sportowo – rekreacyjne, jak m.in. „Powitanie Lata" w S., gminne zawody sportowo – pożarnicze. Z obiektów w obu wsiach korzystały też miejscowe organizacje wiejskie takie jak Koło Gospodyń Wiejskich czy też Ochotnicza Straż Pożarna, które organizowały tam spotkania swoich członków, szkolenia, warsztaty. Ze świetlicy korzystają zarówno mieszkańcy wsi D. i S., jak i osoby spoza tych miejscowości organizując różnego rodzaju imprezy rodzinne takie jak komunie, wesela, stypy".
Ponadto zamawiający przesłał kopie protokołów za 2007 i 2008 rok z okresowej kontroli obiektów budowlanych (kontrola jednoroczna) świetlic wiejskich w D. i S., gdzie komisja stwierdziła, iż:

1. Protokoły nr 1/2007 i 2/2007:
   a) Budynek Sali Wiejskiej w D. – budynek głównie w części klubowej znajduje się w złym stanie technicznym, wymaga przeprowadzenia prac remontowych. Wymaga przystosowania do obowiązujących przepisów i standardów. Dotychczasowe prace remontowe polegały głównie na malowaniu pomieszczeń. Budynek ogrzewany okresowo w czasie organizowanych imprez i spotkań. Instalacja elektryczna części klubowej w złym stanie technicznym.
   b) Budynek Sali Wiejskiej w S. – budynek znajduje się w nieodpowiednim stanie technicznym wymagającym przeprowadzenia remontu. Wymaga przystosowania do obowiązujących przepisów i standardów. Budynek ogrzewany okresowo. Przewiduje się wykonanie instalacji grzewczej gazowej w związku z wykonaniem przez PGNiG S.A. przyłącza gazowego do obiektu.
2. Protokoły nr 2/2008 i 3/2008:
   a) Budynek Sali Wiejskiej w D. – budynek głównie w części klubowej znajduje się w złym stanie technicznym, wymaga przeprowadzenia prac remontowo – modernizacyjnych. Wymaga przystosowania do obowiązujących standardów.

Część klubowa z uwagi na prowadzenie w niej baru przez najemcę nie była dawno remontowana. Dotychczasowe prace remontowe polegały głównie na malowaniu pomieszczeń. Budynek ogrzewany okresowo. Instalacja elektryczna części klubowej w złym stanie technicznym.

b) Budynek Sali Wiejskiej w S. - budynek znajduje się w nieodpowiednim stanie technicznym wymagającym przeprowadzenia gruntownego remontu. Wymaga przystosowania do obowiązujących przepisów i standardów. Budynek ogrzewany okresowo. Instalacja grzewcza przewidziana do montażu w przyszłym roku po opracowaniu projektu technicznego.

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień należy zauważyć, że zamawiający nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, obejmującego roboty budowlane polegające na modernizacji świetlic wiejskich oraz zaplecza rekreacyjno – sportowego dla wsi S. i D. w gminie W. zostały spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, nie można uznać, że konieczność wyremontowania ww. budynków była niemożliwa do przewidzenia. Zamawiający już wcześniej przeprowadził 2 postępowania przetargowe w celu udzielenia ww. zamówienia, a zatem przewidywał ich udzielenie. Dodatkowo nie można uznać za nieprzewidywalną sytuacji, gdy konieczność wykonania zamówienia, polegającego na remoncie ww. budynków, znana była zamawiającemu już wcześniej, potwierdzeniem czego jest treść protokołów nr 1/2007, 2/2007, 2/2008 i 3/2008 z okresowej kontroli obiektu budowlanego. Tym samym należy stwierdzić, iż zamawiający już przy wcześniejszych kontrolach posiadał wiedzę o stanie budynków, na których miały być wykonane roboty budowlane.

Po drugie, przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest też potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia. Na podstawie tego przepisu dopuszczalne jest zatem udzielenie zamówień tylko w takim zakresie, który jest niezbędny do zapobieżenia zagrożeniu, np. ochrony życia i zdrowia, znacznej szkody majątkowej, czy ochrony środowiska. Przede wszystkim należy zauważyć, że w protokołach kontroli stanu obiektów z 2009 r. zalecono wymianę pokrycia dachowego i instalacji elektrycznej. Natomiast z kosztorysu ofertowego, jak również z protokołów z odbioru technicznego z dnia 15 grudnia 2009 r. wynika, iż zakres robót budowlanych obejmował również modernizację:

a) boisk trawiastych do piłki nożnej;
b) parkingów;

c) wiaty;

d) utwardzenie z kostki betonowej,

czyli modernizację obiektów, których wykonanie nie było natychmiastowo wymagane. Roboty dotyczące boiska, parkingu, wiaty czy chodnika nie wymagają natychmiastowego wykonania w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Również wymienionej przez zamawiającego działalności jaka była wykonywana w świetlicach i zapleczu rekreacyjno – sportowych we wsi D. i S. przed sporządzeniem protokołów kontroli obiektów w 2009 r., nie można uznać za potrzebę wymagającą natychmiastowej realizacji, która zwalniałaby zamawiającego z całkowitego odstąpienia od zasad uczciwej konkurencji, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz zasadę prymatu trybów konkurencyjnych, o której mowa w art. 10 ustawy Pzp.

Przykład nr 2 (KN/34/11)

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla zadań: 1) Przebudowa drogi powiatowej K - H, 2) przebudowa drogi powiatowej K – Z" zostało przeprowadzone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ww. postępowanie wszczęto w dniu 24 kwietnia 2009 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy Zakład „P". W wyniku przeprowadzonych z ww. wykonawcą negocjacji dniu 4 maja 2009 r. została zawarta umowa …/2009 na kwotę 93.680,00 zł brutto.

Termin realizacji zamówienia ustalono na: rozpoczęcie – 4 maja 2009 r., zakończenie – 15 czerwca 2009 r.

Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał, że w związku z możliwością ubiegania się o dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej w ramach RPO WSL na lata 2007 – 2013 dla zadania „Przebudowa drogi powiatowej K – Z" zwrócił się do Wydziału Architektury Starostwa Powiatowego w K. o wznowienie decyzji pozwolenia na budowę. Jednak okazało się, że wznowienie decyzji wymaga aktualizacji

całego projektu budowlanego. W składanym wniosku o dofinansowanie należało przedstawić warunki uwzględnione w nowym (zaktualizowanym) projekcie budowlanym, wobec czego aktualizację projektu należało zlecić w trybie pilnym. Ponadto uzyskanie pozwolenia na budowę wymagało posiadania aktualnych kosztorysów inwestorskich, przedmiarów oraz dokumentacji projektowej. Dokumentacja, którą posiadał zamawiający straciła ważność, gdyż była wykonana w 2001 i 2003 r., tak więc nie spełniała wymagań obowiązujących przepisów prawnych. Nieaktualne stały się uzyskane do projektu opinie, uzgodnienia i decyzje.
W związku z powyższym oraz z faktem, iż szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 90.000,00 zł w ocenie zamawiającego „należało w trybie pilnym wykonać powyższą aktualizację całego projektu – co skutkowało zastosowaniem trybu z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp)".
Dodatkowo zamawiający zaznaczył, że w projekcie „Przebudowa drogi K - H" nastąpiły zmiany w kilometrażu, wynikające z faktu, że w miejscowości K. w 2004 r. zostały wykonane 485 mb nowej nakładki, która nie została uwzględniona w nowym projekcie. Zaoszczędzone środki przeznaczono na przedłużenie zakresu inwestycji o ok. 700 mb w kierunku gminy K.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że zamawiający w przesłanych w toku kontroli wyjaśnieniach i dokumentach nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia zostały spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.
Po pierwsze, nie można uznać, że konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia nie można było przewidzieć. Jak wskazał zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 12 sierpnia 2011 r. nabór wniosków o dofinansowanie projektu trwał od 23 maja 2008 r. Zatem co najmniej od maja 2008 r. zamawiający mógł powziąć informację o możliwości ubiegania się o dofinansowanie oraz o wymogach, jakie należało w tym celu spełnić (w tym przypadku aktualizacja dokumentacji projektowej). Należy zauważyć, że aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, przesłanka konieczności wykonania zamówienia musi wynikać z wystąpienia zdarzenia, którego nie można było wcześniej przewidzieć. W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zdarzeniami takimi są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Nie można natomiast uznać za nieprzewidywalne działania lub zaniechania organów publicznych w przypadku, gdy realizacja danego zamówienia uzależniona jest od spełnienia pewnych dodatkowych obowiązków, np. uzyskanie pozwolenia lub zatwierdzenia przez inne organy publiczne, które ponadto mogą czasami również wyznaczyć termin realizacji zamówienia

publicznego. Jednocześnie, potrzeba udzielenia zamówienia publicznego nie może być wywołana działaniem lub zaniechaniem organów państwa.

Należy ponadto zauważyć, że możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie jest jedynie uprawnieniem, nie ma charakteru obligatoryjnego. Dlatego też, chęć skorzystania z takiej możliwości nie może powodować ominięcia wyrażonej w art. 7 ustawy zasady uczciwej konkurencji, poprzez odejście od podstawowych trybów udzielania zamówienia. W szczególności, nie jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy obowiązek wykonania zamówienia na aktualizację projektu, który stał się warunkiem umożliwiającym złożenie ww. wniosku powinien być znany zamawiającemu od wielu miesięcy. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne, zmierzające do udzielenia zamówienia publicznego są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich wynikających z prawa obowiązków związanych z udzielaniem zamówienia, takich jak zachowanie terminów. Zamawiający musi brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat braku wypełniania zobowiązań i w toku postępowania nie może powoływać się na działania lub zaniechania innego organu, w celu uzasadnienia naruszenia prawa.[2]

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

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

[2] *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki* (opracowane przez Urząd Zamówień Publicznych zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej, przyjęte przez Komitet Europejski Rady Ministrów w dniu 17.11.2006r., str. 4.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na cel trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jest nim potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. W przedmiotowym stanie faktycznym, zamawiający nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności. Chęć uzyskania dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej, nie stanowi bowiem interesu w ww. rozumieniu, tym bardziej, że zamawiający wszczął postępowanie w terminie 11 miesięcy od daty ogłoszenia naboru wniosków. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że nabór trwał do grudnia 2009 r., a zatem zamawiający dysponował czasem 18 miesięcy na udzielenie i realizację ww. zamówienia, a licząc nawet od dnia zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki (tj. od 4.05.2009 r.) czasem ok. 8 miesięcy. Oznacza to, że czas, jakim dysponował zamawiający nie wymuszał wykonania zamówienia w trybie natychmiastowym, a zatem nie została spełniona przesłanka zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

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

- 4 maja 2009 r. – zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- 18 maja 2009 r. – otwarcie ofert;
- 8 czerwca 2009 r. – wybór najkorzystniejszej oferty;
- 19 czerwca 2009 r. – zawarcie umowy.

