

2011

Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PROWADZONA PRZEZ PREZESA UZP

Na podstawie Informatorów
Urzędu Zamówień Publicznych
Lipiec 2010 – Czerwiec 2011

Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP

Opracowanie:

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

www.uzp.gov.pl

Wydawca:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83

00-834 Warszawa

www.parp.gov.pl

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011

© Copyright by Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011

Publikacja współfinansowana przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Publikacja bezpłatna

ISBN: 978-83-7633-027-3

Wydanie I

Nakład 5000 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:

Agencja Reklamowo-Wydawnicza A. Grzegorzcyk

Słowo wstępne

Publikacja prezentuje wyniki kontroli prowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych w 2010 i 2011 r. oraz wskazuje na wybrane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, których niezastosowanie lub błędna interpretacja skutkuje nieprawidłowościami w postępowaniach przetargowych lub nieważnością umowy o zamówienie publiczne.

Niniejsza publikacja powstała w oparciu o artykuły zawarte w Informatorych Urzędu Zamówień Publicznych i opisuje przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP m.in. w zakresie: szacowania wartości przedmiotu zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia czy w zakresie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Każdy ze wskazanych przypadków jest poprzedzony komentarzem omawiającym przepisy ustawy lub innych aktów prawnych mających zastosowanie na poszczególnych etapach prowadzenia postępowania. Zachęcamy do zapoznania się z publikacją zwłaszcza zamawiających, aby uniknąć błędów, które skutkują nieprawidłowościami przy wydatkowaniu środków publicznych.

Opracowanie jest publikowane w ramach projektu systemowego „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego, realizowanego w partnerstwie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz Urzędu Zamówień Publicznych.

Jednym z celów projektu jest wzrost wiedzy zamawiających o możliwościach, jakie stwarza ustawa Prawo zamówień publicznych oraz sposobach wdrożenia tych rozwiązań w praktyce udzielania zamówień.

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

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

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

Jacek Sadowy
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Bożena Lublińska-Kasprzak
Prezes Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości

Spis treści

Szacowanie wartości zamówienia – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP	7
Prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia publicznego jako czynność poprzedzająca wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.....	20
Przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia	27
Przykładowe naruszenia ustawy Pzp w zakresie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	48
Przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.....	59

Szacowanie wartości zamówienia – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP

INFORMATOR NR 4/2011

Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”) uzależniony jest od przekroczenia przez wartość zamówienia wskazanej w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp kwoty 14 000 euro. W większości przypadków, w chwili wszczęcia postępowania zamawiający nie jest w stanie ustalić rzeczywistej wartości zamówienia, dlatego też opiera on swoje działania o jego prognozowaną, tj. o szacunkową wartość. Wynika to wprost z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z treści przytoczonego przepisu wynika kilka istotnych wniosków. Po pierwsze, mowa w nim jest o całkowitym szacunkowym wynagrodzeniu wykonawcy, co oznacza, że wartość, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (*vide*: art. 86 ust.3 ustawy Pzp), a także rzeczywista wartość zamówienia (tj. kwota wskazana w umowie) może różnić się od wartości szacunkowej, określonej na podstawie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Po drugie, zamawiający szacując wartość zamówienia ma obowiązek wziąć pod uwagę całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, co oznacza, że należy mieć na względzie łączną wartość wynagrodzenia należnego wykonawcy (uwzględniając wszystkie składniki tego wynagrodzenia) w całym okresie trwania umowy o zamówienie publiczne, jednakże bez podatku od towarów i usług (VAT). Po trzecie, zamawiający ma obowiązek oszacowania wartości zamówienia z zachowaniem należytej staranności. W odniesieniu do ustawy Pzp, ustawodawca nie precyzuje tego pojęcia, jednakże zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Od zamawiającego wymaga się zatem szacowania wartości zamówienia zgodnie z art. 355 Kodeksu cywilnego, tj. z zachowaniem staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Ponadto staranność powinna być mierzona z uwzględnieniem rodzaju przedmiotu zamówienia (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 lipca 2002 r. sygn. akt V Ca 991/02).

Należyte ustalenie szacunkowej wartości zamówienia ma dla zamawiającego doniosłe znaczenie. Od wysokości szacunkowej wartości zamówienia zależy bowiem szereg kwestii związanych z przeprowadzeniem postępowania, wśród których przykładowo wskazać można takie jak: reżim przepisów, zgodnie z którymi przeprowadzone zostanie postępowanie (w zależności od tego, czy wartość szacunkowa zamówienia przekracza lub nie tzw. „progi unijne”), tryb postępowania (np. zgodnie z przepisem art. 55 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamówienia można udzielić w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), obowiązek powiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania (np. art. 67 ust. 2 ustawy Pzp), a nawet

obowiązek stosowania ustawy Pzp (art. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Również na jej podstawie wyliczana jest kwota wadium. Przejawem ustalenia szacunkowej wartości zamówienia z należytą starannością, będzie m.in. wyrażenie jej konkretną, tj. dokładną kwotą, nie zaś podanie w sposób orientacyjny (tj. w przybliżeniu). Kolejną zasadą, jaką zamawiający ma obowiązek stosować ustalając szacunkową wartość zamówienia, jest zakaz dzielenia zamówienia na części lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania ustawy Pzp (*vide*: art. 32 ust. 2 ustawy Pzp). Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, lecz taki podział, którego skutkiem jest uniknięcie stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej, bądź też taki podział, którego skutkiem jest brak stosowania ustawy Pzp w ogóle. Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Reasumując, z udzielaniem zamówienia w częściach mamy do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający z góry przewiduje zakres całego zamówienia i możliwe jest jego jednorazowe udzielenie, lecz ze względów organizacyjnych, technicznych lub gospodarczych podejmuje decyzję o dokonywaniu zakupów sukcesywnie. Podjęcie decyzji o udzielaniu zamówienia w częściach jest zawsze wynikiem wcześniejszego planu zamawiającego.

Problematyczną kwestią, na etapie szacowania wartości zamówienia, jest konieczność ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z kilkoma odrębnymi zamówieniami. Dla prawidłowej oceny powyższego konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak: tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie) i tożsamość podmiotowa, tj. możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy można założyć, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. W celu dokonania powyższych ustaleń, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przystępując do szacowania wartości zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw, czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć i oszacować oraz ich łączną wartość, niezależnie od tego czy zamierza je nabyć jednorazowo, w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. Podmiotem zobowiązanym do rozstrzygnięcia o tym, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia, czy też zamówieniami odrębnymi jest zamawiający, który w oparciu o posiadaną wiedzę oraz doświadczenie w zakresie prowadzonej działalności, najlepiej zna specyfikę danego zamówienia. Zamawiający kierując się powyższymi wskazówkami, w każdym przypadku zobowiązany jest ustalić przedmiot zamówienia oraz jego zakres.

Od powyższego odróżnić należy sytuację, gdy potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawnia się dopiero po udzieleniu innego zamówienia tożsamego przedmiotowo. W tym przypadku nie mamy bowiem do czynienia z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia, o którym mowa w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich zamówień. Podobnie jest, gdy określone zamówienia mają charakter nieprzewidywalny, niemożliwy do oszacowania w chwili wszczęcia pierwszego postępowania – wówczas każde następne zamówienie o tym samym przedmiocie, należy potraktować jako zamówienie odrębne, a nie część zamówienia udzielonego wcześniej. Zaznaczyć należy, że przepisy ustawy Pzp nie stoją na przeszkodzie podziałowi zamówień, jednakże pod warunkiem, że jest on dokonywany zgodnie z zasadami w niej określonymi. Przykładowo wskazać można, że gdyby zamawiający na etapie przygotowywania postępowania uchybił obowiązkowi uzyskania pozwolenia na budowę określonej części obiektu budowlanego, a związany był np. terminami realizacji projektu, wówczas mógłby skorzystać z możliwości przewidzianej w art. 32 ust. 4 ustawy Pzp i w pierwszej kolejności udzielić zamówienia na tę część, która nie wymagała uzyskania pozwolenia na budowę, a po jego uzyskaniu, w drugim postępowaniu przetargowym – zrealizować roboty nim objęte. Jednakże w takim przypadku za szacunkową wartość wydziałych części zamówienia powinien przyjąć wartość całego zamówienia i zastosować przepisy dla niej właściwe.

Omawiając problematykę szacowania wartości zamówienia trzeba też pamiętać o tzw. ofercie częściowej, pod pojęciem której należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią SIWZ, wykonanie części zamówienia publicznego (art. 2 pkt 6 ustawy Pzp). Dopuszczając możliwość składania ofert częściowych, pamiętać należy, że zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieszcza się opis odpowiednich części zamówienia, co do których dopuszczone zostało złożenie ofert częściowych. Zakres poszczególnych części zamówienia zamawiający ustala według własnych potrzeb, mając na celu otrzymanie jak najbardziej korzystnych ofert co do każdej części zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, dla każdej części zamówienia przyjmuje się wartość całego zamówienia (czyli sumę wartości poszczególnych części) i ona jest decydująca dla zastosowania odpowiednich przepisów Pzp. Brak rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co do poszczególnych części zamówienia, w przypadku gdy zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, skutkuje koniecznością unieważnienia wyłącznie tych części postępowania, które nie zostały rozstrzygnięte. W pozostałym zakresie postępowanie jest ważne i zamawiający może zawrzeć umowy z wykonawcami, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty co do poszczególnych części zamówienia. W celu wyboru wykonawców na pozostałe części zamówienia, zamawiający przystępuje do kolejnego postępowania. Zamawiający powinien wówczas ponownie oszacować wartość zamówienia co do części nierozstrzygniętych wcześniejszym postępowaniem. Pamiętać należy, że przystępując do udzielenia zamówienia na pozostałe części nierozstrzygniętego postępowania zamawiający udziela nowego zamówienia (ponownie określane są między innymi przedmiot zamówienia i jego wartość szacunkowa), dlatego też do postępowania takiego stosuje się przepisy wynikające z ponownego oszacowania wartości zamówienia.

Reasumując: w sytuacji, gdy zamawiający zamierza udzielić dwóch lub więcej zamówień na usługi, roboty budowlane lub dostawę asortymentu tego samego rodzaju zobowiązany jest do zsumowania wartości zamówień tego samego rodzaju. Również w sytuacji, kiedy w trakcie przygotowywania się przez zamawiającego do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pojawi się konieczność udzielenia kolejnego zamówienia o charakterze nieplanowanym dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia, zamawiający ma obowiązek zsumowania wartości wszystkich tych zamówień. Tym samym, wartością całego zamówienia jest suma wartości wszystkich planowanych i nieplanowanych zamówień, przy czym każde z nich może zostać udzielone w odrębnych postępowaniach prowadzonych zgodnie z procedurą właściwą dla wartości całego zamówienia. Może zatem zdarzyć się tak, że zamawiający zobowiązany będzie stosować procedury ustawy mimo iż wartość poszczególnych części zamówienia nie będzie przekraczała kwoty

14 000 euro. Jeszcze raz należy podkreślić, że dla ustalenia łącznej wartości szacunkowej zamówienia istotny jest fakt realizacji takich samych lub podobnych zamówień, przy czym w przypadku zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej nie ma znaczenia z jakich programów pomocowych pochodzą środki publiczne przeznaczone na sfinansowanie poszczególnych zamówień, podlegających łączeniu.

Warto kilka słów poświęcić również kwestii związanej z szacowaniem wartości zamówienia zamówień dodatkowych (*vide*: art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) oraz zamówień uzupełniających (*vide*: art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp). Cechą charakterystyczną zamówień dodatkowych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest ich nieprzewidywalność w momencie udzielania zamówienia podstawowego, a następnie konieczność ich udzielenia w celu prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, niezależnie od trybu, w jakim zamówienie podstawowe zostało udzielone. Zamawiający w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp ma prawo udzielić kilku zamówień dodatkowych, a ponieważ każde zamówienie dodatkowe jest odrębnym, nowym zamówieniem, dlatego wartość dla każdego kolejnego zamówienia dodatkowego ustala się oddzielnie. Należy jednak podkreślić, że w celu stwierdzenia czy w danej sytuacji mamy do czynienia z zamówieniem dodatkowym, zamawiający musi najpierw zbadać, czy zostały spełnione wszystkie przesłanki określone art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. Z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych będziemy mieć do czynienia, gdy zamawiający pomimo tego, że wie lub przy dochowaniu należytej staranności mógł ustalić, iż do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego powinien udzielić kilku zamówień dodatkowych, szacuje wartość każdego z nich oddzielnie w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Chcąc natomiast skorzystać z możliwości udzielenia zamówień uzupełniających, zamawiający zobowiązany jest w pierwszej kolejności zbadać, czy zachodzą przesłanki opisane w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż w odróżnieniu od zamówień dodatkowych, które mają charakter nieprzewidywalny, zamówienia uzupełniające zawsze muszą być przewidziane przez zamawiającego już na etapie przygotowania postępowania podstawowego. Wynika to wprost z przepisu art. 32 ust. 3 ustawy Pzp i wyraża się w tym, iż zamawiający przy ustalaniu wartości zamówienia podstawowego uwzględnia wartość zamówień uzupełniających. W konsekwencji powyższego maksymalna wartość tych zamówień znana jest już na etapie ogłoszenia o wszczęciu postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia podstawowego. Jednocześnie jednak wartość planowanych do udzielenia zamówień uzupełniających nie może przekroczyć dopuszczanej (maksymalnej) wartości zamówień uzupełniających, określonej w przepisach obowiązujących w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. A zatem, zamawiający może udzielić zamówień uzupełniających tylko w zakresie i w wysokości ustalonej na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

W przypadku, gdy wartość zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego będzie niższa lub równa niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 14 000 euro, do udzielenia zamówienia procedury przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych nie będą miały zastosowania, ze względu na uregulowane w art. 4 pkt 8 Pzp. W takiej sytuacji możliwe będzie udzielenie zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego innemu podmiotowi niż wykonawca zamówienia podstawowego.

Na marginesie przypomnieć również należy, że Wspólny Słownik Zamówień, wprowadzony rozporządzeniem Komisji (WE) Nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) 2195/2002/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczących procedur udzielania zamówień w zakresie zmiany CPV (Dz.U. UE z 15.03.2008 L. 74/1), jest systemem klasyfikacji produktów, usług i robót budowlanych stworzonym na potrzeby zamówień publicznych. Służy on celom klasyfikacyjnym, statystycznym oraz zapewnieniu porównywalności przedmiotów zamówień w ujęciu europejskim. Stąd też należy podkreślić, iż nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień mają zastosowanie tylko do opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś do czynności szacowania jego wartości.

Poniżej przedstawiono przykłady naruszeń w zakresie szacowania wartości przedmiotu zamówienia, stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

KU/193/10

W rozdziale I pkt 5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w pkt VI.3 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przewidział udzielenie zamówień uzupełniających do wysokości 50% wartości zamówienia podstawowego, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Z dokumentacji niniejszego postępowania, a zwłaszcza z pkt 2 druku ZP-1 wynika, iż wartość zamówienia oszacowana przez zamawiającego nie uwzględnia zamówień uzupełniających, co również potwierdził zamawiający w piśmie z dnia 6 października 2010 r., w odpowiedzi na prośbę UZP o udzielenie wyjaśnień we wskazanym zakresie.

Zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.

Powyższe zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie dyspozycji art. 32 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

KN/78/10

Z przesłanych przez zamawiającego: „Wstępnego szacunku wartości zamówienia dla ekspertyzy – Metoda szacowania kosztów przedsięwzięć informatycznych” oraz ze „Wstępnego szacunku wartości zamówienia dla ekspertyzy – Metodyka zarządzania projektami informatycznymi” wynika, że osoba dokonująca szacowania wartości ww. zamówień uznała, że z uwagi na obszerność dokumentacji (ponad tysiąc stron), konieczną liczbę roboczogodzin, ceny za roboczogodzinę występujące na rynku oraz czas potrzebny na dokonanie niezbędnych analiz i przygotowanie opracowania finalnego, „można wycenić, iż koszt netto może wynieść ok. 55 tys. zł” (dla każdego z ww. zamówień). Osoba sporządzająca ww. szacunek wskazała, że kierowała się „znymi z osobistych doświadczeń wynikami z realizacji podobnych zadań analitycznych”. Zgodnie z przepisem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Pojęcie „całkowite szacunkowe wynagrodzenie” nie zostało zdefiniowane w ustawie, należy zatem, opierając się o wykładnię: gramatyczną i logiczną, stwierdzić, iż obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie dokładnego szacunku wynagrodzenia w oparciu o przygotowaną dokumentację. Ustalenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy powinno zostać dokonane z zachowaniem należytej staranności zgodnie z art. 355 Kodeksu cywilnego (tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju). Wskazać należy, że szacunkowa wartość zamówienia ma dla zamawiającego doniosłe znaczenie. Zamawiający ustala ją na etapie przygotowania postępowania. Od jej wysokości zależy bowiem szereg kwestii związanych z przeprowadzeniem postępowania, wśród których przykładowo wskazać można takie jak: reżim przepisów, zgodnie z którymi przeprowadzone zostanie postępowanie (w zależności od tego, czy wartość szacunkowa zamówienia przekracza lub nie tzw. „progi unijne”), tryb postępowania (np. zgodnie z przepisem art. 55 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamówienia można udzielić w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), obowiązek powiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania (*vide*: art. 67 ust. 2 ustawy Pzp), czy nawet obowiązek stosowania ustawy Pzp. Dlatego też stwierdzić należy, że szacunkowa wartość zamówienia powinna być wyrażona konkretną, tj. dokładną kwotą, nie zaś podana

w sposób orientacyjny (w przybliżeniu) tak jak uczynił to zamawiający stwierdzając, iż wartość szacunkowa każdego z kontrolowanych zamówień wynosi „ok. 55 tys. zł”. Zwrot „około” poprzedzający określenie np. liczby czy ilości komunikuje, że dana wartość została podana w przybliżeniu, czyli może wynosić więcej lub mniej. Podkreślenia wymaga fakt, że zgodnie z obowiązującym przed dniem udzielenia zamówienia Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U. z dnia 24 maja 2006 r.) kwota 14 000 euro, od której uzależniony jest obowiązek stosowania ustawy Pzp to 54 279,40 zł (zatem „około” 55 000,00 zł). Stosownie natomiast do treści przywołanego powyżej przepisu art. 32 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek szacowania wartości zamówienia w sposób staranny. Obowiązek ten nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest zbliżona do progu, którego przekroczenie zobowiązuje zamawiającego do stosowania ustawy Pzp. Oczywistym musi być, że na zamawiającym ciąży wówczas zwiększona odpowiedzialność co do prawidłowego i precyzyjnego oszacowania wartości danego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający podając szacunkową wartość zamówienia jako kwotę niekonkretną („ok. 55 tys. zł”) nie oszacował wartości zamówienia z należytą starannością, czym naruszył przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

KN/29/10

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

- dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego,
- instalację 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach.

Szacunkowa wartość zamówień została ustalona przez zamawiającego odrębnie dla każdego postępowania na podstawie analizy rynku, analizy udzielonych wcześniej zamówień o podobnym charakterze oraz przewidywanych kosztów wykonania niezbędnej infrastruktury i wyniosła odpowiednio:

- dla postępowania na dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego: 515 000,00 zł (132 831,24 euro),
- dla postępowania na instalację 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach: 490 000,00 zł (126 383,12 euro) – postępowanie unieważnione; 650 000,00 zł (167 651,08 euro) – postępowanie rozstrzygnięte co łącznie daje kwotę: 1 165 000,00 zł (300 482,32 euro).

Postępowanie na dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego zostało wszczęte w kwietniu 2009 r., natomiast na instalację 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach pierwotnie w listopadzie, a następnie w grudniu 2009 r. Postępowanie na dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych.

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

przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, którego skutkiem jest uniknięcie stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

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

Ponadto zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Delegacja z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp wskazuje na Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 241, poz. 1762). Z §1 pkt 1 rozporządzenia wynika, że Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia dotyczące zamówień przekazuje się, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, jednostek badawczo-rozwojowych, państwowych instytucji kultury oraz podsektora samorządowego, a także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 133 000 euro dla dostaw lub usług.

Z powyższego wynika, że zamówienia na dostawy i usługi o wartości niższej niż 133 000 euro wyłączone były z obowiązku ogłoszenia w oficjalnym publikatorze unijnym. Wystarczające jest zatem, w odniesieniu do tzw. „zamówień podprogowych”, że ogłoszenie o takim zamówieniu zamieszczone zostanie w publikatorze krajowym, siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej. Właściwe oszacowanie wartości zamówienia jest zatem kwestią niezwykle istotną – nieprawidłowe oszacowanie wartości, które skutkuje zamieszczeniem ogłoszenia w niewłaściwym publikatorze ogranicza dostęp do informacji o zamówieniu. Zakres podmiotów poinformowanych o zamówieniu, a co za tym idzie podmiotów, które potencjalnie mogłyby złożyć ofertę wykonania zamówienia, zależy w dużej mierze od tego, gdzie opublikowane zostało ogłoszenie.

Z powyższych względów, istotne znaczenie ma stwierdzenie, czy wartość przedmiotowych zamówień na dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego oraz na instalację 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach powinna być zsumowana. W takim bowiem przypadku, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, wartość zamówienia przekraczałaby kwotę 133 000 euro (wynosiłaby 300 482,32 euro), a wobec tego zamawiający zobowiązany byłby do zastosowania zaostrożonej procedury określonej w ustawie Pzp, w tym przepisów dotyczących miejsca publikacji ogłoszenia o zamówieniu, do obu udzielonych zamówień.