Zamawiający miał zatem wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania i zawarcie umowy w trybie konkurencyjnym.

O możliwości realizacji postępowania zgodnie z ww. zaproponowanym harmonogramem świadczy również średni czas trwania przetargów nieograniczonych na usługi o wartości niższej od tzw. progów unijnych, który w 2009 r. wynosił 33 dni.[3]

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

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz zasadę prymatu trybów konkurencyjnych, o której mowa w art. 10 ustawy Pzp.

Przykład nr 3 (KN/8/12)

W toku kontroli stwierdzono, że zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp na „wykonanie pełnej dokumentacji aplikacyjnej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Priorytet XII Bezpieczeństwo zdrowotne i poprawa efektywności systemu ochrony zdrowia, działanie 12.2 Inwestycje w infrastrukturę ochrony zdrowia o znaczeniu ponadregionalnym na potrzeby Instytutu X".

Wybór trybu zamawiający uzasadniał w sposób następujący: „w dniu 21.01.2009 r. Dyrekcja podjęła decyzję o złożeniu kolejnych wniosków aplikacyjnych do działania 12.2 POIiŚ. Podstawą podjęcia decyzji była informacja o uzyskaniu wszystkich danych i dokumentów

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

niezbędnych do sporządzenia studium wykonalności i wniosku aplikacyjnego. W związku z powyższym istnieje pilna potrzeba przygotowania do dnia 30 stycznia br. wniosków aplikacyjnych". Postępowanie wszczęto w dniu 23.01.2009 r. poprzez przekazanie zaproszenia do podpisania umowy wykonawcy D. S.A.

W dniu 29.01.2009 r. została zawarta umowa …/2009 na kwotę 109 800,00 zł brutto.

Zamawiający wyjaśniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w piśmie do Prezesa Urzędu z dnia 03.02.2012 r. wskazał, że konkurs nr 3/2008 dawał Instytutowi szansę uzyskania dofinansowania w kwocie blisko 20 mln zł na projekty dotyczące modernizacji pomieszczeń i sprzętu medycznego dwóch z najważniejszych komórek organizacyjnych Instytutu X tj. Bloku Operacyjnego „A" oraz Zakładu Diagnostyki Obrazowej, zapewniających prawidłowe funkcjonowanie pozostałych komórek medycznych Instytutu. Zamawiający ponadto wskazał, że była to kluczowa sprawa z uwagi na znaczne zużycie infrastruktury zapewniającej prawidłowe świadczenie usług medycznych pacjentom, jak również ze względu na brak możliwości sfinansowania tych inwestycji ze środków własnych czy też innych programów unijnych lub pomocowych. Dyrekcja otrzymała informację, że konkurs ten będzie ostatnim konkursem w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, w ramach którego możliwe będzie sfinansowanie planowanych działań. Zamawiający stwierdził w swoich wyjaśnieniach, że w okresie kiedy został ogłoszony konkurs nr 3/2008 i prowadzone było postępowanie na wybór wykonawcy dokumentacji aplikacyjnej, Instytut nie posiadał w swojej strukturze komórki organizacyjnej odpowiedzialnej za monitorowanie konkursów unijnych oraz weryfikację warunków formalno – prawnych związanych z przystąpieniem do konkursu. Z uwagi na trudną sytuację finansową Instytut doraźnie korzystał ze wsparcia firm zewnętrznych w tym zakresie. Zamawiający poinformował ponadto, że informacja o możliwości przystąpienia do konkursu została przekazana Dyrekcji Instytutu z końcem miesiąca grudnia 2008 r., zaś w dniu 21.01.2009 r. ustalono ostatecznie możliwość zgromadzenia wszystkich niezbędnych dokumentów i informacji celem sporządzenia dokumentacji aplikacyjnej, co stanowiło dla zamawiającego podstawę uruchomienia procedury wyboru wykonawcy. Zamawiający wskazał ponadto, że zastosowanie innego niż wybrany przez zamawiającego trybu w zakresie przygotowania studium wiązałoby się z brakiem możliwości złożenia wniosku o dofinansowanie w terminie określonym w konkursie, tj. 02.02.2009 r., a tym samym utratę możliwości uzyskania dofinansowania.

Mając na uwadze powyższe należy podnieść, że zamawiający w przesłanych w toku kontroli wyjaśnieniach i dokumentach nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia zostały spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, nie można uznać, że konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia nie można było przewidzieć. Jak wskazano w opinii Instytucji Kontrolującej z dnia 21.11.2011 r. ogłoszenie konkursu nastąpiło dnia 03.11.2008 r. zaś nabór wniosków o dofinansowanie projektu trwał od 04.12.2008 r. do 02.02.2009 r. Zatem od listopada 2008 r. zamawiający mógł powziąć informację o możliwości ubiegania się o dofinansowanie oraz o wymogach, jakie należało w tym celu spełnić (w tym przypadku przygotowanie studium wykonalności i wniosku aplikacyjnego). Jak wskazano już wyżej, aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, przesłanka konieczności wykonania zamówienia musi wynikać z wystąpienia zdarzenia, którego nie można było wcześniej przewidzieć. (…) Nie stanowi takiej okoliczności fakt, że zamawiający nie posiadał w tym okresie w swojej strukturze komórki organizacyjnej odpowiedzialnej za monitorowanie konkursów unijnych oraz weryfikację warunków formalno – prawnych związanych z przystąpieniem do konkursu, na co powołuje się zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 03.02.2012 r. przesłanych do Prezesa Urzędu. Nie może być także okolicznością uzasadniającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki fakt, iż dopiero w dniu 21.01.2009 r. ustalono ostatecznie możliwość zgromadzenia wszystkich niezbędnych dokumentów i informacji celem sporządzenia dokumentacji aplikacyjnej. Jak bowiem wskazano już wyżej, informacja o ogłoszeniu konkursu była dostępna od listopada 2008 r.

Należy ponadto zauważyć, że możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie jest jedynie uprawnieniem, nie ma charakteru obligatoryjnego. Dlatego też, chęć skorzystania z takiej możliwości nie może powodować ominięcia wyrażonej w art. 7 ustawy zasady uczciwej konkurencji, poprzez odejście od podstawowych trybów udzielania zamówienia. W szczególności, nie jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy zakres wymaganych wraz z wnioskiem aplikacyjnym dokumentów oraz termin ich złożenia powinien i mógł być znany zamawiającemu od wielu miesięcy.

Po drugie, należy podkreślić, że w przedmiotowej sprawie nie zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. (…). Chęć uzyskania dofinansowania ze środków Unii Europejskiej, nie stanowi bowiem interesu w ww. rozumieniu. W szczególności nie można przyjąć, że wykonanie dokumentacji aplikacyjnej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko służyło „natychmiastowej" ochronie życia lub zdrowia lub innych ważnych interesów.

Po trzecie, nie sposób zgodzić się z argumentem zamawiającego, że w przedmiotowej sprawie nie można było zachować terminów określonych dla innych, konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia. W stanie prawnym obowiązującym w tym okresie, ustawa Pzp określała obowiązek wyznaczenia terminu nie krótszego niż 7 dni w przypadku dostaw i usług na składanie ofert w przetargu nieograniczonym o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Nawet biorąc pod uwagę jedynie okres naboru wniosków, który trwał od 04.12.2008 r. do 02.02.2009 r., tj. 60 dni, w przedmiotowej sytuacji nie zachodziła przesłanka niemożności zastosowania terminów właściwych dla przetargu nieograniczonego.

O możliwości realizacji postępowania z zachowaniem zasady prymatu trybów konkurencyjnych świadczy również średni czas trwania przetargów nieograniczonych na usługi o wartości niższej od tzw. progów unijnych, który w 2009 r. wynosił 33 dni[4]. Biorąc pod uwagę, że oferta wykonawcy D. S.A. została przygotowana dnia 09.01.2009 r., zaś umowa o zamówienie publiczne została podpisana dnia 29.01.2009 r. a termin realizacji został określony na dzień 30.01.2009 r., istnieje duże prawdopodobieństwo, że przy zachowaniu należytej staranności zamawiający byłby zdolny przeprowadzić procedurę otwartą w terminach określonych w obowiązującym stanie prawnym.

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz zasadę prymatu trybów konkurencyjnych, o której mowa w art. 10 ustawy Pzp.

Przykład nr 4 (KN/17/12)

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, zamawiający wszczął w grudniu 2010 r. postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę *zarządzania projektem oraz przeprowadzenie szkoleń w ramach projektu: „Profesjonalizm Urzędów = Satysfakcja Mieszkańców Powiatu S.”*. W postępowaniu tym wybrano ofertę wykonawcy R.

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

Sp. z o.o. z ceną 348 336,00 zł brutto (ofertę złożył także wykonawca A. s.c. z ceną brutto 439 120,00 zł).

W dniu 25.01.2011 r. została zawarta umowa Nr …/10 pomiędzy zamawiającym a wykonawcą R. Sp. z o.o., której przedmiotem było:

- zarządzanie projektem partnerskim od stycznia 2011 do 31 grudnia 2012 r.;
- przeprowadzenie szkoleń specjalistycznych dla 60 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego przygotowujących decyzje administracyjne w tym zakresie – termin wykonania zajęć od 01.02.2011 r. do 30.06.2011 r.;
- przeprowadzenie szkoleń specjalistycznych dla 24 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego na kierowniczych stanowiskach urzędniczych, w tym komunikacja i negocjacje, autoprezentacja i budowanie wizerunku, zarządzanie czasem i archiwizacją dokumentów, ustawa o ochronie informacji niejawnych, zamówienia publiczne, zarządzanie zasobami ludzkimi, metodyka i tworzenie prawa miejscowego - termin wykonania zajęć od 01.08.2011 r. do 31.12.2011 r.;
- przeprowadzenie szkoleń ogólnych i specjalistycznych dla 72 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego wg potrzeb stanowiska pracy - termin wykonania zajęć od 01.01.2012 r. do 31.12.2012 r.

Zgodnie z § 9 pkt 1b) ww. umowy, zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonywania umowy.

Jak wyjaśnił zamawiający, wykonawca R. Sp. z o.o. nie realizował przedmiotu zamówienia zgodnie z podpisaną umową o dofinansowanie, zatwierdzonym wnioskiem o dofinansowanie projektu oraz wytycznymi w zakresie wdrażania projektów PO KL. W piśmie z dnia 30.03.2011 r. skierowanym do ww. wykonawcy zamawiający przedstawił zastrzeżenia do realizacji projektu obejmujące: brak koordynowania prac całego partnerskiego projektu, brak wyodrębnienia i zakupu sprzętu do biura projektu, brak monitoringu rezultatów twardych i miękkich w projekcie, brak dokumentów rekrutacyjnych niezbędnych do dokumentacji procesu rekrutacji zgodnego z zasadą równych szans, kryteriami kwalifikowalności uczestników oraz obowiązku zniesienia wkładu własnego oraz brak oświadczeń podmiotów wypłacających o poniesionych kosztach wynagrodzenia delegowanych pracowników proporcjonalnie do czasu szkolenia.

W dniu 05.04.2011 r. na mocy porozumienia między zamawiającym a wykonawcą R. Sp. z o.o. doszło do rozwiązania umowy …/10. Zamawiający zobowiązał się zapłacić wykonawcy wynagrodzenie wynikające z dwóch faktur w wysokości 10 267, 82 zł brutto pomniejszonej o wysokość odsetek za zwłokę wynikających z niewykonania do końca pierwszego kwartału 2011 r. 70% I transzy dotacji na cel związany z realizacją projektu.

Następnie zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zarządzanie projektem oraz przeprowadzenie szkoleń w ramach projektu: „Profesjonalizm Urzędów = Satysfakcja Mieszkańców Powiatu S.*", w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią umowy Nr ...2011 zawartej w dniu 21.04.2011 r. z wykonawcą A. s.c., przedmiotem kontrolowanego zamówienia było:

- zarządzanie projektem partnerskim od 21.04.2011 do 31.12.2012 r., zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie nr POKL 05.02.01-00-076/10 stanowiącym załącznik do umowy;
- przeprowadzenie szkoleń specjalistycznych dla 60 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego przygotowujących decyzje administracyjne w tym zakresie – termin wykonania zajęć od 21.04.2011 r. do 30.06.2011 r. zgodnie z ww. wnioskiem o dofinansowanie;
- przeprowadzenie szkoleń specjalistycznych dla 24 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego na kierowniczych stanowiskach urzędniczych, w tym komunikacja i negocjacje, autoprezentacja i budowanie wizerunku, zarządzanie czasem i archiwizacją dokumentów, ustawa o ochronie informacji niejawnych, zamówienia publiczne, zarządzanie zasobami ludzkimi, metodyka i tworzenie prawa miejscowego - termin wykonania zajęć od 01.08.2011 r. do 31.12.2011 r.;
- przeprowadzenie szkoleń ogólnych i specjalistycznych dla 72 urzędników z 5 jednostek samorządu terytorialnego wg potrzeb stanowiska pracy - termin wykonania zajęć od 01.01.2012 r. do 31.12.2012 r.

Pismem z dnia 27.05.2011 r. zamawiający uzasadniając zastosowanie do udzielenia przedmiotowego zamówienia trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wyjaśnił, że po przeprowadzeniu wewnętrznego audytu oraz kontroli stwierdzono, iż wykonawca R. Sp. z o.o. nie wywiązywał się z umowy i dalsza realizacja zamówienia przez tego wykonawcę nie była możliwa. „*Rozwiązanie umowy z dotychczasowym*

wykonawcą nie nastąpiło z winy zamawiającego, ale przyczyna leżała po stronie dotychczasowego wykonawcy, który nie wywiązywał się z umowy w takim stopniu, że dalsza realizacja zamówienia nie była możliwa. W związku z powyższym nie było możliwe wypełnienie obowiązków umowy o dofinansowanie projektu… . W przypadku dalszej realizacji zamówienia przez wykonawcę – R. Sp. z o.o. oraz jej błędnego zarządzania, budżet dla zadania 2 z projektu zostałby przekroczony o 43% co jest niezgodne z zapisami umowy § 25 umowy o dofinansowanie podpisanej z MSWiA i w konsekwencji doprowadziłoby do rozwiązania przez MSWiA umowy..."

Ponadto zamawiający wyjaśnił, iż natychmiastowe wykonanie zamówienia stało się konieczne ze względu na ryzyko rozwiązania umowy o dofinansowanie ze strony MSWiA, bowiem zgodnie z § 26 ww. umowy może ona ulec natychmiastowemu rozwiązaniu, gdy projekt jest realizowany niezgodnie z umową oraz gdy beneficjent przekaże środki na inny cel, a także gdy beneficjent zaprzestał realizacji Projektu lub realizuje projekt w sposób niezgodny z umową.

Zamawiający dodał, iż wybór nowego wykonawcy był podyktowany także niemożliwością zachowania terminów określonych dla innych trybów, jak i wcześniej zorganizowanym postępowaniem w trybie przetargu nieograniczonego, w którym została wyłoniona firma R. Sp. z o.o., a kolejnym wykonawcą, który zajął drugie miejsce była firma A. s.c.

Mając powyższe na względzie, podkreślenia wymaga fakt, iż przedstawione przez zamawiającego wyjaśnienia nie dają podstaw do uznania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z zaistnieniem sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć. Rozwiązanie umowy przez zamawiającego z uwagi na nienależyte jej wykonywanie nie może bowiem uzasadniać zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkowość sytuacji, której nie można było przewidzieć.

Okoliczności nieprzewidywalne to m. in. zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. W literaturze przedmiotu do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. W niniejszej sprawie nie można uznać, że rozwiązanie umowy z wykonawcą miało charakter okoliczności wyjątkowej i nieprzewidywalnej.

Na brak możliwości ewentualnego uznania faktu rozwiązania umowy - za wyjątkową oraz nieprzewidywalną sytuację uzasadniającą zastosowanie trybu udzielenia zamówienia

z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje również fakt, że w § 9 pkt 1b) umowy Nr AB.342-14/10 z dnia 25.01.2011 r. zamawiający przewidział sytuację nienależytego wykonywania tej umowy oraz możliwość jej rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym. Tak więc w świetle ww. zapisów w niniejszej sprawie nie może być mowy o sytuacji wyjątkowej i niemożliwej do przewidzenia.

Należy także zauważyć, iż Umowa o dofinansowanie przedmiotowego projektu (UDA-POKL.05.02.01-00-076/10-00) zawarta między Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji a Powiatem S. w dniu 31.01.2011 r. w § 25 (Zmiany w Projekcie) stanowiła, iż:

1. *Beneficjent może dokonywać zmian w Projekcie pod warunkiem ich zgłoszenia w formie pisemnej Instytucji Wdrażającej (Instytucji Pośredniczącej II stopnia) nie później niż na 1 miesiąc przed planowanym zakończeniem realizacji Projektu oraz przekazania aktualnego wniosku i uzyskania pisemnej akceptacji Instytucji Wdrażającej (Instytucji Pośredniczącej II stopnia) w terminie 15 dni roboczych, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3. Akceptacja, o której mowa w zdaniu pierwszym, dokonywana jest w formie pisemnej i nie wymaga aneksu do niniejszej umowy.*
2. *Beneficjent może dokonywać przesunięć w budżecie projektu określonym we wniosku o sumie kontrolnej: DFC1-993F-5792-F403 do 10% wartości środków w odniesieniu do zadania, z którego przesuwane są środki jak i do zadania, na które przesuwane są środki w stosunku do zatwierdzonego wniosku bez konieczności zachowania wymogu, o którym mowa w ust. 1 (...).*

Powyższe oznacza, iż w ww. umowie przewidziano możliwość zmian, co w przypadku dopełnienia przez zamawiającego określonych obowiązków pozwalało na zachowanie przyznanego dofinansowania.

Ponadto, z § 26.1.4 (Rozwiązanie umowy) przedmiotowej umowy wynika, że podstawą do rozwiązania umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym była okoliczność, iż *beneficjent ze swojej winy nie rozpoczął realizacji Projektu w ciągu 3 miesięcy od ustalonej we wniosku początkowej daty okresu realizacji Projektu, zaprzestał realizacji Projektu lub realizuje go w sposób niezgodny z niniejszą umową.* Jak wynika z okoliczności sprawy, rozwiązanie umowy Nr AB.342-14/10 z dnia 25.01.2011 r. nastąpiło z winy wykonawcy, zatem w świetle powyższego zapisu nie istniało ryzyko rozwiązania umowy o dofinansowanie.

Powyższe oznacza, że dokonanie ewentualnych zmian w procesie realizacji projektu, było możliwe pod warunkiem spełnienia określonych wymogów i nie stanowiło okoliczności wyjątkowej i nieprzewidywalnej, jak też nie groziło utratą dofinansowania.

Kolejną przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest też potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia. Na podstawie tego przepisu dopuszczalne jest zatem udzielenie zamówień tylko w takim zakresie, który jest niezbędny do zapobieżenia zagrożeniu, np. ochrony życia i zdrowia, znacznej szkody majątkowej, czy ochrony środowiska. Z pewnością usługa zarządzania projektem i prowadzenia szkoleń nie służy ochronie tak ważnych interesów, zatem nie musi być wykonana natychmiast. Ewentualna utrata środków finansowych w przypadku niedochowania terminów zawartych w umowie o dofinansowaniu projektu (niezależnie od faktu, że w istocie zagrożenie takie nie istniało, co wykazano powyżej), również nie powoduje natychmiastowej konieczności wykonania zamówienia, która zwalnia zamawiającego z całkowitego odstąpienia od zasad uczciwej konkurencji, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.
Ponadto ważnym jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają bowiem natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym, ale nie wymagającym podejmowania działań natychmiastowych, ustawodawca przewidział bowiem inny niż wolna ręka tryb (negocjacje bez ogłoszenia). Art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, czyli pilnej potrzeby zawarcia umowy z wykonawcą (przepis ten nie odnosi się do czasu trwania realizacji zamówienia), natomiast art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia, czyli jego realizacji niemal „z dnia na dzień". Zawarcie umowy na ponad rok i 8 miesięcy oznacza, że od początku nie było mowy o natychmiastowej realizacji zamówienia.