W piśmie z dnia 25 stycznia 2010 r. zamawiający przedstawił swoje stanowisko w zakresie przyczyn zaniechania łącznego szacowania wartości dla obu zamówień oraz przyczyn podzielenia zamówień. Zamawiający zwrócił uwagę, że postępowania były przeprowadzone w odstępie kilku miesięcy, przy czym przedmiotowe postępowanie na dostawę odbyło się wcześniej. W ocenie zamawiającego przesłanką do zaniechania zsumowania wartości zamówień na dostawę i usługę była obiektywna niemożność oszaco-

wania wartości zamówienia na usługę instalacji. Zamawiający wyjaśnił, że nie mając wiedzy jaki sprzęt zostanie zakupiony w postępowaniu na dostawę, a co za tym idzie, jakie będą wymagania instalacyjne nowego sprzętu – nie był w stanie oszacować zamówienia na usługę instalacji z należytą starannością. Zamawiający poinformował, że oszacowanie wartości zamówienia na usługę instalacji nastąpiło dopiero po zrealizowaniu zamówienia na dostawę w oparciu o „rozeznanie rynku, analizę udzielonych wcześniej zamówień o podobnym charakterze oraz przewidywane koszty przygotowania niezbędnej infrastruktury”. Zamawiający odniósł się także do zagadnienia podziału zamówienia. W ocenie zamawiającego żaden przepis ustawy Pzp oraz przepis unijny nie nakazuje połączenia zamówienia na dostawę z zamówieniem na instalację, a decyzja o ewentualnym podziale leży w autonomicznych kompetencjach zamawiającego. W przedmiotowej sprawie rozdzielenie inwestycji nastąpiło na skutek okoliczności organizacyjnych – takie rozwiązanie uznano za najbardziej optymalne. Zamawiający podkreślił także, że od samego początku realizowania inwestycji – usługi instalacji nie planowano realizować w tym samym roku budżetowym co dostawy sprzętu. Dopiero sytuacja ekonomiczna państwa skłoniła zamawiającego do podjęcia prac nad wszczęciem obu postępowań w tym samym roku, tj. 2009. W konsekwencji, zdaniem kontrolowanego, podział zamówień na części był zasadny, a więc niezsumowanie wartości tych zamówień nie prowadziło do obejścia ustawy Pzp.

Analizując stan faktyczny i wyjaśnienia zamawiającego należy zwrócić uwagę przede wszystkim na kluczową okoliczność, która w ocenie Prezesa Urzędu legła u podstaw błędnej decyzji zamawiającego w zakresie określenia wartości zamówienia. Tą okolicznością jest nieprawidłowe utożsamienie oszacowania z należytą starannością wartości całego zamówienia z problemem podziału zamówienia na części.

Nie ulega wątpliwości (i w tym zakresie należy zgodzić się z zamawiającym), że ocena, czy zamówienie może zostać podzielone na części spoczywa na zamawiającym. To zamawiający decyduje, czy dane zamówienie z przyczyn obiektywnych o technicznym charakterze, organizacyjnych lub innych winno zostać rozdzielone na zamówienia mniejsze. Czynnikiem decydującym, o tym czy dokonany podział narusza przepisy ustawy Pzp jest to czy zamawiający podczas dokonywania podziału uwzględni łączną wartość wszystkich podzielonych zamówień i udzieli cząstkowych zamówień według przepisów właściwych dla łącznej ich wartości.

W systemie zamówień publicznych obowiązuje zasada, że zamawiający powinien traktować jak jedno zamówienie takie zamówienia, w których zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę i gdy posiadają one podobne przeznaczenie tj. gdy usługi/dostawy mają zasadniczo te same lub podobne funkcje techniczne lub gospodarcze. W tych okolicznościach, zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia i szacowania jego wartości, w stosunku do pełnego zamówienia na podstawie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie, obok związku funkcjonalnego pomiędzy takimi zamówieniami dodatkowe znaczenie ma również zaistnienie między nimi związku czasowego. Taki związek zachodzi, gdy funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej.

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

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

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

W odniesieniu do pierwszej i drugiej przesłanki nie ulega wątpliwości, że zamówienia na dostawę 5 stacji bazowych i ich instalację mają takie same lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia, jakim jest budowa Krajowego Systemu Bezpieczeństwa Morskiego – etap I. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia na usługę instalacji 5 stacji bazowych „Celem zamówienia jest unifikacja sprzętowa i programowa stacji bazowych systemu AIS-PL [w domyśle – zakupionych w kontrolowanym postępowaniu na dostawę] ulokowanych w rejonie odpowiedzialności UMS z siecią rejonu UMG. Usługa ta zamyka w sposób kompletny budowę sieci AIS-PL (...) W ramach zamówienia należy zdemontować istniejące transpondery, a w ich miejsce zainstalować nowo zakupione stacje bazowe wraz z oprogramowaniem”. Z treści opisu przedmiotu zamówienia na usługę wynika zatem, że dostawa stacji jest niczym innym jak niezbędnym elementem umożliwiającym kompletną budowę sieci AIS-PL. Tym samym, dostawa 5 stacji bazowych AIS nie była dla zamawiającego celem samym w sobie. Dostawa stacji bazowych AIS i usługa ich instalacji wzajemnie się dopełniają – usługa nie byłaby możliwa do zrealizowania bez zakupu stacji (przedmiotem instalacji jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia są właśnie stacje zakupione uprzednio w ramach dostawy), przedmiot dostawy zaś bez właściwego zainstalowania nie pełniłby dla zamawiającego żadnej funkcji. Pomocniczo wypada zauważyć, że sam zamawiający w *Technicznym opisie inwestycji w infrastrukturę* zawartym we wniosku o dofinansowanie (strona 10) traktował zamówienia na dostawę i usługę instalacji łącznie: „Planowany zakres modernizacji Krajowej Sieci Stacji Bazowych AIS-PL obejmuje wymianę (dostawę i montaż) 5 stacji bazowych w obszarze odpowiedzialności Dyrektora Urzędu Morskiego w S.”.

Także przesłanka odnosząca się do możliwości realizacji obu przedmiotów zamówienia u jednego wykonawcy została spełniona. Specyfika podobnych zamówień wskazuje, że podmiot zdolny do zaoferowania specjalistycznego sprzętu dysponuje jednocześnie zespołem pracowników zdolnych do jego instalacji i uczynienia go w pełni kompatybilnym z istniejącym sprzętem, co więcej – jest normą, że zespół wykonawcy przeprowadza szkolenia dla pracowników zamawiającego z zakresu obsługi takiego sprzętu. Jak wynika z treści dokumentacji kontrolowanego postępowania na dostawę stacji bazowych AIS i ogłoszenia o zamówieniu na usługę ich instalacji (opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich z dnia 12 maja 2010 r.; numer – 2010 S/ 92-137587) wykonawcą, który zrealizował zamówienia na dostawę i usługę była ta sama firma – E. Sp. z o.o. W obu postępowaniach brał również udział inny wykonawca, El. Sp. z o.o.: raz samodzielnie, innym razem w konsorcjum z K. Sp. z o.o. Niewątpliwie świadczy to o tym samym kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowych zamówień.

Spełniona została także przesłanka odnosząca się do terminu realizacji świadczenia. Oba zamówienia zostały udzielone w zbliżonym terminie, w odstępie kilku miesięcy. Bez znaczenia są bowiem okoliczności, które przywołuje zamawiający w swoim piśmie, wskazujące że nie planowano realizować obu inwestycji w jednym roku budżetowym oraz, że na platformie wiertniczej P. zakup i instalacja podobnego sprzętu odbywała się w cyklu 3-letnim. Podstawą do oceny czy przesłanka czasowa jest spełniona czy też nie, jest, co do zasady, przewidywalny czas realizacji danego świadczenia. Nie oznacza to, że konieczne jest udzielenie wszystkich zamówień cząstkowych w tym samym czasie. W przedmiotowym postępowaniu zamówienie na dostawę zostało wszczęte w ostatniej dekadzie kwietnia 2009 r., natomiast pierwotne zamówienie na usługi instalacji przedmiotu dostawy – w listopadzie 2009 r. Biorąc pod uwagę niewątpliwą tożsamość obu zamówień oraz bliski, przewidywalny termin ich realizacji należy uznać, że przesłanka czasowa również została spełniona. Jednocześnie przywołanie przypadku instalacji właściwej infrastruktury na platformie wiertniczej P. nie może, z uwagi na odmiennosc stanu faktycznego, szczególnie w zakresie innego podmiotu właścicielskiego, stanowić podstawy do twierdzenia, że naturalny jest trzyletni odstęp pomiędzy terminem dostawy i instalacji.

Ponadto, co zostało wskazane powyżej, należy odnieść się także do wypowiedzi zamawiającego wskazującej na niemożliwość oszacowania z należytą starannością łącznej wartości obu zamówień w sytuacji

braku wiedzy jaka aparatura zostanie ostatecznie zakupiona i jakie środki pochłonie konieczność instalacji. Twierdzenie zamawiającego o niemożności oszacowania zamówienia na usługę, a tym samym niemożności łącznego oszacowania zamówień nie znajduje oparcia w faktach i świadczy o tym co najmniej kilka okoliczności. Po pierwsze, zamawiający precyzyjnie i dokładnie opisał przedmiot zamówienia na dostawę stacji bazowych AIS i doskonale wiedział jaki potencjalnie sprzęt może zostać zakupiony. Tym samym, mógł oszacować w sposób przybliżony ile będzie kosztowała jego instalacja i jaka będzie wartość łączna. Po drugie, zamawiający zgłaszając wniosek o dofinansowanie był świadomy kosztów jakie poniesie na realizację poszczególnych etapów inwestycji. Brak tej wiedzy uniemożliwiłby dokonanie wyceny finansowej całej inwestycji. Operaty szacunkowe były więc zamawiającemu znane. Po trzecie, zamawiający jest doświadczonym podmiotem na rynku, dla którego zakup podobnej aparatury i jej instalacja nie jest niczym wyjątkowym w funkcjonowaniu jednostki. Zamawiający miał stosowne doświadczenie o czym zresztą sam informuje w protokołach obydwu postępowań – szacowanie wartości zamówienia dokonywało się w oparciu o „rozeznanie rynku oraz porównanie z wcześniejszymi zamówieniami o podobnym charakterze”. Po czwarte, jak wskazuje sam zamawiający w piśmie z dnia 27 maja 2010 r. podmiotami spełniającymi kryteria postępowania byli „wyspecjalizowani wykonawcy, których zakres działalności związany jest z dostawami, instalacją i konfiguracją urządzeń służących do nawigacji, komunikacji morskiej, ze szczególnym uwzględnieniem statkowych i lądowych systemów AIS”. Trudno więc argumentować, że doświadczony zamawiający nie byłby w stanie oszacować wartości całości przy współpracy z takim wyspecjalizowanym wykonawcą. Po piąte, należy wskazać, że szacunek nie oznacza konieczności dokładnego przewidzenia potencjalnych cen za spełnienie świadczenia, ale wartość przybliżoną. W sytuacji zaś, gdyby nawet przyjąć, że taki szacunek jest dla doświadczonego zamawiającego stosunkowo trudny – winien postępować on zgodnie ze wskazówkami zawartymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2008 r. (sygn. KIO/ UZP 786/08), w którym zauważono, że *zamawiający, szacując wartość zamówienia ma obowiązek wziąć pod uwagę najwyższą możliwą wartość, zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług, a więc zasadne jest założenie, że oferta najkorzystniejsza będzie ofertą z ceną niższą niż rzeczywista wartość zamówienia*.

Kończąc, nie sposób nie odnieść się do decyzji zamawiającego podjętej w dniu 25 listopada 2009 r. polegającej na unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp pierwszego postępowania na usługę instalacji 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający zauważył, że postępowanie na instalację „obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, ponieważ doszło do naruszenia art. 32 ust. 2 ustawy. Zamawiający określając wartość zamówienia na *Instalację 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym* nie uwzględnił wartości szacunkowej zamówienia wszczętego wcześniej a związanego bezpośrednio z przedmiotowym. W konsekwencji nie zastosowano właściwych przepisów dotyczących miejsca publikacji ogłoszenia oraz terminów składania ofert, a tym samym naruszono przepisy art. 40 ust. 3 oraz art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Trudno nie zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego zaprezentowanym w tym piśmie, potwierdzającym, że oba zamówienia były ze sobą bezpośrednio związane, a zaniechanie ich łącznego oszacowania stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. Na marginesie warto jednocześnie nadmienić, że przyjęcie stanowiska zamawiającego o niemożności oszacowania obydwu zamówień oznaczałoby bezprawność dokonania czynności unieważnienia postępowania na usługę instalacji na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co skutkowałoby naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie zamówień na dostawę stacji bazowych i ich instalację było błędne. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. Jako, że są ze sobą tożsame i ich przeznaczenie jest takie samo mogą być wykonywane przez jednego wykonawcę i faktycznie zostały udzielone temu samemu wy-

konawcy. Wreszcie, w niniejszym stanie faktycznym, usługi były przewidywalne w określonej perspektywie czasowej. Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający wszczynając postępowanie w przedmiocie dostawy 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego i instalacji 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach dopuścił się podziału zamówienia na części, nie sumując wartości wszystkich części. Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanego zamówienia w zakresie dostawy 5 stacji bazowych AIS oraz zamówienia na instalację tych baz wynosiła 300 482,32 euro, co obligowało zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego dostawy w Dzienniku Urzędowym UE i wskazania terminu 40 lub 47-dniowego na składanie ofert (zależnie od formy przekazania ogłoszenia o zamówieniu). Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na nieopublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu na dostawę 5 stacji bazowych AIS wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stanowiło naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Pzp. Wyznaczenie 14-dniowego terminu składania ofert stanowiło, z kolei, naruszenie art. 43 ust. 2 ww. ustawy.

KN/151/09

Z dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji wynika, iż udzielenie zamówień na podstawie 3 umów cywilnoprawnych nastąpiło w okresie od 15.01.2008 r. do 17.09.2008 r. Wobec powyższego opis i kwalifikacja prawna stwierdzonych naruszeń została oparta o obowiązujący w powyższym okresie stan prawny, tj. w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku Pzp (tekst jednolity Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

Klasyfikacja dostaw i usług według nomenklatury CPV została dokonana w oparciu o obowiązujące w momencie planowania przez zamawiającego realizacji zadania budżetowego Nr 2112951 (Łódź Europejska Stolica Kultury 2016) Rozporządzenie (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) z uwzględnieniem zmiany dokonanej Rozporządzeniem Komisji (WE) Nr 2151/2003 z dnia 16 grudnia 2003 r. (Dz.U. UE Nr L 329/01 z dnia 17.12.2003 r.). Jak wynika z analizy dokumentacji przekazanej przez zamawiającego zawarł on w okresie od 15.01.2008 r. do 17.09.2008 r. 3 umowy cywilnoprawne, których przedmiotem były usługi reklamowe (Kod CPV: 74410000-6 usługi reklamowe, 79341400-0 usługi prowadzenia kampanii reklamowych) na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp.

Z art. 32 ust. 1 ustawy wynika, iż podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Stosując się do powyższych wskazań w zakresie szacowania wartości zamówienia, szacunkowa wartość zamówienia na usługi reklamowe wyniosła 86 426,23 zł, tj. stanowi łączną wartość netto (bez podatku od towarów i usług) 3 cywilnoprawnych umów zawartych przez zamawiającego w okresie od 15.01.2008 r. do 17.09.2008 r.

W toku kontroli ustalono, że w ramach jednego projektu, w odniesieniu do tego samego przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł 3 umowy cywilnoprawne, których przedmiotem było świadczenie usług w zakresie reklamy. Dodatkowo z wyjaśnień zamawiającego wynika, iż w planie finansowym – budżecie Biura Promocji, Turystyki i Współpracy z Zagranicą na 2008 r. do zadania nr 2112951 pod nazwą „Łódź – Europejska Stolica Kultury 2016” przypisana została kwota 2 000 000 zł i obejmowała ona wydatki zdefiniowane w następujących paragrafach:

§ 4170 – zakupy bezpośrednie (autorskie przygotowanie projektu graficznego plakatu promocyjnego ŁESK 2016, przygotowanie koncepcji artystycznej do realizacji materiałów fotograficznych

promujących ŁESK 2016 dla stacji telewizyjnej CNN, autorskie opracowanie projektu graficznego billboardu promującego ŁESK 2016);

§ 4300 – zakup usług (promocja miasta Łódź poprzez i podczas przedsięwzięć kulturalno-promocyjnych: wystawy, koncerty, prezentacje, happeningi, letnie festiwale muzyczne, realizacja programów informacyjnych w TVP i stacjach radiowych, realizacja publikacji wydawniczych promujących przedsięwzięcie (foldery, ulotki etc.), publikacja reklamy w gazetach i wydawnictwach, wykonanie bajerów reklamowych ŁESK 2016: znaczki, piny, naklejki, kubeczki, długopisy, smycze, magnesy, karty do gry, stemple promocyjne, pendriv'y, portfele, t-shirty, bluzy polarowe, druk plakatów, ulotek i wydawnictw promocyjnych, ŁESK 2016, wynajem powierzchni na eventy promujące ŁESK 2016, wynajem sprzętu do obsługi konferencji, wykonanie badań i analiz do realizacji projektu ŁESK 2016;

§ 4380 – tłumaczenia, wykonanie tłumaczenia komiksu promującego ŁESK 2016 – „Kapitan Kultura”, tłumaczeń listów intencyjnych ŁESK 2016.

Powyższe wskazuje, iż wydatkowanie środków obejmujących świadczenie usług w zakresie reklamy w ramach jednego zadania (nr 2112951 pod nazwą „Łódź – Europejska Stolica Kultury 2016”) było czynnością planowaną w budżecie zamawiającego na rok 2008, obejmowało z góry określone usługi. Ponadto, jak wynika z analizy dostarczonych przez zamawiającego wyjaśnień, obejmowało nabywanie określonych usług, które zostały przyporządkowane przez zamawiającego do tej samej kategorii (Kod CPV: 74410000-6 usługi reklamowe, 79341400-0 usługi prowadzenia kampanii reklamowych) i były skierowane do tej samej grupy wykonawców.

Zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Powyższe wskazuje, iż dzielenie zamówienia na części jest dopuszczalne, jeżeli jest ono dokonywane w innym, uzasadnionym ważkimi względami celu, i celem tym nie jest uniknięcie stosowania przepisów ustawy. Jednakże trudno jest przyjąć, iż w odniesieniu do świadczenia usług w zakresie reklamy istniały powody, dla których tego rodzaju działanie mogło być uznane za usprawiedliwione. Nawet przyjęcie, iż nie wszyscy wykonawcy, którym udzielono zamówienia, byłiby w stanie zapewnić realizację przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wszystkich rodzajów usług w ramach ustalonej grupy (Kod CPV: 74410000-6 usługi reklamowe, 79341400-0 usługi prowadzenia kampanii reklamowych) to działanie takie nie wydaje się być uzasadnione. W wypadku, gdy zasadne jest (ze względów organizacyjnych, ekonomicznych lub praktycznych) pogrupowanie przedmiotu zamówienia w oddzielne pakiety lub udzielenie zamówienia w odrębnych terminach zamawiający może dopuścić składanie ofert częściowych lub zorganizować w różnym czasie odrębne postępowania. Tego rodzaju postępowanie umożliwia ochronę interesów zamawiającego przy jednoczesnym zapewnieniu zachowania zasad dotyczących szacowania wartości zamówienia i wydatkowania środków publicznych. Biorąc pod uwagę, iż obowiązujący u zamawiającego na 2008 r. plan finansowy przewidywał ustalone rodzajowo wydatki obejmujące świadczenie usług promocyjnych w ramach jednego zadania (nr 2112951 pod nazwą „Łódź – Europejska Stolica Kultury 2016”) to działanie polegające na zawarciu 3 umów cywilnoprawnych o wartości poniżej 14 000 euro nosi znamiona celowego działania skutkującego niestosowaniem ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 32 ust. 4 ustawy jeżeli zamawiający decyduje się udzielać zamówienia w częściach i organizuje odrębne postępowania, wówczas dla każdego odrębnego postępowania przyjmuje się łączną wartość zamówienia. Jeżeli więc przedmiot zamówienia składa się z kilku części, wartość zamówienia stanowi suma wartości wszystkich części. W związku z tym prawidłowo określona wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego, udzielonego w 3 częściach, powinna uwzględniać łączną wartość wszystkich części zamówienia.

Podkreślenia wymaga przy tym fakt, iż przekroczenie przez szacunkową wartość zamówienia określonej w art. 4 pkt 8 ustawy wartości przesądza generalnie o stosowaniu ustawy Pzp. Dokonany przez zamawiającego podział zamówienia na 3 odrębne części skutkował tym, iż zamawiający w niniejszym przypadku

wydatkował środki publiczne bez wymaganej prawem procedury. Zgodnie z orzeczeniem Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 11 października 2007 r. (sygn. akt DF/GKO-4900-42/46/RN-18/07/88) „Dokonanie podziału zamówienia na części, umożliwiające obwinionemu obejście przepisów ustawy Pzp, należy uznać za czyn pozostający w oczywistej kolizji z obowiązkiem troszczenia się o ład finansów publicznych i stanowi ewidentne naruszenie dyscypliny finansów publicznych”.

Zatem, w świetle powyższych ustaleń zamawiający był zobowiązany w niniejszym przypadku do stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 4 pkt 8 ustawy.

Oznacza to, iż wydatkowanie środków publicznych w ramach jednego zadania nr 2112951 pod nazwą „Łódź – Europejska Stolica Kultury 2016” nastąpiło z rażącym naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności art. 7 ust. 3 ustawy, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Ponadto stosownie do treści art. 32 ust. 4 ustawy z powyższego wynika, że zamawiający dokonał podziału zamówienia na 3 części, lecz nie zsumował wartości tych części – zgodnie z postanowieniami art. 32 ust. 4 ustawy, lecz podjął decyzję o całkowitym odstąpieniu od stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 8 w odniesieniu do wszystkich usług w zakresie reklamy w ramach jednego zadania budżetowego (nr 2112951) pod nazwą „Łódź – Europejska Stolica Kultury 2016”.

Wskutek odrębnego oszacowania wartości zamówienia dla każdej z części zamawiający zastosował przepisy właściwe dla zamówień o wartości poniżej ustalonej w art. 4 pkt 8 ustawy kwoty, czym rażąco naruszył art. 32 ust. 2 i 4 ustawy. Z ustaleń kontroli wynika również, że wszystkie postępowania są adresowane do tej samej grupy wykonawców. Zamawiający nie wykazał bowiem w toku kontroli uzasadnienia dla traktowania wszystkich zamówień obejmujących świadczenie usług reklamowych jako odrębnych pod względem technicznym, organizacyjnym, funkcjonalnym lub podmiotowym. Wręcz przeciwnie, zamawiający w wyjaśnieniach potwierdził fakt ścisłego powiązania ze sobą udzielanych zamówień i fakt ujęcia tychże usług w jednej pozycji budżetowej. W przekazanym do Departamentu Kontroli Doraźnej UZP piśmie z dnia 12.10.2009 r. (znak pisma BPT.I.0114/228/2009) zamawiający wskazał, iż w planie finansowym – budżecie Biura Promocji, Turystyki i Współpracy z Zagranicą na 2008 r. do zadania nr 2112951 pod nazwą „Łódź – Europejska Stolica Kultury 2016” przypisana została kwota 2.000.000 zł i obejmowała ona wydatki zdefiniowane m.in. w §4300 – zakup usług (promocja miasta Łódź poprzez i podczas przedsięwzięć kulturalno-promocyjnych). Jednocześnie w dołączonej do ww. pisma tabeli zamawiający przedstawił zestaw działań (udzielonych zamówień) dotyczących zadania nr 2112951, uchwalonego w budżecie miasta Łodzi na 2008 r. pod nazwą „Łódź – Europejska Stolica Kultury 2016” – zdefiniowanego jako przedsięwzięcie o charakterze kulturalno-promocyjnym przyporządkował dla każdego z 3 udzielonych zamówień kody według nomenklatury słownika CPV. Analiza zawartych umów cywilnoprawnych wskazuje, iż zarówno przeznaczenie nabywanych usług, jak również ich charakter i rodzaj pozwalają stwierdzić, iż należały one do jednej grupy wg słownika CPV: 74410000-6 usługi reklamowe, 79341400-0 usługi prowadzenia kampanii reklamowych. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż nie sposób uznać wyjaśnień zamawiającego, w których zostało wskazane, że: „W związku z powyższym Biuro Promocji, Turystyki i Współpracy z Zagranicą UMŁ stoi na stanowisku, że realizacja różnych przedmiotów zamówienia przez różnych wykonawców w obrębie jednego zadania budżetowego nie jest dzieleniem zamówienia publicznego”.

Dokonany przez zamawiającego podział zamówienia miał wpływ na stosowanie ustawy Pzp. Wobec powyższego należy wskazać, iż wskutek dokonania przez zamawiającego podziału zamówienia na części doszło do uniknięcia stosowania przepisów ustawy, których stosowanie jest uzależnione od przekroczenia przez wartość zamówienia kwoty określonej na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy, co stanowi naruszenie wprost zasady wyrażonej w art. 32 ust. 2 ustawy. Jednocześnie, poprzez zaniechanie zsumowania wartości zamówień udzielanych w częściach, zamawiający naruszył art. 32 ust. 4 ustawy.

Prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia publicznego jako czynność poprzedzająca wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

INFORMATOR NR 5/2011

Przykłady nieprawidłowości stwierdzonych podczas kontroli Urzędu Zamówień Publicznych

Art. 32 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek ustalenia całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (tj. netto), z należytą starannością. Tym samym, to na zamawiającym spoczywa ciężar prawidłowego ustalenia prognozowanego (szacunkowego) wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania zamówienia, która to czynność jest jednym z pierwszych działań zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na treść art. 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), definiując pojęcie *należytej staranności* wskazane w ww. przepisie, należy odwołać się do art. 355 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *należyta staranność dłużnika to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju*. Stwierdzić należy, że zamawiający, winien zwrócić szczególną uwagę na metodę ustalenia wartości szacunkowej odpowiednią dla danego zamówienia, jak również na konsekwencje nieprawidłowego ustalenia wartości zamówienia dla dalszych losów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu należy wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1267/08), w którym stwierdzono, że: *Uwzględniając różnice wynikające z charakteru prowadzonej działalności gospodarczej i jej celu, należy stosować do zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ustalenia wartości zamówienia, taką samą miarę należytej staranności, jakiej oczekuje się od wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności gospodarczej)*. Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 4 września 2009 r. (sygn. akt: KIO/KD 27/09), uznała, iż: *Stwierdzenie naruszenia przepisu art. 32 ust. 1 Pzp jest możliwe w sytuacji, w której zamawiający do wartości zamówienia zalicza jeszcze inne składniki, niż wynagrodzenie netto wykonawcy lub też kiedy, jedynym elementem wartości zamówienia jest wskazane wynagrodzenie, jednak, nie zostało ustalone ono z należytą starannością*.

Jak powszechnie wiadomo, ustawa Pzp w art. 4 pkt 8 stanowi, że jej przepisów nie stosuje się do udzielania zamówień o wartości poniżej 14 000 euro. Tym samym, czynność ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, mająca na celu poprawne i staranne oszacowanie tej wartości, jest niezwykle ważna, bowiem popełnienie przez zamawiającego błędu polegającego na niedoszacowaniu wartości zamówienia na tak

wczesnym etapie postępowania, może wpłynąć negatywnie na dalsze jego losy. Ponadto należy wskazać, że art. 32 ust. 2 ustawy Pzp *expressis verbis* stanowi, że zamawiający nie może zaniżyć wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania ustawy.

Warto również przypomnieć, że zgodnie z treścią art. 35 ust. 3 ustawy Pzp, Prezes Rady Ministrów co najmniej raz na dwa lata określi w drodze rozporządzenia średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielenia zamówień. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U. Nr 224, poz. 1796) przewiduje, iż średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych wynosi obecnie 3,839.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej, niż na 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zaś w przypadku robót budowlanych nie wcześniej, niż na 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania.

Wyjaśnić należy, że ustawa Pzp nie wskazuje sposobu szacowania wartości zamówienia, a tym samym zamawiający może swobodnie korzystać z różnych instrumentów. Zwyczajowo, w pierwszej kolejności zamawiający ustala wartość szacunkową zamówienia we własnym zakresie, poprzez odniesienie się do wartości dostaw czy też usług, które były przedmiotem zamówienia w poprzednim roku, przy uwzględnieniu ewentualnej zmiany wielkości zamówienia oraz wskaźników inflacji ogłaszanych przez Główny Urząd Statystyczny, czy też zmian cen na danym rynku. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lutego 2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1813/09) stwierdziła, iż: *Wartość szacunkowa zamówienia winna uwzględniać specyfikę danego zamówienia.* W przypadku, gdy zamawiający nie potrafi we własnym zakresie ustalić wartości szacunkowej zamówienia, może przeprowadzić rozpoznanie cen obowiązujących na rynku w branży przedmiotowego zamówienia, którego dokonuje poprzez zwrócenie się do przedsiębiorców o przedstawienie cen oferowanych przez nich produktów czy usług. Wyceny sporządzone przez przedsiębiorców stanowią dla zamawiającego cenne źródło informacji o potencjalnych kosztach udzielenia zamówienia w danej branży. Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 21 sierpnia 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1237/08) stwierdziła, że: *W praktyce zamówień publicznych przyjęło się, że podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia usług (usług, które nie są usługami powtarzającymi się okresowo) mogą być dane rynkowe, jak i dane z zawartych wcześniej przez zamawiającego umów. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający posłużył się zarówno rozeznaniem cen rynkowych, jak i danymi z wcześniej zawartych przez siebie umów. (...) Wobec braku przepisów, które wskazywałyby sposób weryfikacji danych uzyskanych w wyniku rozeznania rynku, za dopuszczalne przyjmując należy oparcie się przez zamawiających przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia w szczególności zarówno na najniższej, najwyższej, średniej wycenie, jak i na wycenie średniej po odrzuceniu wartości skrajnych.* zaś w wyroku z dnia 12 sierpnia 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 786/08) Izba zawarła, że: *zamawiający, szacując wartość zamówienia, ma obowiązek wziąć pod uwagę najwyższą możliwą wartość, zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług, a więc zasadne jest założenie, że oferta najkorzystniejsza będzie ofertą z ceną niższą niż rzeczywista wartość zamówienia.*

W pierwszej kolejności podnieść należy, że w przypadku ustalenia przez zamawiającego, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi ponad 14 000 euro, zamawiający zobowiązany jest ustalić, które regulacje prawne zawarte w ustawie Pzp oraz Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 224, poz. 1795), znajdują zastosowanie do prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ma to znaczenie w zakresie ustalenia publikatora, w którym ukazuje się ogłoszenie o zamówieniu, obowiązku powołania komisji prze-

targowej, wniesienia wadium, terminów składania ofert, a także możliwości wniesienia przez wykonawcę odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, a więc dotyczy kwestii niezwykle ważnych dla przebiegu każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 17 listopada 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1400/09) Izba zauważyła, że: *Stwierdzić należy, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalana przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32 i nast. ustawy Pzp, nie musi stanowić odzwierciedlenia aktualnych – biorąc pod uwagę moment składania ofert przetargowych – cen rynkowych. (...) Zwrócić ponadto należy uwagę, że wartość szacunkowa zamówienia ustalana – jak podniesiono – przed wszczęciem postępowania – ma przede wszystkim znaczenie dla proceduralnych ustaleń zamawiającego, co do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wartość zamówienia powyżej progów UE, czy poniżej; ustalenie odpowiednich terminów na składanie ofert, terminu związania ofertą, publikacji ogłoszenia o zamówieniu itd.). Nie bez znaczenia jest również w tym przypadku okoliczność ujęcia przez zamawiającego w ramach wartości szacunkowej zamówienia wartości robót uzupełniających (co jest zgodne z treścią art. 32 ust. 3 ustawy Pzp), które to roboty stanowią przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrębnego wynagrodzenia umownego, zatem nie wchodzą w wartościowy zakres aktualnej ceny ofertowej.*

Jednocześnie wskazać należy, że wybór publikatora ogłoszenia o zamówieniu, nie daje wykonawcom precyzyjnej informacji o szacunkowej wartości zamówienia, gdyż kwoty wskazane w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, są określone jedynie przedziałowo.

Ponadto podnieść należy, że prawidłowe ustalenie szacunkowej wartości zamówienia ma znaczenie dla samego zamawiającego, bowiem na bazie ustalonych kwot wynagrodzenia / cen obowiązujących na danym rynku, jest on zdolny ocenić, czy posiadane przez niego w budżecie środki, będą wystarczające do zapłaty wynagrodzenia dla wykonawcy zamówienia. W tym miejscu można wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 588/08), w którym Izba stwierdziła, że *Wartość przedmiotu zamówienia należy ustalać w oparciu o przewidywane wynagrodzenie wykonawcy wyłonionego w drodze przetargu, adekwatne do przedmiotu świadczenia, a nie w oparciu o kryterium ceny, jaką spodziewa się zamawiający zapłacić wykonawcy.*

W niektórych przypadkach, wartość szacunkowa zamówienia jest pomocna (aczkolwiek niewiążąca) dla zamawiającego w celu ustalenia, czy ma on do czynienia z ceną rażąco niską w złożonej przez wykonawcę ofercie, co w konsekwencji może prowadzić do wykonania wynikającego z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywającego na zamawiającym obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym miejscu należy wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1354/10) w którym Izba zauważyła, co następuje: *Wartość szacunkowa ustalana przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania nie musi stanowić odzwierciedlenia aktualnych na moment składania ofert cen rynkowych. Wartość ta ma znaczenie przede wszystkim z uwagi na ustalenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może zaś, bez względu na prawidłowość jej oszacowania, stanowić głównego kryterium oceny, że cena oferowana przez danego wykonawcę, jest ceną rażąco niską., a także wyrok z dnia 1 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1922/09): Wartości szacunkowej zamówienia nie można utożsamiać z ceną, jaką zamawiający zamierza uzyskać od wykonawcy w wyniku prowadzonego postępowania. (...) Nie można wprost uznać, iż różnica między szacowaną wartością zamówienia, a najtańszą ofertą upoważnia do zarzucania wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny.*

Należy również wskazać, że wartość szacunkowa zamówienia oraz kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie są pojęciami tożsamymi. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zgodnie z treścią art. 86 ust. 3 Pzp, podawana jest przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert. Jest to kwota brutto, a więc w odróżnieniu od szacunkowej wartości zamówienia, zawiera ona podatek od towarów i usług. Ponadto, kwota jaką zamawiający

zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, może być niższa od wartości szacunkowej zamówienia. W tym miejscu warto przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1339/10), w którym Izba wskazała, że: *Faktem jest, że Zamawiający – przed otwarciem ofert – podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na „sfinalizowanie zamówienia”, jednak brak jest podstaw prawnych, aby kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wskazywaną na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp (skład orzekający Izby przyjął, że taką właśnie kwotę miał na myśli Zamawiający, posługując się sformułowaniem „sfinalizowanie zamówienia”) utożsamiać z wartością szacunkową zamówienia ustaloną przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 32 ust. 1 ustawy Pzp i w tym przypadku powiększoną o podatek od towarów i usług VAT. Wartości te mogą się różnić, tj. zarówno kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia może być większa, jak i mniejsza od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Ryzyko decyzji co do przyjęcia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, będącej kwotą równą, mniejszą lub większą od wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o podatek VAT, obciąża Zamawiającego.*

Przykładowe naruszenia art. 32 ustawy Pzp wskazane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w informacjach o wynikach przeprowadzonych kontroli:

KN/4/09

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego przez zamawiającego Zespół Zarządców Nieruchomości W. w trybie przetargu nieograniczonego było Wykonywanie usług związanych z utrzymaniem czystości budynków i na posesji zabudowanej budynkami oraz działek niezabudowanych należących do zasobów O. zarządzanych przez ZZN O/G. w miejscowościach G., Go., O., W. zadanie nr 4. Dyrektor – kierownik zamawiającego – ustalił wartość zamówienia na kwotę 77 748,12 zł, co stanowiło równowartość kwoty 20 053,16 euro.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia jest tożsama z wartością szacunkową zamówienia i wynosi 77 748,12 zł. Sposoby ustalania wartości szacunkowej zamówienia oraz kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zostały określone odpowiednio w art. 32 ust. 1 ustawy oraz art. 86 ust. 3 ustawy. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast w myśl art. 86 ust. 3 ustawy bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Sformułowanie „kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” użyte w tym przepisie oznacza, że zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaką rzeczywiście może wydatkować na dane zamówienie. Tym samym, kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna zawierać podatek od towarów i usług.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że zamawiający jako wartość szacunkową zamówienia podał kwotę równą kwocie jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Powyższe działanie zamawiającego stanowi uchybienie treści art. 32 ust. 1 ustawy.

KU/20/2005

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzanego przez Zarząd Oczyszczania Miasta była pielęgnacja zieleni niskiej i utrzymanie czystości wzdłuż tras komunikacyjnych miasta W.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy, zamawiający ustala wartość zamówienia z należytą starannością. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpi zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia (art. 35 ust. 2 ustawy). Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż wartość szacunkową zamówienia ustalono w oparciu o uchwałę Rady m.st. Warszawy z dn. 31 sierpnia 2004 r. na kwotę 36 000 000 zł. Jednakże po tym fakcie, zamawiający uzyskał informację o przyznaniu znacznie większych środków, co wpłynęło na zwiększenie zakresu prac porządkowo-ogrodniczych w stosunku do pierwotnie planowanego i uwzględnieniu powyższej zmiany w treści SIWZ zatwierdzonej w dniu 4 listopada 2004 r. przez kierownika zamawiającego (pismo z dn. 15 lutego 2005 r.). Jednocześnie w dniu 4 listopada 2004 r. został sporządzony kosztorys na utrzymanie czystości i pielęgnacji zieleni na lata 2005–2007, w wysokości 36 000 466,43 zł brutto. Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, iż sporządzony w dniu 4 listopada 2004 r. kosztorys nie uwzględniał zwiększonego zakresu prac, tak więc przed wszczęciem postępowania, zamawiający był obowiązany dokonać zmiany wartości zamówienia. Brak takiego działania wskazuje na niedochowanie należytej staranności przez zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia i narusza art. 32 ust. 1 oraz art. 35 ust. 2 ustawy.

KU/238/2005

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez Uniwersytet było wyłonienie wykonawcy w zakresie projektu i wykonania, pełniącego funkcję Generalnego Realizatora Inwestycji pn. „Wydział Zarządzania i Komunikacji Społecznej Uniwersytetu w K.”.

Na posiedzeniu w dniu 19 września 2005 r. komisja przetargowa wystąpiła z wnioskiem do kierownika zamawiającego o korektę wartości zamówienia określoną we wniosku o uruchomienie postępowania przetargowego w związku z oczywistym błędem rachunkowym, jaki wystąpił w wycenie przedmiotu zamówienia. W dniu 22 września 2005 r. kierownik zamawiającego wyraził zgodę na zmianę wartości przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Błąd w wartości zamówienia może wskazywać na brak zachowania przez zamawiającego należytej staranności przy działaniu polegającym na szacowaniu ww. wartości.

Niezależnie od powyższego, zmiana wartości zamówienia w trakcie postępowania stoi w sprzeczności z art. 35 ust. 2 ustawy. Stosownie do treści tego przepisu, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia. Z tego wynika, iż ustawa nie przewiduje możliwości zmiany wartości zamówienia po wszczęciu postępowania, nawet, jeśli nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, iż dołączona do pisma z dnia 1 czerwca 2005 r. tabela określająca prognozowane koszty realizacji została sporządzona bez dochowania należytej staranności, a zatem zamawiający naruszył art. 32 ust. 1 ustawy. Zamawiający dokonał ponadto zmiany wartości zamówienia po wszczęciu przedmiotowego postępowania, przez co uchybił treści art. 35 ust. 2 ustawy.

KN/8/2008

Szpital w W. przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na wykonanie zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa wraz z rozbudową Szpitala – budynek A-2 w W. Wartość niniejszego zamówienia została ustalona na kwotę 46 286 860,35 zł (10 550 914,14 euro). Ustalenia wartości zamówienia dokonano w dniu 19 czerwca 2007 r. na podstawie kosztorysów inwestorskich.

Z protokołu z posiedzenia komisji przetargowej wynika, iż *Inwestor – Szpital w W., przeznaczył na realizację zamówienia środki finansowe w wysokości wynikającej z kosztorysów inwestorskich opracowanych w dn. 19.06.2007 r. w oparciu, o które wszczęto postępowanie, tj. kwotę: 56 469 969,63 zł. W wyniku pytań Wykonawców, złożonych przed upływem terminu składania ofert stwierdzono, że zakres ujęty w kosztorysach inwestorskich z dn. 19.06.2007 r. nie obejmuje wszystkich robót wynikających z Projektów Budowlano-Wykonawczych, a niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Z uwagi na powyższe, Biuro Projektowe sporządziło w dn. 06.08.2007 r. aktualizację kosztorysów inwestorskich, według których wartość zamówienia wynosi: 66 194 626,29 zł z podatkiem VAT.*

Art. 32 ust. 1 ustawy stanowi, iż podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia (art. 35 ust. 1 i 2 ustawy).

Jak wynika z powyższego czynność oszacowania wartości zamówienia powinna być dokonana przez zamawiającego z należytą starannością w fazie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Od wyniku tego oszacowania zależy bowiem stosowanie do udzielenia zamówienia odpowiednich przepisów ustawy.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 3 dni przed wszczęciem postępowania. Jak wynika z protokołu z posiedzenia komisji przetargowej zakres ujęty w kosztorysach inwestorskich z dnia 19 czerwca 2007 r. nie obejmował wszystkich robót wynikających z Projektów Budowlano-Wykonawczych, a niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia i dlatego 6 sierpnia 2007 r. dokonana została aktualizacja kosztorysów inwestorskich, w wyniku której wartość szacunkowa zwiększyła się o około 17%.

Z powyższego wynika, że zamawiający dokonując zmiany wartości szacunkowej po wszczęciu postępowania naruszył art. 35 ust. 2 ustawy. Ponadto konieczność dokonania zmiany tejże wartości świadczy o tym, że zamawiający nie dochował należytej staranności szacując pierwotnie wartość niniejszego zamówienia. Tym samym zamawiający naruszył treść przepisu art. 32 ust. 1 ustawy nakazującego dokonywać szacowania wartości zamówienia z należytą starannością.

Należy jednakże zauważyć, że zmiana wartości szacunkowej zamówienia nie spowodowała przekroczenia progu, od którego do niniejszego zamówienia miałyby zastosowanie przepisy dotyczące procedury zastrzeżonej (tj. progu 20 mln euro dla robót budowlanych). Tym samym, mimo zmiany wartości zamówienia nie doszło do zaniechania przez zamawiającego określonych obowiązków, które spoczywałyby na nim w przypadku wartości zamówienia powyżej 20 mln euro. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że naruszenie przez zamawiającego art. 32 ust. 1 ustawy nie miało charakteru naruszenia rażącego i nie skutkuje ono nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego.

KN/70/08

Gmina Miejska S. – Zarząd Budynków Mieszkalnych przeprowadziła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi w zakresie wywozu nieczystości stałych i płynnych z posesji gminnych zarządzanych przez Zarząd Budynków Mieszkalnych.

Z protokołu postępowania wynika, iż wartość zamówienia została ustalona na kwotę 173 000,00 zł brutto (39 434,69 euro). Tymczasem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż podstawą ustalenia wartości zamówienia

jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Powyższe działanie zamawiającego stanowi uchybienie treści art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

KN/137/09

Urząd Gminy S. przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na budowę kompleksu boisk sportowych w ramach programu „Moje boisko ORLIK 2012” w S.. Z protokołu postępowania wynika, iż zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia w dniu 31 lipca 2008 r. na kwotę 1 062 114,54 zł oraz przeliczył tę wartość na 273 240,86 euro.

Zgodnie z treścią art. 35 ust. 3 ustawy średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień, określa co najmniej raz na dwa lata w drodze rozporządzenia Prezes Rady Ministrów. Zamawiający był zatem zobowiązany do zastosowania kursu określonego w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U. Nr 241, poz. 1763), który wynosił 3,8771 zł.

Właściwie obliczona wartość szacunkowa zamówienia wyrażona w euro powinna wynosić – 273 945,61 euro.