Ponadto należy zauważyć, że z danych zawartych w „*Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2010 roku*" (str. 23) wynika, że przeciętny czas trwania postępowania o wartości nie przekraczającej progów UE (publikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych), liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy wskazanej w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia w 2010 r. wyniósł 33 dni (w 2009 – 37 dni, w roku 2008 – 36 dni). W przypadku przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia na usługi czas ten

wyniósł w 2010 r. zaledwie 30 dni. Powyższe potwierdza także faktyczny czas trwania postępowania prowadzonego przez zamawiającego pierwotnie w trybie przetargu nieograniczonego – 27 dni (od 29.12.2010 r. do 25.01.2011 r.).
Powyższe oznacza, iż gdyby zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na przedmiotowe usługi w dniu 1 kwietnia 2011 r. (tj. bezpośrednio po powzięciu informacji o nieprawidłowym wykonywaniu zamówienia przez R. Sp. z o.o.), umowę w sprawie zamówienia mógłby podpisać już pod koniec tego miesiąca lub na początku maja (a zatem zaledwie kilka dni później niż miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu – 21 kwietnia 2011 r.).
W związku z czym w przedmiotowej sprawie nie została także spełniona przesłanka niemożności dochowania terminów właściwych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Biorąc pod uwagę fakt, iż możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp występuje wyłącznie w przypadku spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Tym samym zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

Przykład nr 5 (KND/47/10)

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na wywóz śniegu z terenu gminy Ż. będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.
Z ustaleń Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że umowa której przedmiotem było zdjęcie hałd śniegu z chodników przyległych do drogi i poboczy, załadunek mas śniegu i błota pośniegowego na samochody, a następnie wywiezienie i wyładowanie śniegu w miejsca wskazane przez zamawiającego, została zawarta na okres 47 dni, tj. od dnia 12 stycznia 2010 r. do dnia 28 lutego 2010 r., przy czym na miesiąc luty 2010 r. przewidziano wykonywanie przedmiotowej usługi przez 4 dni.
W uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający wskazał na okoliczność, że usługa wywiezienia śniegu z terenu gminy Ż. nie była wykonywana przez ostatnie 10 lat, dlatego też umowa na zimowe utrzymanie dróg

gminnych zawarta z wykonawcą M. Sp. z o.o. zawarta w miesiącu grudniu 2009 r. nie obejmowała wykonywania ww. usługi. Zamawiający nie przewidywał wystąpienia sytuacji, w której wykonanie takiej usługi okaże się niezbędne ze względu na niebezpieczeństwo podtopienia budynków. W miesiącu styczniu z uwagi na intensywne opady śniegu, które sparaliżowały miasto i gminę, zaszła potrzeba natychmiastowego wywiezienia śniegu z newralgicznych punktów na terenie miasta, z uwagi na brak w centrum miasta kanalizacji deszczowej, co przy odwilży dużych mas zgromadzonego śniegu mogłoby doprowadzić do podtopienia budynków położonych bezpośrednio przy ul. Narutowicza, Kilińskiego i Pl. 29-go listopada. Ponadto zamawiający poinformował, że w zaistniałej sytuacji nie dysponował dostateczną ilością czasu nie tylko do przeprowadzenia postępowania rozpoczynającego się ogłoszeniem, ale nawet do przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dla którego ustawa nie przewiduje żadnego terminu na czynności zamawiającego.

Analiza dokumentów i wyjaśnień zamawiającego nie pozwala na stwierdzenie, że zasadnie zastosowano w przedmiotowej sprawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie nie mamy bowiem do czynienia z zaistnieniem przesłanki dotyczącej okoliczności, której nie dało się wcześniej przewidzieć. (…). Trudno uznać za nieprzewidywalną sytuację, gdy w miesiącu styczniu ze względu na opady śniegu, wymagane jest wywiezienie śniegu zalegającego na ulicach, bowiem zjawiska takie w sezonie zimowym są charakterystyczne dla strefy klimatycznej, w której leży Polska. Zamawiający, jako podmiot odpowiedzialny za kształt dokumentacji przetargowej, na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym, winien był dołożyć należytej staranności i określić przedmiot zamówienia w taki sposób, by odpowiadał on jego przyszłym, potencjalnym potrzebom.

W tym miejscu należy wskazać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lipca 2002 r. (sygn. akt. II SA 756/02), w którym stwierdzono, co następuje: „*W polskich warunkach klimatycznych wystąpienie w drugiej połowie grudnia obfitych opadów śniegu trudno traktować jako wyjątkową sytuację, której skarżący nie mógł wcześniej przewidzieć i tym samym zabezpieczyć sobie dostaw soli drogowej w jednym z konkurencyjnych trybów zamówienia publicznego.*” Analogicznie, stwierdzić należy, że wystąpienie w styczniu obfitych opadów śniegu, które w konsekwencji wymagają usunięcia z ulic zalegających hałd śniegu, nie może być traktowane jako sytuacja wyjątkowa, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Tym samym zamawiający mógł zawrzeć umowę obejmującą tę usługę w

następstwie przeprowadzonego w trybie konkurencyjnym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do przesłanki stanowiącej, że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, stwierdzić należy, że nie zaistniała ona w niniejszym stanie faktycznym. Przyjmuje się, że natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie", a więc „właściwie z dnia na dzień". Przesłanka ta znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. W tym miejscu należy wskazać, że umowa na *wywóz śniegu z terenu gminy Ż.* została zawarta przez zamawiającego na okres 47 dni. O ile dopuścić można argumentację, że wykonanie ww. usługi było niezbędne bezpośrednio po zawarciu umowy przez pewien okres czasu w miesiącu styczniu, o tyle nie sposób zgodzić się z objęciem przez zamawiającego niniejszą umową również usługi wykonywanej w dłuższym okresie czasu, tj. w miesiącu lutym (4 dni). Stwierdzić należy, że pomiędzy wykonywaniem usługi w miesiącach styczniu i lutym nastąpiła przerwa (*vide* treść aneksu z dnia 22.01.2010 r., w którym ustalono, że sprzęt wyszczególniony w umowie z dnia 12.01.2010 r., pracować będzie w styczniu maksymalnie 10 dni oraz 4 dni w lutym), zaś okoliczności wykonania ww. usługi wywozu śniegu, tj. w etapach, nie stanowią argumentacji dla spełnienia przesłanki potrzeby natychmiastowego wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż w przedmiotowej sprawie konieczność udzielenia zamówienia publicznego na wywóz śniegu z terenu gminy Ż. wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, bowiem mógł on przewidzieć, że obfite opady śniegu mogą powodować zaleganie hałd śniegu na ulicach, oraz że niezbędne będzie ich usunięcie celem zapewnienia kierowcom bezpieczeństwa poruszania się po drogach, jak również w celu uniknięcia prawdopodobieństwa wystąpienia podtopień spowodowanych przez wodę pochodzącą z roztopionego śniegu. Zamawiający wyjaśnił, że ustalając przedmiot zamówienia, który nie obejmował swoim zakresem wywozu śniegu, Gmina Ż. wzięła pod uwagę swoje potrzeby z lat poprzednich, kiedy to w okresie ostatniej dekady nie wystąpiły sytuacje uzasadniające zawarcie w przedmiocie zamówienia usługi wywozu śniegu. Powyższa argumentacja zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem mając na uwadze warunki klimatyczne panujące w Polsce, a zwłaszcza występujące w ostatnich latach mroźne i śnieżne zimy, zamawiający powinien był przewidzieć, że potrzeba wywiezienia zalegającego śniegu może wystąpić, a tym samym powinien był zabezpieczyć wykonanie takiej usługi w umowie na usługę odśnieżania i zwalczania gołoledzi w sezonie zimowym

2009/2010 zawartej z wybranym wykonawcą w grudniu 2009 r. Tym samym, zamawiający przy zachowaniu należytej staranności przy ustaleniu zakresu usługi odśnieżania i zwalczania gołoledzi dla Gminy Ż. w sezonie zimowym 2009/2010 mógł zachować terminy określonych dla innych, konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie. Ponadto zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych, naruszył także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

Przykład nr 6 (KND/75/11)

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na wykonanie robót ogólnobudowlanych remontowych w ramach umowy nr …/2010, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.
W uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający wskazał na okoliczność zwiększenia limitu przyjęć na studia zawodowe na kierunku pielęgniarstwo i położnictwo wynikające z rozporządzenia Ministra Zdrowia z dni 12.07.2010 r. w sprawie limitów przyjęć na studia medyczne w roku akademickim 2010/2011 oraz liczbę zarejestrowanych na te kierunki kandydatów. Zamawiający wskazał, iż sytuacji tej nie mógł przewidzieć, gdyż nie po stronie uczelni leży decyzja o zwiększeniu limitów przyjęć. W związku z powyższym, Zamawiający podjął decyzję, iż udzieli zamówienia na realizację robót remontowych wynikających z „Projektu budowlanego modernizacji budynku Wyższej Szkoły … w R.” w zakresie ograniczonym do zadań: Pracownia Umiejętności Pielęgniarskich – niski parter, Sala wykładowa, Hol i korytarz I piętra, w trybie z wolnej ręki.
W dniu 09.09.2010 r. podpisana została umowa (Nr …/2010) ze Spółdzielnią w R. na wykonanie robót ogólnobudowlanych remontowych. Stosownie do postanowień zawartych w umowie termin rozpoczęcia robót wyznaczony został na dzień 27.09.2010 r. zaś termin zakończenia robót objętych umową na dzień 25.02.2011 r. W trakcie realizacji robót objętych

umową wyznaczony został harmonogram prac, według którego przebiegać miała realizacja zadania:

1. Pracownia Umiejętności Pielęgniarskich – niski parter – 30.10.2010 r.,
2. Sala wykładowa:

- stan przejściowy – audytorium płaskie – 15.10.2010 r.,
- stan końcowy – audytorium amfiteatralne z klimatyzacja – 15.02.2011 r.,

3. Hol i korytarz I piętra:

- stan przejściowy – obejmujący sufity, ściany i oświetlenie – 15.10.2010 r.,
- stan końcowy – 25.02.2011 r.

Powyższa argumentacja, zdaniem zamawiającego, przemawiała za koniecznością udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Prace adaptacyjne związane z dostosowaniem obiektów do celów określonych w zawartej umowie wymagały podjęcia natychmiastowej decyzji o przystąpieniu do realizacji przedmiotowego zadania. W ocenie zamawiającego, w/w okres był zbyt krótki, aby można było zachować terminy określone dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w odniesieniu do zamówienia obejmującego wykonanie robót ogólnobudowlanych remontowych w ramach umowy nr …/2010.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na wymagany cel udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Jest nim potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności.