Zamawiający nie posługując się właściwym kursem złotego w stosunku do euro wadliwie oszacował wartość zamówienia, a tym samym naruszył przepis art. 32 ust. 1 ustawy i art. 35 ust. 3 ustawy.

KN/107/07

Ośrodek Kształcenia i Doskonalenia Zawodowego „E.” Sp. z o.o. z siedzibą w W. zorganizował w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na przeprowadzenie szkoleń komunikacyjno-psychologicznych.

W przekazanej dokumentacji postępowania brak jest jakichkolwiek informacji na temat ustalenia szacunkowej wartości zamówienia.

Czynność oszacowania wartości zamówienia jest podstawowym elementem całej procedury przygotowawczej planowanego postępowania, bowiem od ustalonej wartości zamówienia zależy zakres obowiązków zamawiającego przy udzieleniu zamówienia. Wartość zamówienia ustala się zatem przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Ponadto zgodnie z art. 32 ust. 3 jeżeli zamawiający przewiduje (tak, jak w tym przypadku) udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.

Z uwagi na powyższe należy uznać, iż zamawiający, nie ustalając wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia, naruszył dyspozycję zawartą w art. 32 ust. 1 i 3 ustawy.

Przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia

INFORMATOR NR 2/2011

Zamawiający przygotowując postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego powinien opisać jego przedmiot w taki sposób, aby w pełni zrealizować swoje plany i osiągnąć zamierzony cel. Niezmiernie ważne jest dokonanie opisu cech przedmiotu zamówienia, które mają dla zamawiającego istotne znaczenie. Zamawiający powinien wskazać przedmiot zamówienia w sposób jasny i precyzyjny za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym „Izba stwierdziła, że zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu odwołujący nie zaprzeczył”.

Ustawodawca pozostawiając zamawiającemu możliwość sprecyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, zobowiązał go jednocześnie do uwzględnienia fundamentalnych zasad, które zostały przewidziane w przepisach (art. 29–31) ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej zwanej „ustawą Pzp”. Należy zatem wskazać, że z dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) oraz to, że wszelkie istotne elementy dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Jako przykład naruszenia zasady jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia można przywołać stan faktyczny opisany w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Lublinie z 8.7.2005 r. (sygn. II Ca 372/04, niepubl.), w którym wskazano, że opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, gdy specyfikacja nakazuje opracować przedmiot zamówienia (dokumentację projektową) z uwzględnieniem programu użytkowego oraz warunków określonych w pismach Służby Ochrony Zabytków, a dokumenty te są sprzeczne. Należy ponadto, zauważyć, że wszyscy wykonawcy powinni rozumieć opis przedmiotu zamówienia w taki sam sposób. Dlatego też, do naruszenia przepisów ustawy wystarczy fakt, że jeden wykonawca został wprowadzony w błąd przez niejasny opis przedmiotu zamówienia. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Sądu

Okręgowego w Zielonej Górze z dnia z 13 maja 2005 r. (sygn. II Ca 109/05, niepubl.), w którym stwierdzono, że to, iż inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego nie ma znaczenia, albowiem wystarczy, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. Natomiast z brzmienia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wynika zakaz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku (zob. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5). Ponadto, należy wskazać, że o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji można mówić w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia zaferowanie przez podmiot produktu, który będzie spełniał wszystkie wymagania zamawiającego, a niemożliwość ta ma charakter obiektywny i nieprzemijający. Z naruszeniem dyspozycji art. 29 ustawy Pzp będziemy mieć zatem do czynienia tylko w okolicznościach, gdy wskazany w specyfikacji opis przedmiotu zamówienia będzie faworyzował wyłącznie jednego wykonawcę lub produkt kosztem wszystkich pozostałych zdolnych do zaspokojenia potrzeb zamawiającego. Nie może natomiast stanowić uzasadnienia do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji fakt, że z uwagi na czas nie jest możliwe aktualnie zaferowanie przez wykonawcę produktu, który spełnia oczekiwania zamawiającego. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP/434/09). Natomiast w wyroku z dnia 4 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1602/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „zakaz wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku dostępu do zamówienia przez wszystkich wykonawców działających w danym segmencie rynku. Zamawiającemu przysługuje bowiem uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby. I nie chodzi tu tylko o rodzaj potrzeb, ale również konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Granicę swobody zamawiającego w tym zakresie stanowi sformułowanie przez zamawiającego takich wymogów, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję. Określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji”. Z kolei w wyroku z dnia 20 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 130/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „zamawiający ma prawo żądać wyższych parametrów niż przewidywane normą, jeżeli uzna to za uzasadnione”. Ustawodawca, co do zasady, w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp zakazuje również dokonywania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, wskazuje jednak, że zamawiający może oprzeć opis przedmiotu zamówienia na znakach towarowych, patentach, pochodzeniu produktu w przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką danego zamówienia i zamawiający nie może w inny sposób opisać tego przedmiotu. Wskazanie więc znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinno być interpretowane rozszerzająco. W każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający ich wskazania, zamawiający powinien się do tego zastosować. Wynika z tego, iż zamawiający nie może używać ww. określeń w każdym przypadku, musi być w stanie wykazać, iż konieczność posłużenia się ww. określeniami spowodowana jest szczególnym rodzajem zamówienia lub niemożnością opisu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem obiektywnych cech jakościowych lub technicznych. Analiza dopuszczalności posłużenia się znakiem towarowym we wskazanych okolicznościach, wymaga posiadania kompleksowej wiedzy dotyczącej przedmiotu zamówienia, a zatem wykracza poza ramy ogólnej interpretacji przepisów ustawy Pzp. Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter przepisu *lex specialis*, oznacza to, iż w każdym przypadku, gdy zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia bez konieczności posłużenia się nazwami własnymi to powinien tak postąpić. Uprawnienie, wskazane w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp może być realizowane zatem tylko po

spełnieniu wymienionych w tym przepisie przesłanek, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co powoduje, iż konkretnie wskazane produkty nabierają przykładowego charakteru, a wykonawca ma prawo przedstawić w składanej przez siebie ofercie produkt bądź jego element inny niż wskazany przez zamawiającego, lecz spełniający wszystkie jego wymagania. Analogiczne stanowisko w przedmiotowej kwestii zajął również Zespół Arbitrów w orzeczeniach z dnia 4 kwietnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-919/06) oraz z dnia 3 lutego 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-153/05), w których stwierdził, iż w każdym przypadku posłużenia się znakiem towarowym, patentem lub wskazaniem pochodzenia produktu, zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest do zawarcia klauzuli dopuszczającej składanie ofert równoważnych przez zamieszczenie wyrazów „lub równoważne”, „nie gorsze niż”. Wymóg wynikający z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter bezwzględny, powodujący negatywne skutki dla zamawiającego w przypadku niezastosowania się do niego. Działanie zamawiającego polegające na opisie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego znaku towarowego lub producenta przedmiotu zamówienia bez dopuszczenia przedmiotów lub rozwiązań równoważnych, w każdym przypadku należy traktować jako naruszenie przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, godzące w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pogłębiając powyższe rozważania, należy wskazać, że także w przedmiarze robót będącej częścią SIWZ zamawiający nie może używać nazw znaków towarowych w szczególności, że wskazanie wzmiankowanych znaków towarowych nie było uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a także, że tym znakiem towarowym nie towarzyszyły wyrazy „lub równoważne”, względnie inne równoznaczne wyrazy. Działanie takie jest ewidentnym naruszeniem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Na powyższe zwracał uwagę Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 23 maja 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1049/05).

Dodać także należy, że w doktrynie wskazuje się, że produkt równoważny to taki, który ma te same cechy funkcjonalne, co wskazany w SIWZ konkretny z nazwy lub pochodzenia produkt. Jego jakość nie może być gorsza od jakości określonego w specyfikacji produktu. Z kolei: „oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry” tak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1400/08. Natomiast, stosownie do postanowień art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, ma obowiązek wykazania, że oferowane przez niego dostawy, usługi roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Na wykonawcy oferującym produkty równoważne spoczywa zatem, w razie zaistnienia wątpliwości, ciężar wykazania równoważności treści składanej oferty.

Wskazując dalsze zasady, jakimi powinien kierować się zamawiający opisując przedmiot zamówienia, należy niewątpliwie wskazać na art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek posługiwania się, przy opisie przedmiotu zamówienia Polskimi Normami przenoszącymi normy europejskie lub normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy w zakresie niezbędnym do właściwego opisu cech technicznych i jakościowych przedmiotu zamówienia. Z kolei przepisy art. 30 ust. 2 i 3 ustawy Pzp określają kolejność uwzględnienia poszczególnych norm, natomiast przepis art. 30 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. A zatem, z powyższego wynika, że zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z właściwymi normami. Przepis powyższy nie zawiera natomiast obowiązku posługiwania się normami w opisie przedmiotu zamówienia, ani nie wymaga, by opis przedmiotu zamówienia ściśle odpowiadał treści właściwej normy. Konieczność opisu przedmiotu zamówienia przy przestrzeganiu norm nie stoi w sprzeczności z możliwością ustalenia przez zamawiają-

cego takich wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są przez normę przewidziane – są wyższe niż przewiduje norma, lub które nie zawierają doprecyzowania wszystkich elementów przedmiotu zamówienia uregulowanych odpowiednią normą (o ile nie narusza to zasady uczciwej konkurencji). Powyższe stanowisko zostało również przyjęte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 234/08), w którym Izba uznała, że „wymaganie przewyższające postanowienia Polskich Norm nie stanowi o jego sprzeczności lub niezgodności z treścią norm. Zgodnie z brzmieniem art. 30 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia z „zachowaniem” Polskich Norm przenoszących normy europejskie, co wskazuje jedynie na pomocniczy charakter norm w określeniu minimalnych lub maksymalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Treści powyższego przepisu nie należy interpretować jako nakazu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia ściśle za pomocą tych norm”. Podobne stanowisko zajął Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 29 sierpnia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2336/05 oraz UZP/ZO/0-2337/05) stwierdzając m.in., że z przepisu art. 30 ust. 1 ustawy Pzp „nie można wywieść obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą polskich norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek przestrzegania norm, tzn. zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców oferowania produktów spełniających polskie normy przenoszące europejskie normy zharmonizowane. Zamawiający nie musi jednak opisywać przedmiotu zamówienia w sposób literalnie odpowiadający właściwej normie, może zaostrzyć swe wymagania lub opisać je odmiennie od literalnych sformułowań normy, jeżeli nie naruszy w ten sposób jej zasadniczych postanowień. Zamawiający ma prawo ustalić wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia nieprzewidywane przez daną normę. Postępowanie takie w ocenie Zespołu Arbitrów nie narusza art. 30 ust. 1 ustawy Pzp.” Należy przy tym zwrócić uwagę, że jeżeli jednak zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy określonych norm, aprobat czy specyfikacji technicznych, zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp powinien wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Wykonawca może wówczas, przy pomocy innych dokumentów niż certyfikaty zgodności wykazać, że oferowany przez niego produkt spełnia wymogi wynikające z norm lub odpowiednich specyfikacji technicznych.

Stosownie natomiast do brzmienia art. 30 ust. 7 ustawy Pzp, do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień, zatem zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, oprócz opisu słownego powinien posługiwać się także kodami i nazwami Wspólnego Słownika Zamówień. Stosowanie nazw i kodów CPV służyć bowiem ma przede wszystkim celom klasyfikacyjnym, statystycznym oraz zapewnieniu porównywalności przedmiotów zamówień w ujęciu europejskim. Jak wynika z powyższego, wskazanie nazwy i kodu CPV, jest wymagane przy opisie przedmiotu zamówienia. Przy czym, należy mieć na uwadze, że nazwa i kod CPV stanowi jedynie element opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś całość jego treści. Tym samym, nie sposób przesądzić o kwalifikacji danego zamówienia jako dostawy, usługi lub roboty budowlanej wyłącznie na tej podstawie. Kluczowe w tym zakresie jest bowiem określenie przedmiotu zamówienia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu oraz opis przedmiotu zamówienia wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bezsprzecznym jest, że nazwa i kod CPV powinna korelować z określeniem (w ogłoszeniu o zamówieniu) i opisem (w specyfikacji) przedmiotu zamówienia.

W myśl postanowienia art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli natomiast przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp). Szczegółowe warunki dotyczące dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane określone są w przepisach rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. Wymogi jakim powinien odpowiadać projekt budowlany składający się na opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (§ 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruk-

tury z dnia 2 września 2004 r.) określają ponadto przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. Nr 120, poz. 1133, ze zm.). Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane powinien odpowiadać szczegółowym warunkom określonym w przepisach art. 31 ustawy Pzp oraz w przepisach powołanych powyżej rozporządzeń Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. i z dnia 3 lipca 2003 r. Jednakże niezależnie od powyższych wymogów szczegółowych opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane musi odpowiadać wymogom wynikającym z art. 29–30 ustawy Pzp.

W świetle powyższych rozważań, należy stanąć na stanowisku, że zamawiający jest uprawniony do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który w najwyższym stopniu uwzględni jego potrzeby oraz cel, jakiemu służyć ma przedmiot zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia nie musi ściśle odpowiadać właściwej normie lub normom, a zamawiający może, ale nie musi, uwzględniać wszystkich elementów zamawianego produktu uregulowanych odpowiednią normą, jak również ma możliwość ustalenia wymagań przez normę nie przewidzianych. Powyższe uwarunkowane jest spełnieniem dwóch kryteriów: opis przedmiotu zamówienia nie może być sformułowany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nie może być sprzeczny z właściwymi normami.

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

KN/59/10

Przedmiotem zamówienia kontrolowanego postępowania była dostawa i instalacja sprzętu i oprogramowania, modernizacja oprogramowania, prace wdrożeniowe, szkolenia użytkowników oraz opracowanie danych tematycznych, w ramach realizacji projektu „(...) System Informacji Przestrzennej Gmin i Powiatów współdziałających w ramach województwa”. Projekt polegał na utworzeniu (...) Systemu Informacji Przestrzennej (MSIP-GPW) funkcjonującego na poziomie gminnym, powiatowym i wojewódzkim oraz przeznaczonego do pozyskiwania, wymiany i udostępniania danych, zwłaszcza danych przestrzennych, a także świadczenia związanych z nimi usług.

Zakres niniejszego zamówienia składał się również z zakupu sprzętu (m.in. serwerów, stacji GIS) oraz zakupu oprogramowania narzędziowego a także z dostaw oprogramowania aplikacyjnego.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię. Ze sporządzonej ekspertyzy wynika, że: „W przedmiocie zamówienia znajduje się sprzęt komputerowy, taki jak serwery i komputery osobiste, oraz oprogramowanie systemowe i aplikacyjne oraz inne usługi. Analizując opis przedmiotu zamówienia zauważono sformułowania określone w Rekomendacji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczącej zasad formułowania wymagań zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego jako co do zasady niepoprawne. Poniżej zebrano reprezentatywne przykłady takich określeń.

- 1) „Płyta główna musi być produkowana przez producenta serwera i oznaczona jego znakiem firmowym” SIWZ str. 51/85
- 2) „Dwa procesory czterordzeniowe klasy x86 dedykowane do pracy w serwerach, zaprojektowane do pracy w układach dwuprocessorowych, taktowane zegarem co najmniej 2,0GHz, ...” SIWZ str. 51/85
- 3) „Zaprojektowana przez producenta jednostki centralnej komputera, posiadająca 1 złącze PCI Express x16, 2 wolne złącza PCI, 1 złącze PCI Express x1, 4 złącza DIMM, płyta musi być trwale oznaczona logo producenta komputera” SIWZ str. 54/85

- 4) „Klawiatura USB – markowana przez producenta komputera, trwale oznaczona logo producenta” SIWZ str. 54/85
- 5) „Mysz optyczna USB z pięcioma klawiszami oraz scroll ¹ – markowana przez producenta komputera, trwale oznaczona logo producenta” SIWZ str. 54/85
- 6) „Obudowa w jednostce centralnej musi być otwierana bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycia wkrętów, śrub motylkowych) oraz powinna posiadać czujnik otwarcia obudowy współpracujący z oprogramowaniem zarządzającym komputerem” SIWZ str. 54/85

Faktycznym potwierdzeniem dokonania opisu wymagań technicznych w sposób, który może naruszać zasady uczciwej konkurencji jest fakt, że wszyscy oferenci zaoferowali ten sam sprzęt, którego producentem jest firma Dell”.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający zobowiązany jest do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 tegoż artykułu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z powołanych przepisów ustawy Pzp wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.). Zamawiający powinien zatem unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Także KIO w wyroku z 20 stycznia 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 2/09) wyraźnie wskazała, iż „swoboda zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty”. Natomiast w wyroku z dnia 20 listopada 2008 roku (KIO/UZP 1273/08) Izba stwierdziła, że „zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.” Ponadto należy dodać, iż „do naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp może dojść w sytuacji, w której istnieje jedynie możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji” (wyrok KIO z 18 listopada 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 1240/08).

Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-725). Ponadto w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu zamówienia nie spowoduje

¹ Mysz o 5 klawiszach i scroll oznaczona własnym logo oferowana jest praktycznie wyłącznie przez jednego producenta komputerów – firmę Dell. Standardowa mysz ma dwa przyciski. Myski o wielu przyciskach znajdują zastosowanie głównie w grach.

wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca.

W związku z tym, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję, tj. opis parametrów technicznych wskazuje na rozwiązania firmy DELL, co wynika wprost z przygotowanej w tej sprawie ekspertyzy, należy uznać, iż zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Do wyniku ww. kontroli zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

W zastrzeżeniach do ww. wyniku kontroli zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, kwestionując wskazane w informacji o wyniku kontroli naruszenia.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający wskazał, iż podstawowy zarys opisu przedmiotu zamówienia realizowało konsorcjum firm G. Sp. z o.o. oraz M. Sp. z o.o. dodatkowo opis przedmiotu zamówienia był przedmiotem wnikliwej analizy 5 oferentów czego dowodzi 125 pytań do SIWZ oraz protest złożony przez C. S.A. który został w części uwzględniony przez zamawiającego w rozstrzygnięciu z dnia 24 września 2007 r. W opinii zamawiającego brak zastrzeżeń oferentów do reszty opisu przedmiotu zamówienia dowodzi jego prawidłowości. Zamawiający przywołał również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej mające dowodzić, iż zamawiający kierował się swoimi potrzebami opisując przedmiot zamówienia i nie uchybił zasadzie uczciwej konkurencji.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający nie zgodził się z argumentem naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wskazując, iż do postępowania zgłosiło się 5 wykonawców co dowodzi zachowania zasady konkurencyjności.

Ustosunkowując się do zastrzeżeń zamawiającego dotyczących ww. naruszenia Prezes Urzędu stwierdził, iż argument realizacji podstawowego zarysu opisu przedmiotu zamówienia przez konsorcjum jak również argument wnikliwej analizy 5 oferentów czego dowodzi 125 pytań do SIWZ są irrelevantne prawnie. W opinii biegłego „kuriozalne jest przywoływanie oceny dokonanej przez oferentów. Dla oferentów, z opisu jednoznacznie wynikało, że ma to być sprzęt Dell. Była to dla oferentów sytuacja wręcz komfortowa, gdyż umożliwiła przygotowanie poprawnej oferty stosunkowo niskim kosztem. Produkty Dell są powszechnie dostępne, a ich wartość w całości przedsięwzięcia nie była decydująca. Stąd nawet różnice w marży nie miały aż tak istotnego znaczenia dla pozyskania zamówienia, aby którykolwiek z dostawców kwestionował poprawność opisu.” Zamawiający nie odniósł się do opinii biegłego w zakresie elementów opisanych w sposób techniczny wskazujący jednoznacznie na firmę Dell. Jednoznacznym potwierdzeniem dokonania opisu wymagań technicznych w sposób, który może naruszać zasady uczciwej konkurencji jest fakt, że wszyscy oferenci zaferowali ten sam sprzęt, którego producentem jest firma Dell. Należy również zauważyć, iż orzecznictwo wskazane przez zamawiającego nie odpowiada stanowi faktycznemu przedmiotowego postępowania. Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1/10 dotyczy kryteriów oceny oferty a nie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 4 grudnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 1649/09 Izba orzekła, iż „zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wskazując ilości metrów bieżących poszczególnych typów rur oraz ich ilości szacunkowe. Izba nie dopatrzyła się braku możliwości prawidłowego przygotowania i ustalenia ceny oferty przez brak ilościowego rozdzielenia ilości rur o długości 1 i 3 m. Zamawiający wskazał, że w ogólnym wolumenie zamówienia rury o długości 6 m stanowią będą ok. 80%, natomiast na pozostałe 20% składać się mają rury o długościach 1 i 3 m. Powyższe jest tożsame z pierwszym ze zgłaszanych przez odwołującego się żądań. Drugie z podanych żądań sprowadzałoby się de facto do narzucenia wykonawcom ceny za realizację przedmiotu zamówienia, co niweczyłoby jakąkolwiek konkurencję w postępowaniu i czyniłoby je bezprzedmiotowym.” Trudno powiązać wskazany powyżej stan faktyczno-prawny ze stanem faktyczno-prawnym w przedmiotowym postępowaniu. Na uwagę zasługuje przywołany przez zamawiającego wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1120/10 ponieważ zawiera

sentencję zgodną ze stanowiskiem urzędu, „Warunkiem nienaruszania konkurencji w takim przypadku brak uniemożliwienia z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu oraz brak sytuacji w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję”, opisując przedmiot zamówienia w sposób wskazujący jednoznacznie na firmę Dell zamawiający w opinii Prezesa Urzędu naruszył bezsprzecznie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Uchwałą z dnia 13 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 107/2010) Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego.

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła w całości stanowisko zaprezentowane w piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 30 grudnia 2010 r., znak UZP/DKUE/AD/41706/19761/10, oraz w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 9 grudnia 2010 r. Podając analizie zarzuty i argumentację zaprezentowaną w zastrzeżeniach do Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 grudnia 2010. dostrzec należało, iż trafna jest ocena, zgodnie z którą w postępowaniu objętym kontrolą dokonano opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający treść przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis art. 29 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, stanowi, iż zamawiający zobowiązany jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 tego przepisu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis zawiera dyrektywę, by przedmiot zamówienia opisany został w sposób neutralny, wolny od preferencji na rzecz jednego lub kilku wykonawców, oraz pozbawiony elementów dyskryminujących innych. Powyższe oznacza obowiązek eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia takich oznaczeń i sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź eliminować innych, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Potwierdza to orzecznictwo – przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl. Zamawiający powinien zatem wystrzegać się sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-725). Na gruncie analizowanej sprawy, na podstawie dokumentacji zebranej w toku przeprowadzonej kontroli a także wniosków płynących z przeprowadzonego dowodu z opinii biegłego (opinia biegłego z dnia 1 października 2010 r. wraz z jej uzupełnieniem z dnia 22 grudnia 2010 r.), opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego należy uznać za naruszający brzmienie art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ustawy Pzp. Trafnie dostrzegł kontrolujący, że zestawienie pojedynczych wymagań postawionych w przedmiotowym postępowaniu wskazywało na jednego producenta sprzętu, to jest firmę DELL. Potwierdziła to szczegółowa analiza wymagań sprzętowych, dotyczących, przykładowo myszy optycznej USB z pięcioma klawiszami oraz scroll, markowanej przez producenta komputera, trwale oznaczonej logo producenta. W tym zakresie kontrolujący ustalił, że wymagany przez zamawiającego sprzęt w konfiguracji opisanej w przygotowanej na użytek tego postępowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest produkowany wyłącznie przez firmę DELL; także wszystkich pięciu uczestniczących w postępowaniu wykonawców zaferowało sprzęt tego producenta.

Szczegółowy opis dostrzeżonych nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia sprzętu informatycznego kontrolujący zawarł w piśmie z dnia 30 grudnia 2010 r. UZP/DKUE/AD/41706/19761/10, którą to ocenę Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podziela.

Zgłaszający zastrzeżenia nie zakwestionował powyższego ustalenia kontrolującego, wykazując, by na rynku istniał jeszcze jakikolwiek sprzęt tego rodzaju, który był przedmiotem zamówienia a oferowany przez innych producentów. Dodatkowo podkreślenia wymaga – co trafnie dostrzegł kontrolujący, iż postawione przez zamawiającego w odniesieniu do niektórych elementów sprzętu (płyty głównej, myszy optycznej) wymagania dotyczące markowania przez producenta komputera (co do myszy) lub serwera i oznaczenia jego znakiem firmowym (w odniesieniu do płyty głównej) nie mają żadnego znaczenia z punktu widzenia użyteczności, zaś wpływać mogą na ograniczenie konkurencji. Opracowana na użytek przedmiotowej kontroli opinia biegłego potwierdza wnioski dokonane przez kontrolującego: starannie specyfikuje dostrzeżone nieprawidłowości w opisie, wskazuje metodologię przeprowadzonych badań, w sposób spójny precyzuje wynikające z przeprowadzonej analizy wnioski. Nie sposób dalej podzielić twierdzenia zamawiającego, zgodnie z którym powoływanie się w Informacji o wyniku kontroli doraźnej na *Rekomendacje Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczących zasad formułowania wymagań Zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego* jest niewłaściwe, bowiem nie posiadał wiedzy o wydaniu tego dokumentu i nie musiał wiedzy takiej posiadać, ponieważ rekomendacje nie mają charakteru prawa powszechnie obowiązującego, a wywodzenie z nich skutków prawnych jest bezpodstawne. Istotnie, dokument ten nie ma rangi aktu prawnego, który nakładałby na zamawiającego dokonującego opisu przedmiotu zamówienia konkretne obowiązki w tym zakresie, niemniej stanowi zestaw najbardziej reprezentatywnych, oczywistych sytuacji i zapisów, jakich należy się wystrzeżać przy opisie przedmiotu zamówienia, i w tym zakresie stanowi wyraz wyspecyfikowania jednoznacznych i bezspornych zapisów, których użycie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i jest przejawem opisu przedmiotu zamówienia niezgodnego z brzmieniem regulacji zawartej w art. 29 ustawy Pzp. W tym znaczeniu powołanie się przez kontrolującego na *Rekomendacje Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczących zasad formułowania wymagań Zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego* nie stanowi nieprawidłowości. Jak wyraźnie wynika z treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 grudnia 2010 r., podstawą dokonanych ustaleń i wniosków jest treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp a nie wskazany dokument, który został przywołany jedynie pomocniczo. Podobnie, nie miała wpływu dla oceny poprawności dokonanych przez kontrolującego ustaleń argumentacja zamawiającego, zgodnie z którą podstawowy zarys opisu przedmiotu zamówienia realizowało konsorcjum firm oraz dodatkowo opis przedmiotu zamówienia był przedmiotem wnikliwej analizy 5 wykonawców, czego dowodzi 125 pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz protest złożony przez C. SA, który został w części uwzględniony przez zamawiającego w rozstrzygnięciu z dnia 24 września 2007 r. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przez podmiot trzeci, działający na zlecenie zamawiającego obciąża zamawiającego. Z faktu, że podstawowy zarys opisu wykonał inny podmiot aniżeli sam zamawiający nie wynika bowiem, że opisu przedmiotu zamówienia dokonano prawidłowo, w sposób czyniący zadość zasadzie uczciwej konkurencji i zgodny z brzmieniem art. 29 ustawy Pzp. Także okoliczność, że wykonawcy nie kwestionowali tak dokonanego opisu przedmiotu zamówienia składając protesty nie potwierdza słuszności tezy, że wnioski płynące z przeprowadzonej kontroli są bezzasadne. Jak trafnie dostrzegł kontrolujący, produkty Dell są powszechnie dostępne, a ich wartość w całości przedsięwzięcia nie była decydująca; stąd nawet różnice w marży nie miały aż tak istotnego znaczenia dla pozyskania zamówienia, aby którykolwiek z dostawców kwestionował poprawność opisu. Istotnym wydaje się być także, że przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie przetargu ograniczonego, gdzie w postępowaniu bierze udział ograniczona liczba wykonawców: ci zainteresowani są zatem najpierw zakwalifikowaniem się do udziału w postępowaniu, zaś po zaproszeniu do udziału w postępowaniu interes tych wykonawców wyraża się zaoferowaniem przedmiotu zgodnego z wymaganiami zamawiającego. Podzielono także ocenę kontrolującego wyrażoną w piśmie z dnia 30 grudnia 2010 r. UZP/DKUE/AD/41706/19761/10, że przytoczone w zastrzeżeniach do kontroli doraźnej następczej

tezy z orzecznictwa nie odpowiadają stanowi faktycznemu przedmiotowego postępowania; nadto podstawą dokonywanej oceny powinny być przepisy prawa, co w niniejszej sprawie miało miejsce. Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, że ocena dokonana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie zarzuconego zamawiającemu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przy opisie przedmiotu zamówienia jest prawidłowa, zaś zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej wyartykułowane w powyższym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

KN/37/10

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania ustalono, iż przedmiar robót zawiera określenia wskazujące na opisanie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego poprzez wskazanie nazw konkretnych produktów. Zamawiający posługiwał się m.in. następującym opisem przedmiotu zamówienia:

- „Pokrycie dachów papą termozgrzewczą „Polbit WF” dwuwarstwowe”;
- „Gruntowanie podłoża preparatami „ATLAS UNIGRUNT” ...”;
- „(...) barwnik „Miks” ...”;
- „(...) wykonane na zaprawie CERESIT CN 72”;
- „(...) smarowanie tylko podłoża lub płytek klejem „Atlas”;
- „Pokrycie dachów blachą dachówką LUXMETAL wiatrownice”;
- „Montaż okien (...) systemu VEKA”;
- „Izolacje rur c.o. otulinami Thermoflex (rury 15–18 mm).

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Treść przytoczonego przepisu jednoznacznie wskazuje, że na zamawiającym ciąży obowiązek maksymalnie precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, w taki sposób, żeby stworzyć wykonawcom szanse złożenia, a sobie otrzymania rzetelnie opracowanych i porównywalnych oraz korzystnych cenowo ofert. Wskazany przepis służy również realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie, zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyjątek dopuszczający opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach – gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Ponadto w przypadku opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych konieczne jest dopuszczenie składania ofert równoważnych, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Należy jednak zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w ogóle nie przewidział możliwości składania ofert równoważnych. Wskazując w SIWZ na konkretny produkt lub producenta poprzez wskazanie znaku towarowego, pomimo istnienia możliwości opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych, zamawiający naruszył art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

KN/34/10

Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ wskazał parametry techniczne sprzętu dla Pracowni Endoskopii Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej. Zamawiający w dniu 7 grudnia 2009 r. dokonał modyfikacji ww. załącznika z uwagi na wniesione protesty w przedmiotowym postępowaniu. Nadto wska-

zać należy, że w toku postępowania wykonawcy zadawali pytania dotyczące kwestii związanych z przedmiotem zamówienia.

Przykładowe pytania to:

Czy zamawiający dopuści procesor wyposażony w proste intuicyjnie menu w języku angielskim zrozumiałe dla każdego lekarza wykonującego badania endoskopowe? Utrzymywanie wymogu menu w języku polskim, który może spełnić tylko produkt firmy Olympus, jednoznacznie wskazuje na rażące naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odpowiedź:

Nie. Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie:

Czy zamawiający zrezygnuje z zapisu w pkt 19 ze względu na to, że metoda obrazowania PDD nie jest wymagana jako przedmiot zamówienia? Metoda obrazowania PDD jest metodą opatentowaną przez firmę Olympus dot. serii 180.

Odpowiedź:

Nie. Zamawiający nie wyraża zgody.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy, wskazanymi w skardze dotyczącej przedmiotowego postępowania, a jednocześnie wydającymi się mieć potwierdzenie w analizie postępowania przeprowadzonej w toku kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do Politechniki Warszawskiej z prośbą o opinię. Zakres opinii obejmował następujące kwestie:

1. Czy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję;
2. Czy parametry techniczne sprzętu będącego przedmiotem zamówienia opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazują jednoznacznie na sprzęt tylko jednej firmy tj. Olympus Polska Sp. z o.o.

W opinii z dnia 2 sierpnia 2010 r. biegli z Politechniki Warszawskiej powołani przez Prezesa UZP odpowiedzieli na oba powyższe pytania twierdząco.

W uzasadnieniu swojego stanowiska biegli stwierdzili, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia została sformułowana w sposób preferujący jednego wykonawcę – firmę Olympus Polska Sp. z o.o., która jest liderem na rynku w zakresie sprzętu stanowiącego przedmiot zamówienia. Biegli porównując ofertę firmy Olympus oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu stwierdzili, że są one niemal identyczne, co sugeruje, że zamawiający opracował SIWZ na podstawie specyfikacji technicznej urządzeń wytwarzanych przez firmę Olympus, nie biorąc pod uwagę sprzętu oferowanego przez innych wykonawców. Biegli uznali ponadto, że żądanie przez zamawiającego „Menu w języku polskim” (pkt. a) poz. 11 SIWZ (pokoje badań gastroscopowych i kolonoskopowych) jest mało istotne, bowiem proste instrukcje w języku angielskim są zrozumiałe dla każdego użytkownika obsługującego programy komputerowe (względnie po krótkim przeszkoleniu). Ponadto, jak wynika z opinii możliwość zainstalowania filtra do metody obrazowania PDD pkt a) poz. 19 SIWZ (pokój badań gastroscopowych) stanowi również istotne ograniczenie złożenia oferty przez innych wykonawców (taką możliwość posiada tylko firma Olympus). Wymagania dotyczące koagulacji bipolarnej (moc min. 120±10 W oraz aktywacja funkcji bipolarnej przez pedał i za pomocą funkcji auto – start), zdaniem biegłych nie może stanowić podstawy do podtrzymania tego warunku w SIWZ.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z literalnym brzmieniem powyższego przepisu wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 października 2008 r. (sygn. KIO/UZP 984/08).

Jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych jest zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z której wynika, że zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy oraz doprecyzowana w stosunku do zasad rządzących opisem przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 ustawy zasada chroniąca uczciwą konkurencję nie została w powyższych przepisach zawężona podmiotowo tylko i wyłącznie do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający (będący zazwyczaj instytucją publiczną lub jedynie dysponentem środków publicznych) nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłyby w wyżej wskazaną zasadę. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.

Ponadto, należy wskazać, iż nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego – wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Powyższy pogląd został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 423/08), w którym Izba stwierdziła, że: „Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób”.

Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: „Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego”. Natomiast w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „zamawiającemu wolno określić przedmiot w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązanie techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca”.

A zatem, w niniejszym stanie faktycznym nie sposób uznać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który nie utrudniał uczciwej konkurencji, tym bardziej, iż w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta – firmy Olympus Polska Sp. z o.o. Świadczą o tym w szczególności pytania zadawane przez wykonawców w toku postępowania oraz stanowisko wyrażone w opinii biegłych. Wobec powyższego poprzez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt, zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Do wyniku ww. kontroli zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

Wnosząc zastrzeżenia zamawiający podniósł, iż w jego ocenie nie został naruszony art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego dokonał on opisu przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi uzasadnionymi potrzebami, a także w taki sposób, aby opis ten był zgodny ze złożonym wnioskiem o dofinansowanie. Zamawiający w tym zakresie przywołał „przeważający pogląd” orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym uprawnieniem zamawiającego oraz jego obowiązkiem jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który gwarantuje otrzymanie produktu odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom (*vide*: wyrok KIO/UZP 782/08, przywołany przez zamawiającego w piśmie z dnia 25.10.2010 r.). Zamawiający wskazał, że w taki właśnie sposób postąpił, tj. opisał przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami, z należytą starannością.

Zamawiający wskazał również, że protesty wniesione przez wykonawców biorących udział w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały rozpatrzone przez zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami, ponadto z rozstrzygnięciem protestów wykonawcy zgodzili się, o czym, zdaniem zamawiającego, świadczy okoliczność, iż żaden z nich nie odwoływał się do KIO.

Zamawiający podniósł również, że wykonawcy sporządzając dokumentację techniczną swojego sprzętu zawsze określają parametry techniczne istotne dla przedmiotu zamówienia, zatem określone parametry, niezależnie od producenta są dla wszystkich wspólne. Opisując przedmiot zamówienia zamawiający wskazał również owe istotne dla niego parametry graniczne. Zamawiający wskazał też, że nie jest w stanie zwerifikować czy przy opisie przedmiotu zamówienia nie doszło do przypadkowej zbieżności ze specyfikacją techniczną Olympusa, gdyż taką specyfikacją nie dysponuje. Zamawiający zwrócił uwagę na okoliczność, iż określone przez zamawiającego parametry są wykazywane również przez pozostałych wykonawców dostarczających sprzęt endoskopowy na rynek polski. Niezależnie od powyższego zamawiający wskazał, że żaden przepis ustawy Pzp oraz jakiegokolwiek aktu wykonawczego nie zakazuje przy opisie technicznym przedmiotu zamówienia posilnkować się specyfikacjami technicznymi udostępnianymi przez producentów sprzętu. Ustawa nie zabrania korzystania z materiałów, które są ogólnie dostępne w oficjalnych katalogach czy też na stronach internetowych producenta lub dystrybutora.

Zamawiający, w odniesieniu do wymogu żądania menu w języku polskim, wskazał, że ten parametr był dla użytkownika bardzo istotny z uwagi na fakt, że nie każdy zatrudniony przez zamawiającego pracownik posiada biegłą znajomość języka angielskiego. Wobec powyższego taki parametr znacznie ułatwia pracę użytkownikowi oraz w dużym stopniu podnosi bezpieczeństwo pacjenta. Zostaje również wyeliminowane ryzyko niewłaściwego użycia aparatu lub przypadkowego uszkodzenia, czy też zresetowania sprzętu przez użytkownika. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem, że proste instrukcje w języku obcym są zrozumiałe dla wszystkich użytkowników programów komputerowych. Zdaniem zamawiającego, dla osoby niewładającej tym językiem menu takie stanowi duże utrudnienie w obsłudze aparatu. Natomiast o możliwość zaoferowania menu obrazkowego żaden wykonawca nie pytał. Zamawiający podniósł również, że w Polsce językiem obowiązującym jest język polski zatem żądanie menu w języku polskim nie jest zdaniem zamawiającego wymogiem nadmiernym zwłaszcza w sytuacji, gdy coraz więcej producentów sprzętu oferuje taką opcję.

Zamawiający podniósł również, że w Informacji o wyniku kontroli doraźnej – następnie nie wskazano na jakiej podstawie faktycznej i prawnej biegły orzekł, że zamawiający nie może żądać możliwości stosowania filtra do metody obrazowania PDD. Z rozpoznania przez zamawiającego rynku wynika, że opcję taką oferuje także firma STORZ, która jest również producentem sprzętu endoskopowego. Zamawiający wskazał, że opcję tę zamierza wykorzystywać do planowanych zabiegów i badań. Podobne zastrzeżenia zamawiający miał także w zakresie zakwestionowania wymogów co do aktywacji funkcji bipolarnej.

W odpowiedzi na powyższe stanowisko zamawiającego Prezes Urzędu stwierdził, co następuje. Pismem z dnia 26 października 2010 r. Prezes UZP zwrócił się do autorów opinii z dnia 2 sierpnia 2010 r. o jej uzupełnienie. Na podstawie opinii uzupełniającej z dnia 29 października 2010 r. wskazał należy, iż biegli pod-

trzymali swoje stanowisko wyrażone w opinii z dnia 2 sierpnia 2010 r. w całości, gdyż ich zdaniem nie ma realnej możliwości, aby w sposób przypadkowy zaistniała tak daleko posunięta zbieżność między opracowaną przez zamawiającego SIWZ, a specyfikacją techniczną firmy Olympus.

Wskazać należy, że biegli opracowywali opinie na podstawie materiałów dostarczonych przez UZP oraz na podstawie specyfikacji technicznych wykonawców wnoszących protesty. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, zgodnie z którym, jeśli biegli ograniczyli się wyłącznie do porównania SIWZ ze specyfikacją techniczną firmy Olympus, to ich opinia jest stronicza. Biegli w opinii z dnia 29 października 2010 r. podtrzymali pogląd, zgodnie z którym w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego SIWZ została sformułowana w sposób preferujący firmę Olympus.

Ponadto należy się odnieść do poszczególnych zarzutów zamawiającego w zakresie dopuszczalności takiego opisanego przedmiotu zamówienia. Istotnie, należy się zgodzić, że opisując przedmiot zamówienia, zamawiający winien się kierować własnymi potrzebami tak, ażeby zakupiony sprzęt jak najlepiej odpowiadał jego oczekiwaniom. Niemniej jednak opisując przedmiot zamówienia zamawiający nie może pomijać generalnych zasad zamówień publicznych, w tym w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W odniesieniu do przedmiotowego stanu faktycznego oznacza to, że niedopuszczalne jest opisanie parametrów granicznych w taki sposób, ażeby łącznie spełnić je mógł tylko jeden wykonawca. Innymi słowy, prawidłowo opisany przedmiot zamówienia, co do zasady, powinien umożliwiać złożenie przez wykonawców więcej niż jednej ważnej oferty. Tak więc argumentacja zamawiającego dowodząca, że zastosowanie filtra do metody obrazowania PDD nie jest ograniczeniem uczciwej konkurencji z uwagi na okoliczność, że analogiczną funkcjonalność oferuje wykonawca STORZ nie jest równoznaczna z faktem, że zamawiający zadbał w sposób wystarczający o zapewnienie uczciwej konkurencji. Fakt, że wykonawca STORZ spełnia jeden z parametrów granicznych nie oznacza, że spełnia także wszystkie pozostałe, a tym samym może złożyć ważną ofertę.

Rację ma zamawiający twierdząc, że żaden przepis ustawy Pzp nie zakazuje mu opisywać przedmiotu zamówienia opierając się na oficjalnych specyfikacjach technicznych wykonawców oferujących dany sprzęt. Nie oznacza to jednak, że w wyniku analizy takich specyfikacji zamawiający opracowuje takie parametry graniczne, które w istocie może spełnić tylko jeden podmiot. Analiza oficjalnych dokumentacji technicznych winna pomóc zamawiającemu w znalezieniu optymalnego sprzętu przy uwzględnieniu ww. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumentem potwierdzającym stanowisko zamawiającego nie może być również okoliczność, że wykonawcy nie składali w zakresie przedmiotu zamówienia odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej. Korzystanie ze środków ochrony prawnej jest immanentnym uprawnieniem wykonawcy, który może z niego skorzystać w formach przewidzianych w ustawie Pzp. Nie skorzystanie przez wykonawców ze środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie nie oznacza, że prowadzone postępowanie nie jest obciążone rażącym błędem, a już na pewno nie „pozwalalo przypuszczać, że działanie zamawiającego jest prawidłowe”.

Ponadto zamawiający określając niektóre parametry graniczne i uznając je za niezbędne (np. parametry wskazane w pkt 14 i 15 SIWZ czy wymaganie dotyczące koagulacji bipolarnej), pomimo istotnych wątpliwości biegłych co do zasadności i celowości ich wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie sprecyzował w treści zastrzeżeń dlaczego żądanie takich funkcjonalności było w przedmiotowym postępowaniu niezbędne.

Nieprzekonujące są argumenty zamawiającego o niezbędności wymogu posiadania menu w języku polskim. Warunek posiadania takiego menu zarówno w ocenie biegłych, jak też Urzędu Zamówień Publicznych skutecznie eliminuje z możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców zagranicznych, nawet jeśli opracują oni dokładną i czytelną instrukcję w języku polskim, co w przypadku dostarczenia takiego sprzętu jest standardem. Co najmniej wątpliwa jest sugestia zamawiającego, że być może zostałaby uwzględniona możliwość zastosowania menu obrazkowego, gdyby któryś z wykonawców o taką możliwość zapytał.

Trudno uznać, że takie wyjaśnienie potwierdza prawidłowość opisanego przedmiotu zamówienia, skoro jak wynika z treści zapytań menu w języku polskim było dla zamawiającego warunkiem niezmiennym.