Należy też zwrócić uwagę, iż harmonogram realizacji zamówienia zamawiający przedstawił wykonawcy w dniu 18.08.2010 r. (protokół nr 1 z negocjacji warunków udzielenia zamówienia). Zgodnie z nim stan przejściowy (sala wykładowa, hol i korytarz I piętra) miał być wykonany do 15.10.2011 r., Pracownia Umiejętności Pielęgniarskich – niski parter do 30.10.2011 r., natomiast stan końcowy, odpowiednio do 15.02.2011 r. (sala wykładowa) i 25.02.2011 r. (hol i korytarz I piętra). W tym kontekście wątpliwości budzi ustalony w

umowie (Nr 3R/2010) zawartej pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą – Spółdzielnią w R. późny termin rozpoczęcia robót, tj. 27.09.2010 r. W szczególności w sytuacji, gdy termin realizacji zamówienia do tzw. stanu przejściowego wynosił mniej niż 3 tygodnie (sala wykładowa, hol i korytarz I piętra). Zatem okres pomiędzy zawarciem umowy, a rozpoczęciem prac był równy okresowi wykonania zamówienia do stanu przejściowego (sala wykładowa, hol i korytarz I piętra) i stanowił znaczną część okresu do upływu terminu wykonania Pracowni Umiejętności Pielęgniarskich, a więc tego zakresu zamówienia, który według zamawiającego był niezbędny do prowadzenia zajęć dla zwiększonej liczby studentów. Należy też zwrócić uwagę na ponad miesięczny okres trwania negocjacji pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym (zaproszenie do negocjacji – 30.07.2011 r., udzielenie zamówienia – 09.09.2010 r.). Tym samym, udzielenie zamówienia nastąpiło po ponad miesięcznym okresie od wszczęcia postępowania, a jego realizacja rozpoczęła się prawie po dwóch miesiącach od wszczęcia. Powyższe terminy mają istotne znaczenie w kontekście spełnienia przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, która wymaga konieczności realizacji zamówienia „szybciej niż pilnie", czyli „z dnia na dzień". Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać w sytuacjach wyjątkowych wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. W niniejszej sprawie nie można uznać, że mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją, bowiem wyżej opisany stan faktyczny przeczy istnieniu wymogu natychmiastowego wykonania zamówienia. Należy dodać, iż w piśmie Kanclerza WS… z dnia 23.07.2010 r. do Rektora uczelni jako uzasadnienie do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazano termin realizacji zamówienia do 30.10.2010 r., natomiast w umowie termin zakończenia inwestycji został ustalony na 25.02.2011 r.

Zamawiający nie wykazał również, że zaistniała sytuacja stanowi sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć. Należy stwierdzić, iż do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Tym samym, wydanie aktu prawnego przez organ państwowy nie stanowi sytuacji wyjątkowej oraz nieprzewidywalnej albowiem są sytuacjami określonymi w przepisach obowiązującego prawa. Uznanie takiej okoliczności, za wyjątkowe oraz nieprzewidywalne stanowiłoby znaczne poszerzenie zakresu wyjątku, który zgodnie ze wskazanym powyżej orzecznictwem nie powinien być traktowany rozszerzająco.

Reasumując stwierdzić należy, że zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przywoływanych przez siebie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

Przykład nr 7 (KND/29/10)

W dniu 14 listopada 2007 r. zamawiający zawarł z wykonawcą „A" umowę na wykonanie zabezpieczenia muru oporowego przy drodze powiatowej J-K-Z miejscowości K. w ramach usuwania szkód powodziowych z lat 2000/2001 oraz z września 2007, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

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

Z dokumentacji postępowania wynika, iż w dniu 6 września 2007 r. na ten sam przedmiot zamówienia zostało wszczęte postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, które zostało unieważnione w dniu 28 września 2007 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W postępowaniu zostały złożone 2 oferty. Jeden z wykonawców został wykluczony z uwagi na brak spełnienia warunku posiadanego doświadczenia, natomiast oferta drugiego z wykonawców została odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Zawiadomienia o tym fakcie doręczono uczestnikom postępowania dnia 1 października 2007 r., a termin na oprotestowanie powyższych czynności upłynął w dniu 8 października 2007 r.

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

Zamawiający wyjaśnił, iż o ile konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia na zabezpieczenie muru oporowego, wynikająca z protokołu z dnia 28 września 2007 r.

związana była z sygnalizowaną tam potrzebą uniknięcia zamknięcia ww. drogi w okresie zimowym (objazdy), o tyle związane z powstałą wyrwą bezpośrednie zagrożenie dla bezpieczeństwa osób trzecich stwierdzono dopiero na początku listopada 2007 r. To właśnie ta druga okoliczność, tj. realne niebezpieczeństwo powiększenia się istniejącej wyrwy i związane z tym bezpośrednie zagrożenie dla życia i zdrowia użytkowników drogi, stanowiło bezpośrednią przyczynę dla wszczęcia postępowania przetargowego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający wyjaśnił, iż jego zdaniem, w okresie wrzesień – październik 2007 r. skutecznie zabezpieczony lej nie stwarzał bezpośredniego zagrożenia dla bezpieczeństwa ruchu i nie był bezpośrednim zagrożeniem życia użytkowników drogi.
Ponadto, w kolejnym piśmie zamawiający wyjaśnił, że powodem przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki były również zasady finansowania przedmiotowego zadania. Zamawiający tłumaczył, że realizacja przedmiotowego zamówienia była uzależniona od dotacji celowej przyznanej ze środków Skarbu Państwa na usuwanie klęsk żywiołowych. Na wykonanie wnioskowanych zadań (w tym na remont muru oporowego) zostały przyznane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji promesy otrzymania dotacji celowych na łączną kwotę 700 000,00 zł (promesa z dnia 2 kwietnia 2007 r. oraz promesa z dnia 20 czerwca 2007 r.).
W dniu 12 października 2007 r. zamawiający podpisał umowę o przyznanie dotacji z rezerw celowych budżetu państwa na dofinansowanie realizacji ww. zadania. Warunkiem postawionym przez Ministerstwo było zakończenie realizacji dotowanego zadania w terminie do 30 listopada 2007 r. Brak ukończenia realizacji zadania w powyższym terminie skutkował obowiązkiem zwrotu otrzymanej dotacji.

W przedmiotowym postępowaniu inspekcja dróg przeprowadzona przez pracownika Powiatowego Zarządu Dróg w Ż. w dniu 5 listopada 2007 r., w trakcie której stwierdzono spękania na powierzchni ścian leja wskazujące na „realne niebezpieczeństwo dalszego obsunięcia się ziemi i powiększenia istniejącej wyrwy", skutkujące bardzo poważnym zagrożeniem dla użytkowników drogi, mająca być uzasadnieniem dla zastosowania dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie uzasadnia ponad miesięcznego okresu przestoju pomiędzy unieważnieniem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 28 września 2007 r., a wszczęciem kolejnego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 14 listopada 2007 r. Zakładając bowiem racjonalizm w działaniu zamawiającego, stopniowa degradacja terenu osuwiska była faktem, który przewidywać się powinno, a inspekcja była jedynie czynnością potwierdzającą stan, którego zamawiający

powinien być świadomy przy zachowaniu należytej staranności. Wnioski jakie zostały wysunięte w wyniku inspekcji nie stanowiły istotnego *novum* - były możliwe do przewidzenia już w dniu 28 września 2007 r., a więc w dniu stwierdzenia uszkodzenia muru oporowego. W związku z powyższym już od momentu sporządzenia protokołu z dnia 28 września 2007 r. w interesie zamawiającego leżało jak najszybsze przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku unieważnienia postępowania, tak jak w niniejszej sprawie - niezwłoczne wszczęcie kolejnego postępowania mającego na celu wyłonienie najkorzystniejszej oferty, skutkującego podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, następstwem której byłoby przywrócenie w pełni funkcjonalności drogi powiatowej J-K-Z. Ponadto w ww. protokole zawarte jest sformułowanie, iż „należy w trybie natychmiastowym usunąć powstałe zagrożenia". Wobec tego sytuacja stwierdzona w czasie inspekcji drogi w dniu 5 listopada 2007 r. była możliwa do przewidzenia po gwałtownych opadach deszczu w dniach 7 i 8 września 2007 r., a najpóźniej w dniu sporządzenia ww. protokołu, tj. w dniu 28.09.2007 r.

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

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

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

Również zasady finansowania przedmiotowego zadania nie materializują przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, tj. wyjątkowości sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W dniach 2 kwietnia 2007 r. oraz 20 czerwca 2007 r. na wykonanie wnioskowanych zadań (w tym na remont muru oporowego) zostały przyznane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji promesy otrzymania dotacji celowych na łączną kwotę 700 000,00 zł. Obowiązek wydatkowania środków przyznanych w ramach dotacji celowej w terminie wskazanym w umowie przyznającej dotację nie stanowi wystarczającej przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.
Nie ulega wątpliwości fakt, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania postępowania w sposób należyty, uwzględniający wszystkie okoliczności tak prawne jak i faktyczne mogące mieć wpływ na sposób realizacji danego zamówienia publicznego. Nie można zatem uznać, iż udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki nastąpiło w wyniku wystąpienia wyjątkowej sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, w związku z czym wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia.