W nawiązaniu do powyższego, stwierdzić należy, że – zgodnie ze stanowiskiem wskazanym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej – następczej – w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp został sformułowany zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) czytamy, że: „Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”. Rozwinięcie powyższego poglądu znajdujemy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym Izba zważyła, iż: „Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów”.

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 30/09), w którym Izba stwierdziła że: „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni – przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni – przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego”. Z powyższego wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt.

Ze sporządzonych na zlecenie Prezesa UZP opinii biegłych z dnia 2 sierpnia 2010 r. oraz 29 października 2010 r. wynika, iż powyższa sytuacja miała miejsce w kontrolowanym postępowaniu.

Uchwałą z dnia 24 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 85/2010) Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego.

Przedstawioną argumentację Prezesa Urzędu Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podzieliła wobec czego odstąpiła od prezentowania własnej argumentacji, uznając powtarzanie argumentacji uprzednio wskazanej przez Prezesa Urzędu za niecelowe. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła jedynie, że w celu prawidłowego sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zasadne jest korzystanie przez zamawiającego z wszelkich ogólnie dostępnych informacji, w tym ze specyfikacji technicznych potencjalnych wykonawców. Podobieństwo oferty złożonej przez firmę Olympus Sp. z o.o. oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Izby nie może przesądzać o wadliwym sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia. W opinii Izby kluczowym w niniejszej sprawie jest fakt, że zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wymogi SIWZ spełnia wyłącznie jeden wykonawca – Olympus Sp. z o.o., co stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą równości oraz uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Izba wskazuje, że prawidłowe wypełnienie obowiązku, a tym samym przysługującego zamawiającego prawo do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, winien polegać na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o uzasadnione

potrzeby zamawiającego, co w zgłoszonych zastrzeżeniach nie zostało przez zamawiającego w pełni i właściwie wykazane.

KN/2/10

Zamawiający w załączniku nr 10 do SIWZ, zawarł wzór oświadczenia, zgodnie z którym (...) *partnerzy, podwykonawcy oraz wszelkie materiały i środki użyte do wykonania zamówienia pochodzić będą z krajów należących do Unii Europejskiej, Malty, Cypru, Turcji.*

Powyższy zapis SIWZ jest niezgodny z dyspozycją art. 7 ust. 1 ustawy, który stanowi że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Dodatkowo art. 29 ust. 2 ustawy stanowi, że przedmiotu zamówienia nie wolno opisywać w sposób ograniczający uczciwą konkurencję. Ww. zapis ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom oferującym materiały wyprodukowane w innych krajach, bądź też zamierzającym złożyć wspólną ofertę lub zlecić część prac podwykonawcom pochodzącym z innych państw.

Jedynym przewidzianym w ustawie wyjątkiem od zasady, iż każdy wykonawca powinien być traktowany jednakowo niezależnie od pochodzenia oferowanych dostaw jest art. 138c ust. 1 pkt 4 Pzp przewidujący, że w wypadku zamówień sektorowych na dostawy zamawiający może odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%. Tym samym, zamawiający sektorowy przy ocenie ofert ma możliwość zastosowania preferencji dla wykonawców z Unii Europejskiej lub państw z którymi Unia zawarła stosowne umowy. Wyjątek ten dotyczy jednakże tylko zamawiających sektorowych, do których nie należą gminy.

Wobec powyższego należy uznać, iż zamieszczając w SIWZ ww. zapis zamawiający naruszył dyspozycję art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy.

KN/141/09

W Rozdziale III pkt 1 SIWZ zamawiający opisując oprogramowanie modułowe do zarządzania, stanowiące przedmiot zamówienia wskazał: „zamawiający nie dopuszcza sytuacji wytworzenia nowego oprogramowania przez dostawcę na rzecz realizacji niniejszego postępowania.”

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 tegoż artykułu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać konkurencję.

Z powołanych przepisów ustawy Pzp wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.). Zamawiający powinien zatem unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Także KIO w wyroku z 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 2/09) wyraźnie wskazała, iż „swoboda zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu

potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwi mu realizację celu założonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty". Natomiast w wyroku z dnia 20 listopada 2008 r. (KIO/UZP 1273/08) Izba stwierdziła, że „zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia." Ponadto należy dodać, iż „do naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp może dojść w sytuacji, w której istnieje jedynie możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji" (wyrok KIO z 18 listopada 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 1240/08).

Wymaganie postawione w SIWZ przez zamawiającego, że nie dopuszcza sytuacji, w której zostanie mu zaoferowane nowe oprogramowanie modułowe do zarządzania, stworzone na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest obiektywnie uzasadnione potrzebami zamawiającego. Jeżeli oprogramowanie stworzone na potrzeby tegoż postępowania spełniałoby wszystkie określone przez zamawiającego w SIWZ wymagania funkcjonalne, techniczne i systemowe to nie ma powodów, aby w jakikolwiek sposób ograniczyć możliwość jego zaoferowania w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę, który je stworzył wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. Należy również wskazać, iż sformułowanie w SIWZ ww. wymagania, mogło doprowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, bowiem możliwości złożenia oferty zostali pozbawieni wykonawcy, którzy stworzą oprogramowanie na potrzeby niniejszego postępowania, a w przypadku gdyby jednak złożyli oferty w tym postępowaniu, ich oferty zostałyby odrzucone z powodu niezgodności z SIWZ. Zatem poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia – oprogramowania modułowego do zarządzania, iż „zamawiający nie dopuszcza sytuacji wytworzenia nowego oprogramowania na rzecz realizacji niniejszego postępowania przetargowego”, naruszył on przepis art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

KN/79/09

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieścił szczegółowy opis parametrów zamawianych samochodów osobowych. W zakresie dotyczącym zadania nr 1 zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia (charakterystyka 1 samochodu osobowego) w następujący sposób:

- 1) samochód osobowy z silnikiem wysokoprężnym o mocy min. 170 KM, nadwozie typu 5 drzwi, limuzyna, 5 miejsc siedzących,
- 2) klapa tylna nadwozia (bagażnika) unoszona do góry,
- 3) wymiary pojazdu (dł. min. 4800 mm, szer. min. 1800 mm, wys. min. 1450 mm),
- 4) rozstaw osi min. 2750 mm,
- 5) układ kierowniczy ze wspomaganiami,
- 6) nadwozie w kolorze czarnym perłowym,
- 7) zderzaki w kolorze nadwozia,
- 8) wyposażenie samochodu minimum:
 - poduszka powietrzna dla kierowcy i pasażera,
 - boczne poduszki powietrzne przód + tył,
 - poduszka chroniąca kolana kierowcy,
 - przednie pasy bezpieczeństwa z regulacją wysokości mocowania wyposażone w napinacze pirotechniczne,

- aktywne zagłówki przednie z regulacją wysokości,
- system ESP, ABS, EBV, MSR, ASR,
- elektroniczna blokada mechanizmu różnicowego,
- system odciążenia dopływu paliwa i odblokowania drzwi w przypadku kolizji,
- system wspomagania ruszania pod wzniesienie,
- immobilizer + autoalarm,
- system kontroli ciśnienia w oponach,
- bi-ksenonowe reflektory przednie z funkcją czyszczenia reflektorów (spryskiwacze) i doświetlenia zakrętów,
- światła przeciwmgielne,
- podgrzewane dysze spryskiwaczy lub zbiornik płynu do spryskiwaczy,
- asystent parkowania,
- czujnik parkowania przód + tył,
- klimatyzacja dwustrefowa automatyczna (+ klimatyzowany schowek),
- tempomat,
- czujnik deszczu,
- elektrycznie sterowane szyby z przodu i tyłu z systemem zabezpieczającym przed przytrzaśnięciem,
- elektrycznie sterowane, podgrzewane, składane automatycznie lusterka z funkcją pamięci i oświetleniem wokół drzwi,
- fotochromatyczne lusterko wsteczne,
- elektrycznie sterowany fotel kierowcy,
- fotel kierowcy i pasażera z regulacją na odcinku lędźwiowym,
- podgrzewane fotele przednie i zewnętrzne miejsca tylnej kanapy,
- wielofunkcyjna skórzana kierownica z obsługą min. radioodtwarzacza,
- instalacja radiowa (radio CD + min. 4 głośniki),
- system nawigacji satelitarnej,
- przyciemniane szyby (atermiczne),
- komputer pokładowy,
- hamulce tarczowe przód + tył.,
- napęd na przednią oś z min. 6-stopniową automatyczną skrzynią biegów,
- pojemność bagażnika bez rozłożonych oparcí foteli min. 550 l,
- zużycie paliwa w cyklu miejskim max 8 l/100 km,
- obręcze kół min. 17" strukturalne o obniżonej wadze kpl letnich + kpl kół zimowych z felgami stalowymi,
- koło zapasowe dojazdowe lub pełnowymiarowe,
- podnośnik,
- gaśnica,
- apteczka,
- komplet narzędzi.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy, wskazanymi w skardze dotyczącej przedmiotowego postępowania, a jednocześnie wydającymi się mieć potwierdzenie w analizie postępowania przeprowadzonej w toku kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do Biura Rzeczoznawców Polskiego Związku Motorowego PZM Holding Sp. z o.o. z prośbą o opinię. Zakres opinii obejmował następujące kwestie:

- czy określone w SIWZ parametry wskazują, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących wybór konkretnego pojazdu, tj. konkretnej marki i modelu samochodu osobowego?
- jakie samochody odpowiadają parametrom technicznym określonym przez zamawiającego oraz jakie są ceny rynkowe tych samochodów?
- czy samochód Skoda Superb spełnia warunki techniczne określone w przedmiotowym postępowaniu?

z uwzględnieniem sytuacji na rynku motoryzacyjnym w listopadzie 2008 roku.

W opinii z dnia 23.04.2009 r. rzeczoznawca stwierdził, że określone w „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia” parametry wskazują, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących wybór konkretnego pojazdu tj. konkretnej marki i modelu samochodu osobowego, a mianowicie samochodu marki SKODA model SUPERB II TDI wersja PLATINUM. Zdaniem rzeczoznawcy parametrom technicznym określonym przez zamawiającego odpowiada wyłącznie samochód marki SKODA model SUPERB wersja PLATINUM. Cena rynkowa ww. nowego pojazdu w listopadzie 2008 r. wg katalogu INFO – EKSPERT wynosiła 131 000,00 złotych. Zdaniem rzeczoznawcy samochód SKODA SUPERB spełnia warunki techniczne określone w przedmiotowym postępowaniu. W części opinii dotyczącej parametrów podstawowych w pkt 4 rzeczoznawca wskazał, iż: „Wymagane parametry techniczne jak: Samochód osobowy limuzyna 5 drzwiowa (lim5) ograniczają wybór do nadwozi do typu „hatchback” i „lift back” eliminując nadwozia typu „sedan” i „kombi”. Należy wskazać, iż w odniesieniu do wymaganego przez zamawiającego rodzaju nadwozia (nadwozie typu 5 drzwi, limuzyna, 5 miejsc siedzących) w opinii zostało wskazane, że: „Samochód SKODA SUPERB określana jest w świadectwie homologacji oraz w katalogach jako „sedan” (lim4 zdjęcie po lewej). Oferowana jest w wersji z podnoszonymi drzwiami bagażnika, jak w „lift back” (lim5 zdjęcie po prawej) dzielonymi tak, że możliwe jest podniesienie tylko części tylnej nad bagażnikiem bez podnoszenia szyby (jak w lim4). Zatem, na potrzeby niniejszej opinii, została zaliczona jako spełniająca wymagania punktu 1 SIWZ. Rozwiązanie z dzielonymi drzwiami bagażnika proponuje tylko ten model samochodu SKODA co wyczerpuje wymaganie określone w punkcie 2 SIWZ. Wyjaśnia to pozorną sprzeczność punktu 1 i punktu 2 SIWZ”. W odniesieniu do postawionych przez zamawiającego wymagań dotyczących nadwozia samochodu (pkt 1 nadwozie typu 5 drzwi, limuzyna, 5 miejsc siedzących; pkt 2 kłapa tylna nadwozia (bagażnika) unoszona do góry oraz pkt 3 wymiary pojazdu (dł. min. 4800 mm, szer. min. 1800 mm, wys. min. 1450 mm)) rzeczoznawca wskazał, że: „Jak widać z powyższego zestawienia pierwsze trzy punkty SIWZ ograniczyły możliwość wyboru marki SKODA i modelu SUPERB II TDI. Analiza pozostałych parametrów jest bezprzedmiotowa. Wersje AMBITION, ELEGANCE i PLATINUM różnią się zakresem wyposażenia z czego najbogatsze jest w wersji PLATINUM. Dalsze rozważania nt. parametrów technicznych określonych w SIWZ są bezprzedmiotowe”.

Należy wskazać, iż art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-2098/03) zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby

je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-725). Ponadto w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu zamówienia nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) zostało wskazane, że: „Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniająco uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”. Rozwinięcie powyższego poglądu znajdujemy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym Izba zważyła, iż: „Z orzecnictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów”.

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

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 30/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni – przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni – przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego”.

Z powyższego wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów na-

bywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaofiarowania produktów innych producentów.

Jak zostało to wyżej wskazane działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym podkreślenia wymaga fakt, iż określone w SIWZ wymagane minimalne parametry techniczne oraz typowe dla jednego modelu pojazdu rozwiązania konstrukcyjne wskazują na wybór produktu konkretnego producenta. Posłużenie się przez zamawiającego pojęciem „limuzyna” nie może być traktowane jako wypełnienie postanowień zawartych w art. 29 ust. 1 ustawy, tj. dokonania opisu przedmiotu zamówienia m.in. w sposób jednoznaczny. Wszakże znaczenie tego pojęcia, dotychczas rozumiane pod pojęciem samochodu wyższej klasy, o klasycznej linii, z parzystą liczbą drzwi (np. czterodrzwiowym, sześciodrzwiowym) oraz zamkniętym nadwoziem typu sedan nie jest obecnie rozumiane tak jednoznacznie. Należy wskazać również na fakt, iż w odniesieniu do zawartego w pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia wymogu (nadwozie typu 5 drzwi) przekazany wraz z pismem zamawiającego z dnia 05.05.2009 r. znak BS-SZ-390-26/08 (22) wyciąg ze świadectwa homologacyjnego pojazdu Skoda Superb wskazuje, iż producent zakwalifikował nadwozie pojazdu jako sedan o liczbie drzwi wynoszącej 4. Należy również wskazać, iż posługiwanie się parametrami technicznymi obejmującymi zewnętrzne wymiary pojazdu nie ma żadnego znaczenia dla jego właściwości użytkowych. Dla użytkownika istotne są bowiem parametry mające bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo, ekonomikę i komfort w trakcie normalnego i przewidywanego użytkowania przedmiotu zamówienia, tj. dotyczących osiągnięć pojazdu, bezpieczeństwa pasażerów i komfortu, wyrażone np. osiąganą prędkością maksymalną, zdolnością przyspieszania określaną standardowo przyspieszeniem od 0 do 100 km/h oraz w trakcie jazdy (np. od 80 do 120 km/h na konkretnym przełożeniu skrzyni biegów), zużyciem paliwa w standardowych warunkach, zasięgiem z pełnym zbiornikiem paliwa, pozytywnym przebiegiem testów zderzeniowych oraz zdolnością hamowania od 100 km/h do zatrzymania, poziomem hałasu we wnętrzu, wymiarami wnętrza itp. Zastosowane przez zamawiającego minimalne oczekiwane parametry (np. moc silnika, wymiary zewnętrzne nadwozia, rozstaw osi) nie decydują bezpośrednio o żadnym z wymienionych parametrów.

Ponadto w aspekcie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy istotne dla oceny wymagań zamawiającego jest również i to, że w przedmiotowym postępowaniu dla zadania nr 1 została złożona tylko jedna oferta wykonawcy, który jest autoryzowanym dealerm pojazdów marki Skoda.

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

Przykładowe naruszenia ustawy Pzp w zakresie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

INFORMATOR NR 8/2010

Wykonawca, ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest do wykazania spełniania warunków zawartych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu spełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Wykazywanie spełniania ww. warunków dokonywane jest w oparciu o dokumenty, w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Stosownie do treści art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Jeżeli zaś wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w tych przepisach, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Katalog tych dokumentów jest zawarty w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. Nr 226, poz. 1817). Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. nie można w celu weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawcy do realizacji zamówienia żądać dokumentów innych niż wskazane ww. rozporządzeniem. W okresie obowiązywania ustawy Pzp rozporządzenie określające katalog tych dokumentów było kilkakrotnie znacząco zmieniane, przy czym najnowsze weszło w życie z dniem 31 grudnia 2009 r. Nowe rozporządzenie odzwierciedla systematykę znowelizowanej ustawy Pzp, tj. podział warunków na pozytywne (określone w § 1 ust. 1 rozporządzenia dokumenty odnoszą się do warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) oraz negatywne (określone w § 2 ust. 1 rozporządzenia dokumenty odnoszą się do warunków wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy).

W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać niżej wymienionych dokumentów:

Uprawnienia (warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 1)

Wykazaniu spełniania tego warunku służy odpowiedni dokument koncesji, zezwolenia lub licencji (§ 1 ust. 1 pkt 1 rozp.). Weryfikacja tego warunku następuje poprzez odesłanie do odrębnych przepisów prawa, które wskazują na obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności.

Wiedza i doświadczenie (warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 2)

Weryfikacja spełniania warunku wiedzy i doświadczenia następuje na podstawie: wykazów robót budowlanych (§ 1 ust. 1 pkt 2 rozp.), dostaw lub usług (§ 1 ust. 1 pkt 3 rozp.) oraz dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a dostawy i usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście.

Potencjał techniczny (warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 3)

Wykazanie spełniania tego warunku może nastąpić w oparciu o wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (§ 1 ust. 1 pkt 4 rozp.), oświadczenie o stanie zatrudnienia i liczebność personelu kierowniczego (§ 1 ust. 1 pkt 5 rozp.), wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia z podaniem ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, wykształcenia (§ 1 ust. 1 pkt 6 rozp.) oraz oświadczenie o posiadaniu uprawnień przez te osoby (§ 1 ust. 1 pkt 7 rozp.).

W szczególności należy zwrócić uwagę, że rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2009 r. wprowadziło istotną zmianę w stosunku do uregulowań obowiązujących w poprzednim stanie prawnym. Zamawiający na potwierdzenie posiadania przez osoby wymaganych uprawnień nie może bowiem żądać dokumentów potwierdzających te uprawnienia innych niż oświadczenie o ich posiadaniu.

Sytuacja ekonomiczna i finansowa (warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 4)

W celu wykazania posiadania zdolności ekonomicznej zamawiający może żądać sprawozdania finansowego albo jego części wraz z opinią biegłego rewidenta lub innych dokumentów, jeżeli wykonawca nie jest zobowiązany do sporządzania tego sprawozdania, jak również opłaconej polisy. Ponadto zamawiający może żądać na potwierdzenie warunku zdolności finansowej informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek o wysokości środków lub zdolności kredytowej (§ 1 ust. 1 pkt 8–10 rozp.).

Należy podkreślić, że zamawiający ma obowiązek żądać ww. dokumentów i oświadczeń jedynie w sytuacji, gdy w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonał stosownego opisu sposobu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. Jak wynika z doświadczeń kontrolnych Prezesa UZP, jednym z częstych i powtarzających się naruszeń ustawy Pzp jest sytuacja, gdy zamawiający żąda wskazanego rozporządzeniem dokumentu mimo braku opisu sposobu oceny spełniania przez wykonawcę warunków – co powoduje, że narusza art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w istocie żąda dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Występują także sytuacje odwrotne – także będące naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – tj. zamawiający dokonuje opisu sposobu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, lecz nie żąda dokumentu, który potwierdzałby ich spełnianie. Przygotowując postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zamawiający powinni zatem szczególnie wnikliwie przeanalizować dokumenty (w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, zaproszenie do negocjacji lub specyfikację istotnych warunków zamówienia), aby nie dopuścić do powyższych sytuacji i nie narazić się na zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozporządzenie wśród dokumentów nie wymienia oświadczenia o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże obowiązek jego żądania przez zamawiającego i złożenia przez wykonawcę wynika bezpośrednio z ustawy (art. 44 ustawy Pzp).

W rozporządzeniu przewidziano, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, zamawiający – w postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp ma obowiązek żądać od wykonawców dokumentów wymienionych w § 2 ust. 1, natomiast w postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość jest mniejsza niż te kwoty może żądać następujących dokumentów:

- oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia,
- aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W odniesieniu do wymienionego wyżej dokumentu należy przypomnieć, że na gruncie poprzednio obowiązującego rozporządzenia zamawiający mógł również żądać aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Ze względu na brak ujawnienia w treści wpisu do ewidencji gospodarczej informacji dotyczących upadłości podmiotu wpisanego stwierdzono, że pojęcie „właściwy rejestr”, o którym mowa w § 2 ust. 1 nowego rozporządzenia, nie obejmuje ewidencji działalności gospodarczej. W związku z tym, że z zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej nie wynika, czy w stosunku do wykonawcy otwarto likwidację lub ogłoszono jego upadłość, dokument ten nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, a w konsekwencji, nie może on być dokumentem wymaganym na potwierdzenie tych okoliczności.

- aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne lub uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- aktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Stosownie do § 1 ust. 2 rozporządzenia, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2, tj. dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Zamawiający może więc żądać złożenia dokumentów dotyczących podmiotów trzecich jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy, do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia, co powinno być zawarte przez zamawiającego już w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a więc na zasadach takich samych jak w stosunku do dokumentów dotyczących samych wykonawców. Obowiązek złożenia wymaganych dokumentów dotyczy sytuacji, w której wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polega na zasobach podmiotów trzecich oraz gdy z okoliczności wynika, iż dla wykazania dysponowania zasobami niezbędnymi dla realizacji zamówienia konieczny jest udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Jeżeli wykonawca odwołuje się do potencjału podmiotu trzeciego w zakresie sytuacji finansowej, zobowiązany jest on złożyć informację z banku lub kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową podmiotu trzeciego, którego zasobami będzie dysponował (§ 1 ust. 3 rozp.).