Reasumując, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie. Jednocześnie należy podkreślić, iż wykonawca wybrany w trybie zamówienia z wolnej ręki nie był poddany żadnej weryfikacji pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu ani nie był zobowiązany do złożenia oferty zgodnej z przedmiarem robót. Tymczasem unieważnienie postępowania prowadzonego wcześniej w trybie przetargu nieograniczonego spowodowane było brakiem ważnych ofert nie podlegających odrzuceniu. Tym bardziej więc zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, co jest uprzywilejowanym sposobem wyboru wykonawcy, w okolicznościach faktycznych sprawy prowadziło do obejścia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok KIO 517/13 z dnia 20 marca 2013 r. – zmowa przetargowa

„Izba ustaliła, iż oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Arkadiusz B. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe (…) Wojciech W.:

1) została złożona w siedzibie zamawiającego w tym samym czasie i przez tą samą osobę, co ww. oferty – co ustalono na podstawie adnotacji na kopertach ofertowych i przyznania zamawiającego;
2) ma identyczną formę, wygląd i układ dokumentów, jak oferty wyżej wymienione, przy czym została wypełniona identycznym charakterem pisma ręcznego, co odrzucona oferta wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa Edyta B. (…) Firma Handlowo-Usługowa „PANDA" – co ustalono na podstawie porównania ofert;
3) jej koperta ofertowa została opisana i zaadresowana pismem ręcznym, którego porównanie bez żadnych pogłębionych analiz grafologicznych pozwala stwierdzić, że pochodzi od tej samej osoby, która opisywała ww. oferty – co ustalono na podstawie porównania koper ofertowych;
4) formularz cenowy w ofercie zawarty, zostały wypełniony komputerowo przy użyciu identycznej czcionki jak w ww. ofertach. Liczby zostały wpisane w ten sam sposób, to znaczy wyrównanie wartości w poszczególnych wierszach i kolumnach (wyrównanie cyfr w każdej komórce do środkowej górnej krawędzi). Identyczny jest również sposób oznaczenia liczb z dwoma zerami po przecinku – co ustalono na podstawie porównania ofert.
5) Na 31 stawek w formularzu cenowym 24 pozycji jest identycznych, jak w ww. ofertach – co ustalono na podstawie porównania ofert. (…)

Jak słusznie zauważył zamawiający w piśmie z dnia 26 lutego 2013 r., udowodnienie zaistnienie zmowy przetargowej, siłą rzeczy, w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawno-karną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego – co zostało potwierdzone wprost w powoływanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zmowy przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa. (…)

W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścili się wskazani wykonawcy (określanego potocznie mianem „zmowy przetargowej") do zastanych norm prawnych UZNK, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji nawet ewentualne uznanie, że – w okolicznościach sporu - nie wystąpiły przesłanki kwalifikujące dane działanie jako czyn z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prowadzi jedynie do zbadania, czy wystąpiła sytuacja opisana w art. 3 ust. 1 ww. ustawy, statuującym uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12) Tym samym dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, należy ustalić czy nastąpiło wystąpienie tzw. deliktu nazwanego (art. 5-17 UZNK) albo stwierdzić wystąpienie uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 UZNK). Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że dla prawidłowości odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą zaistnieć obie podstawy prawne, skoro zaistnienie jednej z nich niesie skutek

stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Niedopuszczalna na gruncie Prawa zamówień publicznych byłaby bowiem sytuacja, w której stwierdzenie ziszczenia przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji byłoby niewystarczające dla odrzucenia oferty.

W rozpatrywanym przypadku Izba uznała, że działanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Arkadiusz B. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe (…) Wojciech W. wraz z działaniami pozostałych wykonawców, których oferty zostały odrzucone w części 3 zamówienia, pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami, co narusza interes zamawiającego – klienta w rozumieniu przywołanego przepisu. Oczywiście sprzecznym z dobrymi obyczajami i przepisami ustawy (art. 7 ust. 1 i 3 Pzp) jest działanie przez wykonawców w ścisłym porozumieniu, zamiast konkurowanie w celu uzyskania zamówienia. Zwłaszcza w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej, wykonawcy działający w porozumieniu, w przypadku zakwalifikowania ich ofert i zawarcia umowy ramowej tylko z nimi, mogliby dowolnie dyktować ceny zamawiającemu w trakcie jej wykonywania. Tym samym nie ma wątpliwości, iż działania ww. wykonawców naruszają godny ochrony interes zamawiającego. Istotą postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w warunkach uczciwej konkurencji między wykonawcami, a nie wspólne przygotowywanie ofert przez wykonawców.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że zachowanie ww. wykonawców wypełnia również dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 5 Pzp. Niewątpliwie stworzeniem warunków wymuszających na klientach dokonanie wyboru określonego przedsiębiorcy oraz ograniczeniem dostępu do rynku może być składanie ofert przez podmioty powiązane ze sobą kapitałowo, rodzinnie i organizacyjnie, udostępniające sobie potencjał osobowy oraz zasoby w postaci doświadczenia i oferujące ten sam produkt – w sytuacji, gdy wybór którejkolwiek z ofert prowadzi nie do wyboru oferty niezależnego, konkurującego wykonawcy, lecz do wyboru oferty wykonawcy powiązanego. Działanie takie jest sprzeczne z ustawą, gdy całokształt okoliczności faktycznych wskazuje, że przygotowując oferty wykonawcy ci współdziałali, a nie konkurowali ze sobą.”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 2939/12, KIO 2942/12 z dnia 17 stycznia 2013 r. – uzupełnianie dokumentów

„Izba podziela pogląd, dobrze już ugruntowany w dotychczasowym orzecznictwie, że data wystawienia wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań zamawiającego jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu. Ustawodawca wymaga, co wynika nie tylko z przywołanego § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ale również z art. 26 ust. 3 *in fine* Pzp, potwierdzenia stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej, niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert. Zatem fakt wystawienia dokumentu po upływie terminu składania ofert lub wniosków jest bez znaczenia, o ile z treści dokumentu wynika potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później, niż w tym dniu (*vide:* przykładowo*:* wyroki KIO z 12 maja 2009r. sygn. akt KIO/UZP 540/09 oraz z dnia 16 kwietnia 2012r., sygn. akt KIO 632/12).”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 4/13 z dnia 23 stycznia 2013 r. – uzupełnianie dokumentów

„Wezwanie do uzupełnienia powinno w sposób jasny, jednoznaczny i precyzyjny wskazywać, jakiego warunku udziału w postępowaniu wykonawca nie spełnia i z jakich przyczyn. Zamawiający, podejmując decyzję o wezwaniu, musi zatem dokonać uprzedniej oceny otrzymanych od wykonawcy dokumentów i informacji. Jeżeli wynik tej oceny jest negatywny, a nie zachodzą przesłanki zwalniające określone w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie miało miejsce uprzednie wezwanie w tym samym zakresie, wezwanie do uzupełnienia jest niezbędne. Zdaniem Izby w niniejszym postępowaniu Zamawiający powyższego wymogu ustawowego nie dochował, co skutkuje koniecznością uznania, że czynność wykluczenia Odwołującego nie była prawidłowa, a zatem odwołanie podlega uwzględnieniu.”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 20/13, KIO 29/13 z dnia 22 stycznia 2013 r. – równoważność

„Wobec zaniechania opisania przez Zamawiającego zasad uznawania za równoważne zaoferowanych materiałów i urządzeń uznano, że nie sposób przyjmować, by w takim wypadku za równoważne należało uznawać te materiały, urządzenia, które zostały wymienione przez Zamawiającego w dokumentacji – równoważność w takim wypadku byłaby iluzoryczną i sprowadzałaby się jedynie do możliwości zaoferowania urządzeń i materiałów jedynie producenta i typu wymienionego w specyfikacji. Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Tym samym uznano, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie wymienił wszystkich istotnych dla niego parametrów i cech wymaganego przedmiotu, które miałyby decydować o zachowaniu równoważności, nie jest dopuszczalne przyjęcie tezy, że w takim wypadku równoważność dotyczy wszystkich parametrów danego urządzenia."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 2912/12 z dnia 22 stycznia 2013 r. – oświadczenie przesłane faksem

„Na końcu Izba odniosła się również do zarzutów sformułowanych co do formy oświadczenia złożonego przez Dyrektora KWK W., tj. zarzutu skuteczności przedmiotowego pisma z uwagi na poświadczenie za zgodność z oryginałem oświadczenia przesłanego faksem. Izba zwraca uwagę, że zamawiający nie wymagał aby ww. dokument został złożony wraz z ofertą wyłącznie w formie pisemnej. Wobec tego dopuszczalnym było złożenia kopii dokumentu potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba wyjaśnia, że dokument w formie faksowej stanowi kopię oryginału dokumentu. Tym samym zdaniem Izby złożenie przez T. kopii oświadczenia potwierdzoną za zgodność z oryginałem jest wystarczającym spełnieniem wymogu co do formy składanego dokumentu. Zaś rozważania odwołującego w kwestii nie opatrzenia niniejszego pisma jakąkolwiek liczbą dziennika czy też adnotacją potwierdzającą zarejestrowane w korespondencji wychodzącej w ocenie Izby należy uznać za nie mające jakiegokolwiek znaczenia dla oceny prawidłowości oświadczenia złożonego przez Dyrektora KWK W. W tej kwestii należy również zgodzić się z zamawiającym, który podnosił, że żaden

przepis rangi ustawowej, w tym żaden przepis Pzp ani Kodeksu cywilnego nie uzależnia skuteczności oświadczenia od zachowania wyżej wymienionych wymogów.”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 120/13 z dnia 29 stycznia 2013 r. – uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego

„Zasadnym jest podkreślenie, iż przyczyny podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania z czego wynika nieuwzględnienie złożonych wyjaśnień, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie odrzucenia jego oferty. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie to ustalenia legły u podstaw wnioskowania, że wyjaśnienia były niewystarczające dla wykazania, że cena złożonej oferty jest realistyczna. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp podawanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec oferty odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11).(…)Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zamawiający uzasadniając w sposób lakoniczny i ogólnikowy - podjęte wobec oferty odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego i adekwatnego zakwestionowania przez wniesienie odwołania i jego uzasadnienia, uchybiając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych wyżej zasad, niedopuszczalnym jest aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielne zidentyfikował przyczyny odrzucenia oferty, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać

uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 99/13 z dnia 31 stycznia 2013 r. – wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny

„Po pierwsze należy zauważyć, iż ocena wyjaśnień nie mogła być prawidłowo przeprowadzona bez odniesienia się do ceny oferty brutto, czego Zamawiający nie uczynił. Zamawiający przyjął jako niedostateczne wyjaśnienia Wykonawcy kierując się nie zakresem wezwania z jakim wystąpił do Wykonawcy, lecz własnym rozeznaniem rynkowym cen kruszywa oraz cen transportu, które prowadził po uzyskaniu wyjaśnień od Odwołującego. Wykonawca nie miał możliwości odniesienia się do ustaleń Zamawiającego, które legły u podstawy decyzji o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający w ocenie Izby błędnie przyjął jako podstawę decyzji informacje uzyskane od podmiotów trzecich, bez analizy treści wyjaśnień, jakich udzielił Odwołujący pismem z dnia 02.01.2013 r. Zamawiający w toku rozprawy prezentował pogląd, iż wyjaśnienia Odwołującego były zbyt ogólnikowe, z czym Izba się nie zgadza. Zakres wyjaśnień, jakich oczekiwał Zamawiający wynikał z treści wezwania, w którym Zamawiający wyraźnie doprecyzował, iż oczekuje podania szczegółowych nośników cenowych wybranych pozycji kosztorysu ofertowego. Pozycje te zostały przez Odwołującego rozbite na składniki w tabeli załączonej wraz z kopią żądanych dodatkowo dokumentów.
W jednym z orzeczeń ETS orzekł, iż celem procedury badania elementów składowych rażąco niskiej ceny jest zapobieganie arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantowanie konkurencji między przedsiębiorcami na zdrowych zasadach. Jednocześnie ETS wskazał na konieczność jasnego sformułowania żądania kierowanego do kandydatów celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich ofert (wyrok ETS z dnia 29.03.2012 r., sygn. akt C-599/10). Również w orzecznictwie krajowym wskazuje się na konieczność skonkretyzowania przez zamawiającego elementów, których wyjaśnienia oczekuje, tak aby wykonawca mógł ustalić w jakim kierunku wyjaśnienia powinny zmierzać. Zamawiający w niniejszym postępowaniu kierował się

własnymi ustaleniami, a nie wyjaśnieniami Wykonawcy i przyjął za wiarygodne informacje pochodzące od podmiotów zewnętrznych. W ocenie Izby, taka ocena była krzywdząca dla Wykonawcy.(…) Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż argumenty jakimi kierował się Zamawiający były niedostateczne dla wykazania, iż wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę było niemożliwe. Uwzględniając konieczność badania ceny oferty za całość przedmiotu zamówienia, w celu stwierdzenia przesłanki do odrzucenia oferty, konieczne było wykazanie, iż w okolicznościach badanej sprawy każdy uznałby, iż zaoferowana cena jest rażąco niska.