W toku kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wielokrotnie stwierdzano naruszenia w zakresie dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu – zarówno w obecnie obowiązującym stanie prawnym, jak też poprzednim. Przykładowe naruszenia w tym zakresie wskazano poniżej.

KU/114/10

W niniejszym postępowaniu zamawiający postawił m.in. warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a dla dokonania oceny spełniania powyższego warunku wymagał wykazania osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania: Głównego projektanta, kierownika budowy (przedstawiciela wykonawcy), kierownika robót sanitarnych oraz kierownika robót elektrycznych.

W postępowaniu została złożona oferta przez wykonawcę I SA, w której na stanowisko Głównego projektanta zaproponowano p. Barbarę P., natomiast na stanowisko kierownika budowy (przedstawiciela wykonawcy) wskazano p. Tadeusza Z. W ofercie znajdują się pisemne zobowiązania ww. osób do pełnienia odpowiednio funkcji Głównego projektanta i kierownika budowy.

Zamawiający pismem z dnia 02.06.2010 r. zwrócił się do wykonawcy I. SA na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy m.in. o złożenie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w stosunku do osób fizycznych w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy dla p. Barbary P. i p. Tadeusza Z. W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego wykonawca I. SA poinformował zamawiającego, że główny projektant oraz kierownik budowy są osobami, którymi wykonawca będzie dysponował w trakcie realizacji kontraktu (stosowne zobowiązania, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy zostały dołączone do oferty), a nie wykonawcami. Osoby te nie prowadzą działalności gospodarczej i niezasadne jest zdaniem wykonawcy żądanie złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia dla tych osób.

Zamawiający pismem z dnia 23.06.2010 r. poinformował wykonawcę I. SA o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w uzasadnieniu powołując się na treść § 1 ust. 2 oraz § 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, zgodnie z którym – zdaniem zamawiającego – jest on uprawniony do żądania przedstawienia przez wykonawcę oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia p. Barbary P. i p. Tadeusza Z.

Stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokumenty te zostały szczegółowo określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Zgodnie z treścią § 1 ust. 2 ww. rozporządzenia, jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia.

Z literalnego brzmienia przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia wynika zatem, iż znajduje on zastosowanie do przypadków, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi

do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wobec powyższego należy podkreślić, że możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawcy – na zasadzie § 1 ust. 2 rozporządzenia – przedstawienia dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia odnoszących się do podmiotów trzecich, na których osobach (zasobach osobowych) wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy osoby te pozostają w dyspozycji tych podmiotów trzecich, a nie w dyspozycji samego wykonawcy (dysponowanie pośrednie). Przepis ten nie znajduje natomiast zastosowania do przypadków, gdy wykonawca bezpośrednio dysponuje takimi osobami, o czym rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a takimi osobami, niezależnie od charakteru prawnego takiego stosunku.

Z powyższego wynika, że zamawiający nie jest uprawniony do żądania od wykonawcy dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 ww. rozporządzenia (w tym oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia), jeżeli dokumenty te miałyby dotyczyć osób, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio. Innymi słowy: jeżeli osoby, którymi dysponuje wykonawca nie są udostępniane mu przez podmiot trzeci, zamawiający nie jest uprawniony do żądania dokumentów z § 2 ust. 1 rozporządzenia ani od podmiotu trzeciego, ani tym bardziej od osób, którymi wykonawca dysponuje.

Wykluczając wykonawcę I. SA z postępowania z powodu braku przedstawienia ww. oświadczenia dla osób, którymi wykonawca dysponował bezpośrednio, zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, że ww. wykonawca nie złożył najkorzystniejszej oferty, naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

KU/116/10

W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ zażądał załączenia do oferty m.in. bilansu z rachunkiem zysków i strat, albo w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.

Stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone treścią tego przepisu warunki podmiotowe uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnoszące się do znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda dokumentów określonych w § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich Zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. Nr 226, poz. 1817).

Ponadto art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Również w przypadku zamówień sektorowych, w których – stosownie do brzmienia art. 138 c ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jednakże tylko wtedy, gdy jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców tych warunków.

W przedmiotowej sprawie, zamawiający żądając przedstawienia ww. dokumentu finansowego nie dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie dokument ten miałby potwierdzać, tj. nie wskazał np. konkretnych wskaźników ekonomicznych, których osiągnięcie wykonawca powinien wykazać.

Tym samym, żądanie przez zamawiającego przedłożenia ww. dokumentu, wobec niedokonania opisu sposobu oceny spełnienia warunku zdolności ekonomicznej, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nie można uznać, że dokument ten był niezbędny do oceny sytuacji ekonomicznej wykonawców, a tym samym do przeprowadzenia postępowania.

KU/108/10

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

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

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

Stwierdzić zatem należy, że zamawiający, nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o dokumentach, jakie w powyższym zakresie powinny zostać złożone przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdzają wyniki kontroli, w których zamawiający wnieśli zastrzeżenia nie uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą np. KU/67/10 – Uchwała KIO/KU 37/10 z dnia 25 maja 2010 r., KN/157/09 – Uchwała KIO/KD 3/10 z dnia 22 stycznia 2010 r., KU/93/09 – Uchwała KIO/KU 2/10 z dnia 19 stycznia 2010 r., KU/86/09 – Uchwała KIO/KU 52/09 z dnia 30 grudnia 2009 r.

KU/107/10

W ogłoszeniach zamieszczonych na tablicy ogłoszeń i na stronie internetowej zamawiającego oraz opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający nie zawarł informacji, iż wykonawca powinien złożyć oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy. Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

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

Stwierdzić zatem należy, że zamawiający nie zamieszczając w ogłoszeniu informacji o oświadczeniu, jakie w powyższym zakresie powinno zostać złożone przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W toku kontroli stwierdzone zostały rozbieżności pomiędzy opisem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zawartym w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego i w jego siedzibie, a opisem spełniania warunków zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamieszczonym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej, zamawiający nie zawarł informacji dotyczącej dokumentów, jakie mają zostać złożone przez wykonawców w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamieszczonym w siedzibie oraz na stronie internetowej zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wykonawca musiał wykazać, że:

- dysponuje Zespołem Ekspertów zdolnym do wykonania zamówienia, w skład którego wchodzi co najmniej:
 - a) Ekspert 1 – kierownik robót sanitarnych – posiadający:
 - wykształcenie wyższe techniczne,
 - uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w zakresie sieci kanalizacyjnych,
 - co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy/robót sanitarnych,
 - w okresie ostatnich 10 lat przed wszczęciem postępowania, kierował robotami budowlanymi, w tym co najmniej jedną budową, której przedmiotem była realizacja kolektorów z rur z żywic poliestrowych o średnicy co najmniej 1000 mm i długości min. 0,5 km.
 - b) Ekspert 2 – kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych – posiadający:
 - wykształcenie wyższe techniczne,
 - uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
 - co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych w tym co najmniej jedna budowa, obejmująca zbiorniki żelbetowe lub inne budowle żelbetowe.
- posiada wiedzę i doświadczenie – w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej: roboty budowlane z zakresu gospodarki wodno-ściekowej o łącznej wartości nie mniejszej niż 12 000 000 PLN netto, w tym co najmniej jedną robotę z zakresu budowy sieci kanalizacyjnej o średnicy min. 1000 mm i długości min. 0,5 km.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunków zamawiający nie wymagał w ogłoszeniu złożenia jakichkolwiek dokumentów.

Natomiast w SIWZ zamawiający na potwierdzenie spełniania ww. warunków wymagał następujących dokumentów:

- a) w celu potwierdzenia, że wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający żądał:
 - wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami nt. ich wykształcenia, doświadczenia i uprawnień niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacjami o podstawie do dysponowania tymi osobami, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ;

- oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia.
- b) w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie zamawiający żądał:
 - wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ.

Stosownie do art. 11 ust. 7 ustawy Pzp Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia przekazuje się zgodnie z wzorami określonymi w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, jeżeli wartość zamówienia lub konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8. Formularz ogłoszenia o zamówieniu zawarty w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005 przewiduje podanie w sekcji III.2 opisu warunków udziału w postępowaniu oraz informacji i formalności koniecznych do dokonania oceny spełniania wymogów. Dodatkowo, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zamawiający, nie zamieszczając informacji o dokumentach, jakie powinny zostać złożone przez wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, na stronie internetowej i w siedzibie, nie dochował wymogów wynikających z ww. przepisów.

W związku z tym, że informacje na temat sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie zostały podane w ogłoszeniu o zamówieniu zgodnie ze wzorem formularza określonego w ww. rozporządzeniu, zamawiający naruszył dyspozycję art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z Rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Brak zamieszczenia ww. informacji naruszał także art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

KU/47/10

Zgodnie z brzmieniem SIWZ, na potwierdzenie spełniania opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, zamawiający zażądał od wykonawców referencji inwestorów potwierdzających, że wymienione w wykazie robót budowlanych inwestycje zostały wykonane w terminie i z należytą starannością.

Należy zauważyć, iż zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 1 obowiązującego w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane*, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający mógł żądać m.in. dokumentów potwierdzających, że roboty budowlane zostały wykonane należyście. Ww. rozporządzenie nie zawierało żadnych unormowań dotyczących podmiotu, który te referencje powinien wystawić, mówi jedynie o tym,

że dokumenty te mają potwierdzać należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający zatem nie ma podstaw do stawiania wymogu, aby referencje były wystawione przez inwestora, ponieważ ich celem jest jedynie potwierdzenie należytego wykonania umowy. Referencje powinny zatem w sposób wystarczający identyfikować wykonanie zamówienia, wykonawcę, który je realizował oraz stwierdzać czy zostało ono wykonane zgodnie z umową. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 9 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 889/08). Należy przy tym zauważyć, że wystawcą referencji może być inny niż inwestor (tj. zamawiający) podmiot. Przykładowo, wobec podwykonawcy może to zrobić generalny wykonawca, który zlecił mu wykonanie części prac (tak np. w wyroku KIO z dnia 26 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 315/09).

Wymóg przedstawienia referencji wystawionych tylko przez inwestora stanowi zatem naruszenie § 1 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia.

KN/155/09

Zgodnie z treścią pkt 3.1.4. SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne spełnienia następującego warunku dotyczącego jego sytuacji finansowo-ekonomicznej, tj. wykonawca musiał udokumentować posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 5 000 000,00 PLN.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku zamawiający żądał od wykonawców, poza informacją banku, w którym wykonawca posiada rachunek bankowy, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, sprawozdania finansowego, a jeżeli wykonawca podlegał badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również opinii o badanym sprawozdaniu albo w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności – za ostatnie 3 lata obrotowe (2005, 2006, 2007), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.

Z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji wynika, iż w toku postępowania, w piśmie z dnia 25 września 2008 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wzywał wykonawcę J. Sp. z o.o. o uzupełnienie oferty o przedmiotowe sprawozdanie.

W tym miejscu należy zauważyć, iż sprawozdanie finansowe to roczny raport finansowy, który zawiera czytelny przegląd rozwoju działalności jednostki i jej sytuacji finansowej, w tym określa jej obroty oraz zobowiązania i należności, a także wskazuje na ważne wydarzenia, które wystąpiły od zakończenia roku obrachunkowego (dzień bilansowy). Wskazuje ono również prawdopodobny przyszły rozwój przedsiębiorcy oraz jego działalność w dziedzinie badań i rozwoju. A zatem sprawozdanie nie stanowi dokumentu potwierdzającego wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową wykonawcy.

Zgodnie z treścią §1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z dnia 24 maja 2006 r.). Rozporządzenie, zgodnie z §1 ust. 3 pkt 2 stanowi, iż jedynie informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdza wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. W myśl zaś §1 ust. 3 pkt 1 sprawozdanie finansowe służy potwierdzeniu spełnienia tych wszystkich warunków, które odnoszą się do zobowiązań, obrotów i należności wykonawcy. Przykładem takiego warunku, którego spełnienie potwierdza sprawozdanie finansowe, jest warunek posiadania przez wykonawcę na określonym poziomie średniego rocznego przychodu za ostatnie 3 lata obrotowe bądź warunek posiadania przez wykonawcę na określonym poziomie płynności bieżącej w danym roku obrotowym.

W myśl art. 25 ust. 1 ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępo-

wania, wskazanych w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, iż sprawozdanie finansowe nie było dokumentem, który pozwalał zamawiającemu zweryfikować spełnienie przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej. Dokumentem adekwatnym, tj. w wystarczającym stopniu potwierdzającym spełnienie przedmiotowego warunku była informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowej, której załączenia także zamawiający żądał od wykonawców.

A zatem żądanie przez zamawiającego przedstawienia na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku sprawozdania finansowego, a jeżeli wykonawca podlegał badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również opinii o badanym sprawozdaniu albo w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności – za ostatnie 3 lata obrotowe (2005, 2006, 2007), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, nie było niezbędne do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, a więc zawarte w specyfikacji żądanie złożenia powyższego dokumentu przez wykonawcę, stanowiło naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy.

KN/23/09

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 18 „Opis sposobu przygotowania oferty”, żądał w myśl art. 230 Ksh wykonawców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oświadczenia w przypadku, gdy cena oferty przekracza dwukrotną wartość kapitału zakładowego spółki, potwierdzającego odpowiednie umocowanie do złożenia oferty wraz z kopia stosownej uchwały.

Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie:

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

Stosownie do art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (dla dostaw i usług ów próg wynosi wyrażoną w złotych równowartość 206 000,00 euro). Wykaz dokumentów, których mógł żądać zamawiający od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu został zawarty w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W tym miejscu należy wskazać, iż przepis art. 230 Kodeksu spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.) stanowi, iż rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego wymaga uchwały wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Przepisu art. 17 §1 Ksh nie stosuje się. Zgodnie z treścią art. 17 §1 Ksh, jeżeli do dokonania czynności prawnej przez spółkę ustawa wymaga uchwały wspólników albo walnego zgromadzenia bądź rady nadzorczej, czynność prawna dokonana bez wymaganej uchwały jest nieważna.

Z powyższych przepisów Kodeksu spółek handlowych wynika, iż kontrahenci spółek nie ponoszą negatywnych skutków prawnych braku podejmowanych w spółkach uchwał dotyczących rozporządzenia prawem lub zaciągania zobowiązań do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału. Jednoznaczne brzmienie art. 230 Ksh powoduje, że jego stosowanie odnosi się jedynie do wewnętrznych stosunków spółki.

Wobec powyższego, należy uznać, iż wymaganie od wykonawców ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia oświadczenia z art. 230 Kodeksu spółek handlowych nie było niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a więc zawarte w specyfikacji żądanie złożenia tego oświadczenia stanowiło naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

KU/34/09

Zgodnie z treścią Rozdziału 1 pkt 6.7 SIWZ, na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania własnymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 250 000 000 PLN zamawiający żądał przedłożenia informacji banku, w którym wykonawca posiada rachunek bankowy, potwierdzającej, że wysokość posiadanych środków finansowych i/lub zdolności kredytowej wykonawcy są nie mniejsze niż określone powyżej. Dokument ten musiał być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokumenty te zostały szczegółowo określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*.

Zgodnie z treścią §1 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Nie wskazując wśród dokumentów potwierdzających wysokość posiadanych środków finansowych i/lub zdolności kredytowej informacji spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, zamawiający naruszył dyspozycję § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia.

Przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

INFORMATOR NR 12/2010

Stosownie do treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, przez co stanowi wyraz podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, a także zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Brzmienie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ocena naruszenia przez zamawiającego postanowienia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp może być dokonywana jedynie w okolicznościach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich aspektów faktycznych i prawnych danej sprawy. Ze swej istoty ocena ta może być zatem dokonywana wyłącznie *ad casum*, w realiach danego przypadku.

Ze względów wskazanych powyżej należy stwierdzić, iż ocena czy dokonany przez zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków narusza art. 22 ust. 4, a w konsekwencji zasadę uczciwej konkurencji, musi być dokonywana w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Innymi słowy specyfika danego zamówienia, a w szczególności uwarunkowania techniczne jego wykonania oraz zamierzony cel gospodarczy jakiego ma służyć wykonanie zamówienia wpływa na ocenę dopuszczalności stosowania określonych sposobów dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż każdy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być uzasadniony merytorycznie i znajdować swoje usprawiedliwienie w specyfice konkretnego przedmiotu zamówienia.

W tym kontekście należy przede wszystkim wskazać, że z zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców wynika, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być precyzyjny i jednoznaczny, tak aby nie było wątpliwości, spełnienia jakich warunków zamawiający oczekuje od wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 356/08 i KIO/UZP 371/08).

Ponadto, skonkretyzowane w opisie warunki udziału w postępowaniu nie mogą być określane ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Taki stan rzeczy prowadzi bowiem do ograniczenia kręgu wykonawców mogących wykonać zamówienie. Podkreślić należy, że ustalony przez zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania powinien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie może natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Opi-

sanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. W jednym z wyroków z dnia 26 lutego 2003 r., sygn. akt: V Ca 221/03; Sąd Okręgowy stwierdził, iż „narusza tę zasadę [zasadę uczciwej konkurencji] sam fakt rażąco nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich nie spełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który poprzez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu.”

Nie oznacza to jednak, iż sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być opisany przez zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić udział każdego potencjalnego wykonawcy prowadzącego działalność danego rodzaju. „Określenie warunków, które mogą spełnić nieliczni wykonawcy nie stanowi samo w sobie utrudniania uczciwej konkurencji. Niemożność spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, przez niektórych wykonawców, nie świadczy jeszcze o niedozwolonym ustanowieniu warunków przez zamawiającego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 259/08). Zamawiający ma bowiem prawo oczekiwać, iż zamówienie zostanie udzielone wykonawcy zapewniającemu należyte wykonanie zamówienia.

Tak więc zamawiającemu wolno opisać sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że opis ten nie spowoduje wyeliminowania konkurencji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07). W konsekwencji, sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu opisany przez zamawiającego ma z jednej strony zapewnić wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a z drugiej strony nie może ograniczać konkurencji pomiędzy takimi wykonawcami. Stąd opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być określony proporcjonalnie do specyfiki danego zamówienia i uzasadnionych potrzeb zamawiającego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 428/08).

W tym miejscu należy zaznaczyć, że częstą, acz wadliwą w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, praktyką jest opisywanie przez zamawiających sposobu dokonania oceny spełniania warunku podmiotowego dotyczącego posiadanej przez wykonawców wiedzy i doświadczenia na poziomie równym przedmiotowi zamówienia. Opis taki wyrażany jest głównie poprzez wskazanie, że wykonawcy mają obowiązek wykazania się realizacją dostaw, usług czy robót budowlanych o parametrach tożsamych z udzielanym zamówieniem. Zasadnie można twierdzić, iż tego rodzaju warunek w rzeczywistości nie służy potwierdzeniu spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, lecz potwierdzeniu tego, czy potencjał techniczny i kadrowy wykonawcy gwarantuje realizację takiego zamówienia. W tym celu zaś zamawiający powinien żądać innych dokumentów, jak choćby dotyczących liczby pracowników, kwalifikacji kadry, czy sprzętu, jakim dysponują wykonawcy, itp.

Nie bez znaczenia dla podnoszonego problemu jest także to, iż dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisanu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczające jest już zaistnienie samej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych warunków udziału w postępowaniu, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 lipca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1688/05).

Należy podkreślić, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wynikać z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Tym samym zamawiający, jeżeli dokonuje określonego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków musi potrafić dowieść, że wymagany przez niego poziom doświadczenia wykonawców jest rzeczywiście niezbędny dla zagwarantowania należytego wykonania zamówienia, albowiem wykonawca, który nie ma wymaganego doświadczenia nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Jeszcze raz należy podkreślić, że sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający ma obowiązek opisywać z uwzględnieniem zasady, iż dopuszczonym do ubiegania się o zamówienie powinien być każdy wykonawca, który jest zdolny do realizacji zamówienia. Przy czym określenie jaki wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia winno być proporcjonalne do warunków konkretnego zamówienia, a w szczególności jego wartości, charakterystyki, zakresu i stopnia złożoności.

W toku kontroli Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (naruszenia wskazane w przykładach 1–3 dotyczą postępowań prowadzonych zgodnie ze znowelizowanymi w 2009 r. przepisami, pozostałe przykłady odnoszą się do naruszenia art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2009 r., zgodnie z którym zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję²):

KU 190/10:

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy posiadali wiedzę i doświadczenie – w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie – wykonali co najmniej 2 roboty budowlane polegające na zrealizowaniu ściany szczelinowej dla obiektu budowlanego, w tym jedna robota winna dotyczyć obiektu o kubaturze podziemnej nie mniejszej niż 20 000 m³, przy wartości robót nie niższej niż 5 mln PLN brutto (słownie: pięć milionów PLN) każda oraz potwierdzą, że wskazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W przypadku, gdy wniosek składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia lub wykonawca polegał będzie na doświadczeniu innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, to co najmniej jeden podmiot (jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy) musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, o którym mowa powyżej.

Konsekwencją postawienia warunku w ww. sposób było wykluczenie wykonawcy H. SA na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na to, że wykonawca nie wykazał, że on lub podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie wykonał co najmniej 2 roboty budowlane samodzielnie.

Jednocześnie z dokumentacji postępowania wynika, że ww. wykonawca w wykazie robót wskazał dwie roboty budowlane, które odpowiadały wymaganiom zamawiającego, w tym jedną wykonaną przez wykonawcę, a drugą wykonaną przez podmiot trzeci – firmę G. sp. z o.o.

Ponadto, z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego wynika także, że w ocenie zamawiającego warunek doświadczenia postawiony w przedmiotowym postępowaniu jest zgodny z przepisami ustawy Pzp, a szczególności nie pozostaje w kolizji z przepisami art. 22 ust. 4, art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b ustawy. Zamawiający wskazał, że w przypadku oceny spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest brać pod uwagę łączny potencjał podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jednakże „łącznie” nie zawsze należy utożsamiać z matematycznym sumowaniem potencjałów konsorcjantów. Spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zdaniem zamawiającego, nie może polegać na dowolnym i swobodnym sumowaniu doświadczenia poszczególnych członków konsorcjum. Określenie „łącznie” należy interpretować w ten sposób, że to każdy z członków konsorcjum może

² Szerzej nt. naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2009 r. – patrz Informator UZP nr 3 z 2009 r.

wykazać się realizacją wymaganego zamówienia, a wykazanie się tą umiejętnością przez jednego z wykonawców zwalnia pozostałych z tego obowiązku.