Uwzględniając poziom cen zaoferowanych w tym postępowaniu, Izba uznała, iż oferta Odwołującego stanowiąca ok. 90% szacunku Zamawiającego nie odbiegała w sposób znaczący od cen zaproponowanych przez co najmniej dwóch wykonawców, w tym wybranego. Jak wskazano w ustaleniach, trzy spośród ośmiu złożonych w postępowaniu ofert zawierały ceny niższe niż kwota szacowana przez Zamawiającego. ”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 177/13 z dnia 8 lutego 2013 r. – rażąco niska cena

„W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie miał obowiązku udowodnienia, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Musiał wykazać jedynie zaistnienie możliwości (podejrzenia) zaoferowania ceny rażąco niskiej, które to podejrzenie (możliwość) obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Stosownie bowiem do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dopiero zaś skutkiem oceny złożonych wyjaśnień jest ustalenie lub nieustalenie zaoferowania ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem procedurę wyjaśnień dotyczących cen oferty należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy ceny w oczywisty sposób są zaniżone, ale także kiedy wydaje się czy też istnieje podejrzenie, że przedstawiają rażąco niskie ceny. Stanowisko takie przedstawił Europejski Trybunał Sprawiedliwości. „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji

ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. Państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone". (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa").”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 227/13 z dnia 15 lutego 2013 r. – oferta niezgodna z siwz

„Bezspornym jest, iż w treści SIWZ zamawiający zamieścił wymóg załączenia przez wykonawcę do składanej przez niego oferty każdego z załączonych do SIWZ załączników, żądając jednocześnie aby w sytuacji, gdy dany załącznik nie dotyczy danego wykonawcy, mimo to załączyć go do oferty i zamieścić na nim adnotację „nie dotyczy". Bezspornym jest także, iż wykonawca J. samodzielnie ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jak również, iż nie złożył wraz z ofertą załącznika nr 3, dotyczącego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (pełnomocnictwa konsorcjalnego) Istotnie jest to uchybienie, jednak tego rodzaju uchybienie nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy J., gdyż jest to jedynie uchybienie co do formy, a nie treści oferty. Uchybienia dotyczące niezgodności treści oferty danego wykonawcy z treścią SIWZ, a więc takie które mogły by być przyczyną uzasadniającą odrzucenie oferty wykonawcy winny być merytoryczne oraz istotne. Takiej przyczyny niewątpliwie nie stanowią uchybienia formalne, w tym takie jakie mają miejsce w niniejszym stanie faktycznym."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 226/13 z dnia 14 lutego 2013 r. – oryginał dokumentu

„Izba zważyła, że przepis ten wyróżnia dwie, niezależne od siebie, przesłanki umożliwiające Zamawiającemu zażądanie przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów, które zostały załączone do oferty w kopiach poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Po pierwsze – jeżeli złożony w takiej formie dokument jest nieczytelny. Drugą, samoistną przesłankę stanowi sytuacja, w której kopia dokumentu budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Należy zauważyć, że choć przesłanki te mają zupełnie

inny ciężar gatunkowy i różny stopień zobiektywizowania, każda z nich upoważnia zamawiającego do skorzystania z uprawnienia do zażądania okazania oryginału dokumentu lub jego poświadczonej notarialnie kopii. Nieczytelność dokumentu jest pewnym zobiektywizowanym stanem faktycznym, który może wystąpić w sytuacji wykonywania odbitek kserograficznych dokumentów, może być z łatwością przez każdego stwierdzony i nie wiąże się bezpośrednio z wątpliwościami co do autentyczności dokumentu. Natomiast ocena czy dokument budzi wątpliwości co do prawdziwości ma charakter subiektywnej oceny, a jej wyrażenie przez zamawiającego stawia w jakiś sposób pod znakiem zapytania rzetelność wykonawcy. Z uwagi na powagę tej sytuacji, niewątpliwe korzystanie z tej przesłanki wymaga od zamawiających dużej ostrożności i dążenia do obiektywizacji oceny. Jednocześnie zrozumiałe jest, że wezwanie w takim przypadku, skoro opiera się na wątpliwościach, a nie na pewności co do zaistnienia stanu niezgodności z prawdą dokumentu, powinno być formułowane w sposób powściągliwy."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 138/13 z dnia 5 lutego 2013 r. – nieprawdziwe informacje

„Tym samym, do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji, albowiem dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest dodatkowo udowodnienie, że w danych okolicznościach złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 433/08 stwierdził, że dla zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, nie jest więc wystarczające jedynie „uprawdopodobnienie" przez zamawiającego złożenia nieprawdziwych informacji. Tym samym, zamawiający wykluczając z tego powodu wykonawcę, musi mieć pewność co tego, że nastąpiło złożenie nieprawdziwych informacji, a ich złożenie było wynikiem celowego i zamierzonego działania wykonawcy i ponadto te informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Obowiązuje tutaj również zasada, że powstałe wątpliwości, niedające się usunąć w drodze czynności dowodowych należy rozstrzygać na korzyść zainteresowanego, czyli w tym wypadku – wykonawcy. W tym zakresie należy również nawiązać do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.07.2012r. sygn.akt IVCa 63/12 w którym stwierdzono

jednoznacznie iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie tylko w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu do uzyskania zamówienia publicznego. Jednocześnie zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji nie było skutkiem omyłki.

Dlatego też za niezasadne należy uznać wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu braku po jego stronie należytej staranności przy przygotowaniu oferty, albo błędnego zinterpretowania przepisów prawa, co skutkowało podaniem przez niego nieprawdziwych informacji, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 2934/12 z dnia 16 stycznia 2013 r. – nieprawdziwe informacje

„W ocenie Izby aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi mieć miejsce niezgodność przedstawionych przez wykonawcę informacji z faktami, a nie z wymaganiami podmiotu Zamawiającego. Samo przedłożenie dokumentów i oświadczeń, z których nie wynika spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie wpisuje się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Bowiem wówczas każdy wykonawca, który wziął udział w postępowaniu i nie był w stanie wykazać spełnienia warunków podlegałby wykluczeniu. Wskazać należy, iż przesłanką wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest okoliczność nie wykazania spełniania warunków – a nie okoliczność, czy wykonawca je spełnia. Wówczas negatywne konsekwencje wobec wykonawcy, oprócz wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, byłyby skutkiem nieudolności wykonawcy w dowodzeniu tej okoliczności."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 208/13 z dnia 12 lutego 2013 r. – nieprawdziwe informacje

Odnosząc się do podniesionych zarzutów w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania zamawiający musi zbadać czy zostały

spełnione łącznie dwie przesłanki: po pierwsze - stwierdzić fakt złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie - ustalić, że te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przechodząc na grunt przedmiotowego postępowania Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż przystępujący złożył nieprawdziwe informacje. Niewątpliwie wykonawca B. przyznał w złożonych wyjaśnieniach, że przedłożony wykaz osób zawiera nieprawdziwe dane co do kwalifikacji Zbigniewa P. ale nie sposób pominąć dalszej części tych wyjaśnień wskazujących na okoliczności zaistnienia błędu. W ocenie Izby biorąc pod uwagę w/w wyjaśnienia wykonawcy B., czy też fakt złożenia wraz z ofertą dokumentów wskazujących na rzeczywiste uprawnienia posiadane przez Zbigniewa P. należało stwierdzić, iż mamy do czynienia z błędem a nie ze złożeniem nieprawdziwych informacji. Zdaniem Izby uznając, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji zamawiający musiałby stwierdzić, że doszło do celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a zatem w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. W ocenie Izby podanie nierzetelnych informacji co do kwalifikacji posiadanych przez Zbigniewa P. zamawiający słusznie uznał za błąd wykonawcy. Powyższa argumentacja Izby znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12). Niezależnie od powyższego aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający musiałby wykazać również zaistnienie drugiej z przesłanek tj., że nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 231/13 z dnia 15 lutego 2013 r. – jedno zamówienie

„W ocenie Izby, dla ustalenia wzajemnego powiązania zadań, ma znaczenie tożsamość przedmiotowa zamówienia (roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku budżetowego, finansowego albo objęty decyzją o udzieleniu wsparcia finansowego na realizację określonego projektu) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Istotę stanowi ustalenie czy dany rodzaj

zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Przy czym dla przyjęcia powyższej oceny nie ma istotnego znaczenia ustalenie źródeł finansowania zamówienia. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie tożsamego przedmiotowo zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, jest to jedno zamówienie, bez względu na fakt, czy jest ono finansowane przez zamawiającego z jednego, czy też z kilku różnych źródeł."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 179/13 z dnia 11 lutego 2013 r. – potencjał podmiotu trzeciego

„Izba podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 315/11) zwrócił uwagę na to, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie ma jednak podstaw prawnych aby skuteczność wykazania rzeczywistego charakteru przekazania potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia uzależniać od tego, czy podmiot trzeci będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca czy też w innym charakterze."

pełny tekst orzeczenia

Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 października 2012 r. o sygn. akt: XXIII Ga 1372/12 dotyczący odrzucenie skargi na orzeczenie KIO z powodu uznanie przez Sąd iż została wniesiona z uchybieniem terminu

tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 30 listopada 2012 r. o sygn. akt: IX Ga 361/12 dotyczący kosztów postępowania odwoławczego

tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r. o sygn. akt: V Ga 106/12 dotyczący rażąco niskiej ceny

tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 22 listopada 2012 r. o sygn. akt: XII Ga 517/11 dotyczący kosztów postępowania odwoławczego przy odrzuceniu przez KIO odwołania

tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o sygn. akt: VII Ca 936/12 dotyczący korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w celu podniesienia pozycji w rankingu w postępowaniach dwuetapowych (tzw. prekwalifikacja)

tekst orzeczenia

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 3/2013

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2013 – 31.03.2013

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	35 995	5 191	41 186
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / na podwykonawstwo	6	7	13
O udzieleniu zamówienia	38 787	6 648	45 435
O konkursie	32	9	41
O wynikach konkursu	16	22	38
O zmianie ogłoszenia	11 128	3 680*	14 808
O koncesji na usługi / roboty budowlane	2	2	4
O zamiarze zawarcia umowy	1 377	209	1 586
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	240	240
O profilu nabywcy	-	3	3
RAZEM	87 343	16 011	103 354

* - ogłoszenia dotyczące dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	22,86%	8,39%
Dostawy	40,35%	51,71%
Usługi	36,79%	39,90%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	99,07%	96,32%
Przetarg ograniczony	0,52%	2,89%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,05%	0,60%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,19%
Licytacja elektroniczna	0,34%	-

Kryteria oceny ofert
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	96%	93%	86%	91%
Cena i inne kryteria	4%	7%	14%	9%

Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	76	0,21%
Dostawy	76	0,21%
Usługi	97	0,27%
Razem	**249**	**0,69%**

Postępowania, w których zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych stanowią osoby niepełnosprawne
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	13	0,04%
Dostawy	23	0,06%
Usługi	43	0,12%
Razem	**79**	**0,22%**

Postępowania, w których przewidziano unieważnienie postępowania w przypadku nie przyznania środków pochodzących z budżetu UE i in.
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	403	1,12%
Dostawy	398	1,10%
Usługi	924	2,57%
Razem	**1 725**	**4,79%**

Postępowania, w których przewidziano istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	6 754	18,76%
Dostawy	8 814	24,48%
Usługi	8 821	24,50%
Razem	**24 389**	**67,74%**

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	13,81%	4,87%
Dostawy	41,65%	43,97%
Usługi	44,54%	51,16%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	80,67%	81,14%
Przetarg ograniczony	0,36%	2,44%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,05%	1,44%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,07%	14,91%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,07%
Wolna ręka	15,39%	-
Zapytanie o cenę	3,21%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,23%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	8,957 mld zł

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	47%
Dostawy	28%
Usługi	25%

* - wartość określono na podstawie danych z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dotyczących postępowań o wartości od 14.000 euro do progów UE)

Ogłoszenia o zamówieniu z ogłoszeniami o udzieleniu zamówienia

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Okres	Liczba ogłoszeń o zamówieniu	Liczba ogłoszeń o zamówieniu, w których opublikowano ogłoszenie o udzieleniu zamówienia	Odsetek
rok 2011	172 473	143 824	83,39%
I poł. 2012	81 191	69 477	85,57%
rok 2012	174 239	147 040	84,39%

Średnia liczba ofert składanych i odrzucanych

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzucanych
Roboty budowlane	7,03	2,73
Dostawy	2,43	1,52
Usługi	2,95	1,77
Średnio	**3,01**	**1,83**

Zamówienia udzielone według województw

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	7%	7%
kujawsko-pomorskie	4%	5%
lubelskie	5%	4%
lubuskie	3%	3%
łódzkie	5%	7%
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	18%	18%
opolskie	3%	2%
podkarpackie	5%	6%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	5%
śląskie	11%	10%
świętokrzyskie	3%	3%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	8%	7%
zachodniopomorskie	5%	6%

Średni czas trwania postępowań

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	2012	2013
Roboty budowlane	39 dni	43 dni
Dostawy	31 dni	31 dni
Usługi	30 dni	31 dni
Średnio	**31 dni**	**32 dni**

Procentowa wartość udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	2,97%
Administracja rządowa terenowa	1,98%
Administracja samorządowa	48,11%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,16%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,79%
Uczelnie publiczne	5,13%
Podmiot prawa publicznego	6,15%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	12,77%
Inny	21,95%

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,40%
Administracja rządowa terenowa	2,94%
Administracja samorządowa	38,12%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,26%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,23%
Uczelnie publiczne	6,88%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	20,58%
Zamawiający sektorowy	2,11%
Inny	25,47%

Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	9,09%	27,18%	63,73%
Administracja rządowa terenowa	5,24%	37,15%	57,60%
Administracja samorządowa	21,34%	26,42%	52,23%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	4,17%	32,50%	63,33%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	4,85%	33,93%	61,22%
Uczelnie publiczne	6,34%	55,88%	37,78%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	5,10%	65,04%	29,87%
Zamawiający sektorowy	6,57%	41,81%	51,62%
Inny	9,06%	45,30%	45,64%

Struktura procentowa trybów udzielania zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	69,39	0,73	0,00	0,00	0,00	25,36	4,52	0,00
Administracja rządowa terenowa	74,07	0,54	0,00	0,00	0,00	19,60	4,97	0,81
Administracja samorządowa	81,83	0,23	0,05	0,03	0,02	14,54	2,88	0,43
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	77,50	0,00	0,00	0,83	0,00	17,50	1,67	2,50
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	62,66	0,18	0,00	0,90	0,00	22,80	13,46	0,00
Uczelnie publiczne	78,37	0,06	0,06	0,06	0,00	17,40	4,04	0,00
Podmiot prawa publicznego	80,26	0,61	0,04	0,13	0,00	15,54	3,29	0,13
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	89,82	0,60	0,02	0,06	0,00	8,57	0,93	0,00
Inny	77,20	0,46	0,08	0,10	0,02	18,22	3,87	0,05

Liczba zamówień udzielonych polskim wykonawcom na rynkach innych państw członkowskich UE z uwzględnieniem wartości tych zamówień*

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Austria	1	1 x dostawy	brak danych
Belgia	7	7 x usługi	3 928 700 EUR
Czechy	2	2 x usługi	1 719 513 EUR
Dania	1	1 x dostawy	26 570 000 EUR
Estonia	3	3 x dostawy	1 134 625 EUR
Litwa	2	2 x usługi	1 294 537 EUR
Luksemburg	1	1 x usługi	248 500 EUR
Łotwa	1	1 x usługi	90 679 EUR
Niemcy	2	2 x usługi	60 685 EUR
Słowacja	1	1 x dostawy	4 410 000 EUR
Włochy	1	1 x dostawy	5 245 800 EUR
Razem	**22**	**7 x dostawy 15 x usługi**	**44 703 039 EUR**

* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

Liczba zamówień udzielonych przez polskich zamawiających wykonawcom zagranicznym z uwzględnieniem wartości tych zamówień*

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria			3	2 105 824	2	8 128 230			**5**	**10 234 054**
Belgia			4	1 644 800					**4**	**1 644 800**
Bułgaria					1	252 694 280			**1**	**252 694 280**
Czechy	1	8 986 976	5	451 874	1	4 442 760			**7**	**13 881 610**
Dania					1	1 588 747			**1**	**1 588 747**
Finlandia			2	2 331 368					**2**	**2 331 368**
Francja			4	4 782 537	3	19 847 767			**7**	**24 630 304**
Hiszpania	6	683 333 690			2	2 988 575			**8**	**686 322 265**
Holandia			6	2 836 705	2	72 159 581			**8**	**74 996 286**
Izrael					1	1 121 834			**1**	**1 121 834**
Kanada			1	3 971 710					**1**	**3 971 710**
Korea Południowa	1	66 163 152							**1**	**66 163 152**
Litwa			1	3 624 000					**1**	**3 624 000**
Niemcy	3	5 186 365 931	19	275 842 717	8	22 773 206			**30**	**5 484 981 854**
Szwajcaria			10	4 368 744	2	39 886 887			**12**	**44 255 631**
Turcja			1	4 499 942					**1**	**4 499 942**
Ukraina					1	14 085 751			**1**	**14 085 751**
USA			2	1 550 000	4	27 181 921			**6**	**28 731 921**
Wielka Brytania			58	6 860 236	5	22 830 188			**63**	**29 690 424**
Włochy			11	2 040 858					**11**	**2 040 858**
Razem	**11**	**5 944 849 749**	**127**	**316 911 315**	**33**	**489 729 727**	**0**	**0**	**171**	**6 751 490 791**

* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Kontrole	**Liczba**	
Wszczęte	60	
Zakończone	50	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stwierdzono naruszeń	36	72%
Stwierdzono naruszenia	14	28%
w tym:		
	0	0%
zalecenie unieważnienia	3	21%
ponowna ocena	11	79%
uchybienia formalne		

Kontrole doraźne

Kontrole	**Liczba**	
Wszczęte	13	
Zakończone	25	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Brak naruszeń	2	8%
Stwierdzono naruszenia	23	92%
W tym: zawiadomienie RDFP	5	22%

Kontrole doraźne zawiadomień
(kontrola wyboru trybu udzielenia zamówienia na podstawie zawiadomień kierowanych do Prezesa UZP w związku z art. 62 ust. 2 i art. 67 ust. 2 ustawy Pzp)

Kontrole	**Liczba**	
Wszczęte	5	
Zakończone	11	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	11	100%
w tym:		
	11	100%
uchybienia formalne	9	82%
zawiadomienie RDFP		

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	**Liczba**	
Wszczęte	113	
Zakończone	117	
Wyniki postępowań	**Liczba**	**Struktura procentowa**
przekazane do kontroli	8	7%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	742	
Rozpatrzono ogółem	815	
Sposób rozpatrzenia	**Liczba**	**Rozkład procentowy**
Zwrócone	65	8%
Odrzucone	38	5%
Umorzone postępowanie	120	15%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	135	16%
Oddalone	263	32%
Uwzględnione	194	24%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2013 r.	2012 r.
Roboty budowlane	23%	29%
Dostawy	28%	30%
Usługi	49%	41%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2013 r.	2012 r.
Liczba wniesionych skarg	38	34
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	5%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Czarnecka *Joanna Orzeł*
Renata Dzikowska *Izabela Rzepkowska*
Wojciech Michalski *Wojciech Pyziak*
pod kierunkiem Anity Wichniak-Olczak

KONTAKT:
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a , 02-676 Warszawa
tel. 458-77-07 fax 458-78-36, informator@uzp.gov.pl