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć również na uwadze brzmienie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy.

Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy Pzp, dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe znajduje potwierdzenie w powszechnie stosowanej przez zamawiających praktyce, która znajduje wyraz również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. w wyroku z dnia 23 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1432/10).

Tym samym, w przypadku konsorcjum – w celu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należy brać pod uwagę łączną posiadaną wiedzę i doświadczenie, jakie wykazują podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania wystarczające jest nie tylko spełnienie opisanego poprzez konieczność wykonania co

najmniej 2 robót budowlanych warunku udziału w postępowaniu przez jednego z członków konsorcjum, ale także spełnienie tego warunku np. w ten sposób, że dwaj członkowie konsorcjum wykazują po 1 robocie budowlanej. Istotą tworzenia konsorcjum jest bowiem dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum. Analogiczna sytuacja dotyczy podmiotu trzeciego, który udostępni wykonawcy swój potencjał.

Mając na uwadze powyższe rozważania należy uznać, że zamawiający nie może wymagać posiadania wiedzy i doświadczenia przez jednego członka konsorcjum lub podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. W świetle powyższego opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia narusza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wymóg ten jest ponadto sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowi naruszenie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp.

Do wyniku ww. kontroli zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

Odnosząc się do opisanego powyżej naruszenia, zamawiający wskazał, iż brak jest możliwości stosowania do każdej sytuacji identycznego modelu „sumowania” w przypadku warunku doświadczenia i w przypadku warunków odnoszących się do zdolności ekonomicznej, w których kwoty pieniężne bez problemu mogą być do siebie dodawane. Zamawiający podkreślił, iż każdy z wykonawców przed złożeniem wniosków w przedmiotowym postępowaniu miał wiedzę, że musi pozyskać partnera lub inny podmiot, który posiada wymagane doświadczenie (o ile samodzielnie nie spełnił tego warunku). Każdy z wykonawców, zdaniem zamawiającego, mógł w tym zakresie skorzystać z uprawnień jakie dają mu przepisy art. 23 i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, aby wykazać się wymaganym w postępowaniu doświadczeniem. Ponadto, żaden z wykonawców nie złożył przysługujących mu środków ochrony prawnej, choć w postępowaniu wpłynęło 9 wniosków.

Z wyżej przytoczoną argumentacją zamawiającego Prezes UZP się nie zgodził wskazując, że celem art. 23 ust. 1 ustawy Pzp jest umożliwienie połączenia potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego i finansowego przez wykonawców w celu ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy każdy z nich z osobna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i konkretnego zamówienia nie mógłby uzyskać. Mimo lakoniczności ww. przepisu ustawy, jest rzeczą naturalną, że doświadczenie wykonawców – uczestników konsorcjum oceniane jest łącznie na podstawie doświadczenia członków konsorcjum. Wynika to z istoty i celu przepisu, który umożliwia podmiotom, które nie są w stanie samodzielnie spełnić warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, skorzystać z możliwości złożenia wspólnej oferty z jednoczesnym legitymowaniem się wiedzą, doświadczeniem oraz dysponowaniem wymaganym potencjałem technicznym i osobowym ocenianym łącznie. Nie budzi zatem wątpliwości, że odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1–9 ustawy Pzp, natomiast łącznie powinny zostać spełniane warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dysponowanie potencjałem technicznym, ekonomicznym i finansowym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadanie wiedzy i doświadczenia. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 605/08. Ponadto, w wyroku z dnia 30 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 359/08 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że istotą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców jest możliwość m.in.

spełnienia tak postawionego warunku właściwego doświadczenia, wykazania przez każdego z członków konsorcjum po jednym wykonanym zamówieniu lub prawo do wykazania przez jednego z członków konsorcjum dwóch wykonanych zamówień. Jednak każde z wykazanych zamówień musi opiewać na kwotę odpowiadającą wartości i zakresowi zamówienia. Z analogiczną sytuacją zamawiający miał do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zarówno wykonawca jak i podmiot udzielający mu doświadczenia śa-modzielnie wybudowali po 1 ścianie szczelinowej o parametrach określonych przez zamawiającego. Obaj byli więc zdolni do realizacji przedmiotu zamówienia, a chcąc spełnić postawiony warunek dotyczący doświadczenia zsumowali swoje potencjały jedynie w zakresie liczby prawidłowo wykonanych ścianek szczelinowych przez każdego z nich. Również w orzeczeniu z dnia 27 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 838/08) Izba uznała, iż bez względu na podział zadań wewnątrz konsorcjum, liczy się łączne uzyskane doświadczenie związane z wykonanym zamówieniem. W orzeczeniu tym, Izba przytoczyła także wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 grudnia 1999 r. (sygn. akt: C-176/98) w sprawie Holst Italia o treści, iż wykonawca, który sam nie spełnia wymogów zamawiającego, może powoływać się na sytuację innych podmiotów, z którymi wspólnie zamierza wykonywać zamówienie. Co więcej, za taką interpretacją ww. przepisu opowiedział się Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 12 maja 2006 r. (sygn. akt II Ca 489/06), w którym stwierdził, iż przepis art. 23 ustawy Pzp nie nakłada obowiązku na wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie, aby każdy z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum spełniał osobno wszystkie warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wręcz przeciwnie – funkcją tego przepisu jest to, by grupa przedsiębiorców mogła połączyć swe siły w celu łącznego sprostania wymogom zamawiającego i ubiegania się o zamówienie publiczne. Mając powyższe na uwadze, w rozpatrywanym stanie faktycznym wymóg wykazania się właściwym doświadczeniem w postaci przedstawienia co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na zrealizowaniu ściany szczelinowej dla obiektu budowlanego winien być spełniony przez jednego członka konsorcjum lub podmiot, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w całości, bądź przez dwóch przez wykazanie po jednym wykonanym zadaniu o odpowiednim zakresie i wartości.

Jednocześnie należy wskazać, iż odnośnie argumentu zamawiającego dotyczącego braku możliwości stosowania do każdej sytuacji identycznego modelu „sumowania” w przypadku warunku doświadczenia i w przypadku warunków, w których kwoty pieniężne bez problemu mogą być do siebie dodawane, stanowisko zajęła Komisja Europejska w piśmie z dnia 31 lipca 2009 r. Komisja Europejska uznała możliwość stawiania wymagań każdemu z członków konsorcjum, gdy warunek nie daje się sumować, jednakże jedynie w stosunku do warunku potencjału ekonomiczno-finansowego. W ww. piśmie KE wskazała, że płynność bieżąca jest klasycznym przykładem takiego warunku, którego nie można zsumować.

Ponadto, fakt, iż żaden z wykonawców nie złożył odwołania na tak sformułowany opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz to, że w postępowaniu wpłynęło 9 wniosków nie może stanowić okoliczności uzasadniającej niezgodne z ustawą Pzp działanie zamawiającego oraz w żaden sposób nie konwaliduje wadliwych czynności zamawiającego w tym zakresie. Nie sposób również pominąć faktu, że konsekwencją tak postawionego warunku udziału w postępowaniu było wykluczenie jednego z wykonawców z postępowania.

Uchwałą z dnia 22 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 83/2010) Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego.

KU/194/10

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu sekcja III.2.3) Zdolność techniczna pkt 1 lit b. Zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w postaci wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków robót budowlanych polegają-

cych na realizacji co najmniej jednej inwestycji budowlanej o wartości robót minimum 30 000 000,00 PLN netto zrealizowanej według warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych finansowanych ze środków Unii Europejskiej.

Art. 22 ust. 4 ustawy stanowi, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 ww. artykułu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy). Należy podkreślić, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis warunków związany z przedmiotem zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiego ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis warunków powinien być również proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czyli innymi słowy adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego.

Oznacza to, że podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Ustalone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, natomiast nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych (również potencjalnych) wykonawców.

Ustanowiony przez zamawiającego warunek wykazania się przez wykonawców realizacją co najmniej jednej inwestycji budowlanej o wartości robót minimum 30 000 000,00 PLN netto zrealizowanej według warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych finansowanej ze środków Unii Europejskiej, mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w realizacji inwestycji budowlanych porównywalnych z przedmiotem zamówienia, lecz wykonywane przez nich roboty budowlane nie były współfinansowane ze środków Unii Europejskiej. O doświadczeniu wykonawcy świadczy wielkość, stopień, złożoność inwestycji, której realizacją może się wykazać, nie zaś sposób jej finansowania. Ponadto, odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego przedstawionych w piśmie z dnia 25 października 2010 r., należy stwierdzić, iż fakt wymagania w przedmiotowym zamówieniu wystawienia przez wykonawcę, w celu przygotowania prawidłowego wniosku o płatność, dokumentów potwierdzających wykonanie prac, jak i harmonogramu rzeczowo-finansowego kontraktu nie uzasadnia postawienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Przedstawianie dokumentów potwierdzających realizację prac, tj. dokumentów księgowych i protokołów zdawczo-odbiorczych nie jest cechą wyróżniającą zamówienia współfinansowane ze środków unijnych, ale występuje przy każdej inwestycji budowlanej. Stąd wykonawca, który wykazałby doświadczenie w prawidłowej realizacji podobnych inwestycji do przedmiotu zamówienia, tym samym potwierdziłby swoją zdolność do wystawienia w sposób prawidłowy tego typu dokumentów. W odniesieniu zaś do harmonogramu rzeczowo-finansowego kontraktu i jego zgodności z harmonogramem rzeczowo-finansowym projektu trudno uznać, iż tylko wykonawca realizujący inwestycje współfinansowane ze środków unijnych będzie potrafił sporządzić prawidłowo ww. dokument, zwłaszcza że rozliczenia projektów w ramach różnych programów, a nawet działań różnią się od siebie.

Powyższe stanowisko podzieliła również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 12 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/KD 43/09, wypowiadając się w kwestii podobnie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu, tj. realizacji inwestycji współfinansowanych ze środków pochodzących z zagranicy (Unia Europejska, Mechanizm Finansowy EOG, Norweski Mechanizm Finansowy, Bank Światowy, itp.). KIO wskazała

w ww. uchwale, iż stawianie takiego warunku nie znajduje żadnego uzasadnienia, a jedynie stanowi przeszkodę w możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez podmioty, które nie mogą wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu usług, których źródło finansowania było inne niż krajowe.

Należy także zwrócić uwagę na wyniki audytu Komisji Europejskiej z 2005 r. dotyczącego projektów Funduszu Spójności, w którym Komisja Europejska m.in. podniosła niezasadność stawiania przez beneficjentów warunku doświadczenia w projektach współfinansowanych ze środków UE.

Wymóg określony w ogłoszeniu mógł zatem prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

KU/208/10

Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu oraz § 6 pkt 1 ppkt 2 i 3 SIWZ zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w postaci wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 20 usług na terenie EOG oraz wykazania się przez osoby proponowane na stanowisko kierownika oraz Specjalisty ds. outplacementu zrealizowaniem usług/ projektów na terenie EOG.

W tym miejscu należy wskazać, iż art. 22 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 ww. artykułu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Należy podkreślić, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis warunków związany z przedmiotem zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis warunków powinien być również proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czyli innymi słowy adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego.

Oznacza to, że podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Ustalone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, natomiast nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych (również potencjalnych) wykonawców.

Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego w piśmie z dnia 16 listopada 2010 r., zamawiający wymagał, aby wykonawca oraz jego personel legitymował się ww. doświadczeniem, ponieważ usługi szkoleniowe lub doradcze świadczone w ramach przedmiotowego zamówienia stanowią dla przedsiębiorstw pomoc publiczną, która musi być udzielana zgodnie z zasadami obowiązującymi na terenie EOG. W ocenie zamawiającego, zasady realizacji dominującej części zamówienia (realizacja usług szkoleniowych lub doradczych dla przedsiębiorstw) dotyczą udzielania pomocy publicznej i wywodzą się z Rozporządzenia Komisji (WE) Nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za niezgodne ze wspólnotowym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych). Przedmiot zamówienia jest bardzo złożony i wymaga od wykonawcy i jego kadry co najmniej minimum znajomości zasad i prawa obowiązującego na terenie EOG, w szczególności zasad udzielania pomocy publicznej. W ocenie zamawiającego, udzielanie pomocy publicznej jest newralgicznym obszarem

w realizacji przedmiotowego zamówienia, obarczonym wysokim stopniem ryzyka. Ponadto, zamawiający dowodził, że stawiając powyższy warunek, wykluczył jedynie wykonawców, którzy z uwagi na brak niezbędnego doświadczenia, wiedzy i potencjału kadrowego mogliby zagrozić należytej realizacji usługi. Nieprawidłowości w udzielaniu pomocy publicznej skutkowałyby obowiązkiem wszczęcia i prowadzenia postępowań o odzyskanie nieprawidłowo udzielonej pomocy publicznej, zgodnie z ustawą o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. O zamówienie mogły się natomiast ubiegać podmioty spoza EOG pod warunkiem dysponowania wymaganym doświadczeniem oraz kadrami.

Odnosząc się do przywołanych powyżej argumentów zamawiającego należy przede wszystkim wskazać, iż zamawiający nie wykazał, że przedstawiony opis sposobu oceny spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia kadry jest niezbędny, tj. nie wykazał, że inni wykonawcy posiadający doświadczenie w świadczeniu tego samego rodzaju usług, tylko poza terenem EOG, nie byłiby w stanie wykonać tego zamówienia.

Przed wszystkim należy zauważyć, iż przywołane przez zamawiającego w ww. piśmie Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 800/2008 jest aktem powszechnie obowiązującym, dostępnym dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Z treści przywołanego rozporządzenia nie wynika jednakże, że istnieją podstawy do ograniczenia przez zamawiającego doświadczenia wykonawcy i jego kadry jedynie do obszaru EOG. Przepisy przywołanego rozporządzenia odnoszą się bowiem jedynie do warunków jakie muszą zostać spełnione, aby dany rodzaj pomocy mógł zostać uznany za zgodny ze Wspólnym Rynkiem, nie wprowadzają jednakże unormowań, które uzasadniałyby dokonanie przez zamawiającego powyższego opisu warunków udziału w kontrolowanym postępowaniu.

Należy także zwrócić uwagę na wyniki audytu Komisji Europejskiej z 2005 r. dotyczącego projektów Funduszu Spójności, w którym Komisja Europejska m.in. podniosła niezasadność stawiania przez beneficjentów warunku posiadania doświadczenia w realizacji projektów w Polsce. Analogicznie do stanowiska Komisji Europejskiej uznać należy za niedopuszczalne żądanie doświadczenia z jakiegokolwiek ograniczonego obszaru. Przedstawiony przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w postaci wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 20 usług na terenie EOG oraz wykazania się przez osoby proponowane na stanowisko kierownika oraz Specjalisty ds. outplacementu zrealizowaniem usług/ projektów na terenie EOG ogranicza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Powinien on zostać wyrażony w inny sposób, tj. tak, aby wykonawca posiadający doświadczenie i kadrami doświadczoną w projektach tego rodzaju – niekoniecznie realizowanych na terenie EOG – mógł się ubiegać o udzielenie zamówienia.

Dokonany przez zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu opis sposobu oceny spełniania warunku posiadania wiedzy, doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia należy uznać za nieproporcjonalny i ograniczający konkurencję, ponieważ ograniczył krąg potencjalnych wykonawców tylko do tych, którzy mieli doświadczenie i osoby doświadczone w realizacji konkretnych projektów na terenie EOG, mimo że inni wykonawcy byłiby w stanie świadczyć te usługi, gdyż dla zapewnienia zgodności ze szczególnymi wymaganiami dotyczącymi pomocy publicznej wystarczy zapoznać się z odpowiednimi regulacjami w tym zakresie i zastosować je podczas realizacji zamówienia. Tym samym ww. opis warunku udziału w kontrolowanym postępowaniu ograniczył dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy posiadają odpowiednią kadrami oraz wiedzę z zakresu zasad obowiązujących na terenie EOG, w tym udzielania pomocy publicznej (regulacje są ogólnodostępne), a nie mogą wykazać się zrealizowaniem usług na terenie EOG czy osobami, które wykonały tego typu usługi/projekty.

Wobec powyższego powyższym opisem sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz § 6 pkt 1 pkt 2 i 3 SIWZ zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

KU/23/10 – stan prawny sprzed nowelizacji (wszczęcie postępowania: listopad 2009 r.).

Warunki udziału w niniejszym postępowaniu dotyczące doświadczenia wykonawcy zostały ostatecznie sformułowane przez zamawiającego zmianami dokonanymi w dniu 20 listopada 2009 r. (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr 2009/S 226 – 323471) oraz w dniu 24 listopada 2009 r. (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr 2009/S 230-329452), tj. wykonawca miał wykazać, że:

- 1) W okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie, w którym przedmiot obejmował realizację robót budowlano-montażowych na obiektach zaliczanych w myśl załącznika do ustawy z dnia 7.7.1994 r. Prawo budowlane do: Kategorii IV o współczynniku wielkości obiektu 1.0 oraz Kategorii XVIII o współczynniku wielkości obiektu 2.5 oraz Kategorii XXV o współczynniku wielkości obiektu 2.0 oraz Kategorii XXII o współczynniku wielkości obiektu 1,5 oraz roboty budowlano-montażowe miały wartość łącznie nie mniejszą niż 60 000 000 PLN lub równowartość w innych walutach;
- 2) W okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie, w którym przedmiot obejmował wykonanie robót budowlano-montażowych na obiektach zaliczanych w myśl załącznika do ustawy z dnia 7.7.1994 r. Prawo budowlane do: Kategorii XVII o współczynniku wielkości obiektu 2.5 oraz Kategorii XXVI o współczynniku wielkości obiektu 2.0 oraz roboty budowlano-montażowe wykonywane były na obiekcie wpisanym do rejestru zabytków i miały wartość łącznie nie mniejszą niż 90 000 000 PLN lub równowartość w innych walutach.

W proteście z dnia 24 listopada 2009 r. wykonawca I. Sp. z o.o. zarzucał zamawiającemu nieprecyzyjne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w ww. zakresie, które pozostawia zamawiającemu pole do uznaniowej interpretacji spełniania ich przez wykonawców. Protestujący wskazywał, że powstają wątpliwości czy np. intencją zamawiającego w zakresie opisu warunków udziału jest oczekiwanie wykazania w ofercie robót budowlano-montażowych w zakresie określonych kategorii w ramach jednej umowy, czy też zamawiający dopuszcza możliwość łączenia obiektów w ramach różnych umów.

Podobne zarzuty zgłaszał wykonawca W. SA w proteście z dnia 24 listopada 2009 r. stwierdzając, że użycie między współczynnikami spójnika „oraz” oznacza, iż cechy te wykonawca musi wykazać łącznie (musi wykazać wykonanie robót na obiektach należących do wszystkich kategorii z załącznika). Protestujący wskazał na wątpliwości, czy zamawiający wymaga wykazania się jedną inwestycją obejmującą jeden obiekt spełniający wszystkie te cechy, czy jedną inwestycją obejmującą więcej niż jeden obiekt, tak by wszystkie cechy były wykazane w ramach inwestycji, czy wreszcie wykazania się dowolną liczbą inwestycji, tak jedynie, by wszystkie cechy (określone przez odesłanie do wszystkich kategorii z załącznika do ustawy rozumianych łącznie) były spełniane. Jednocześnie protestujący wskazał, że w jego ocenie niezasadnym byłoby wymaganie od wykonawców, aby wykazywali się wykonaniem jednej inwestycji (tym bardziej zaś jednego obiektu) spełniającej wszystkie postawione przez zamawiającego w warunku wymogi.

W odpowiedzi na protest wykonawcy W. SA zamawiający wyjaśnił, że z treści SIWZ wynika, iż spełnienie warunku nastąpi, gdy wykonawca wykaże się należytych wykonaniem co najmniej jednego zamówienia, którego przedmiotem były określone roboty na obiektach, dalej zaś wskazane zostało, jakie to są obiekty. Zdaniem zamawiającego sformułowanie „łącznie” użyte w końcowej części wskazuje też jednoznacznie, że sumowanie możemy odnieść do wartości robót budowlano-montażowych. Zgodnie z rozstrzygnięciem tego protestu, nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że wykonawca nie może się legitymować doświadczeniem z jednego obiektu, także z tego względu, że warunek dotyczy zamówienia (jednego) = inwestycji, a w ramach jednego zamówienia mogło być kilka obiektów. Z powyższego wynika, że zamawiający rozumiał jedno zamówienie jako jedną inwestycję.

W związku z powyższym, nie można uznać, że żądanie wykonania po jednej z robót wymienionej w każdej kategorii w ramach jednej inwestycji jest warunkiem koniecznym do weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji niniejszego zamówienia. Należy zauważyć, że wykonawca, który wykonałby te roboty w ramach kilku inwestycji również byłby w stanie prawidłowo wykonać to zamówienie. Powyższe twierdzenie jest uzasadnione tym bardziej, że są to roboty (np. w warunku pierwszym: kategoria XXII – place składowe, postojowe, elementy dróg, parkingi, kategoria IV – elementy dróg publicznych i kolejowych dróg szynowych, czy w warunku drugim: kategoria XVII – budynki handlu, gastronomii i usług, kategoria XXVI – sieci elektroenergetyczne, telekomunikacyjne, gazowe, ciepłownicze, wodociągowe, kanalizacyjne oraz rurociągi przesyłowe), które częstokroć są realizowane jako oddzielne inwestycje na rynku.

Dodatkowo należy zauważyć, że żądając wykazania każdej z robót wymienionych w danych kategoriach w ramach jednej inwestycji, zamawiający wykluczył możliwość spełnienia każdego z ww. dwóch warunków przez podmioty składające wspólną ofertę. Fakt, że roboty z danych kategorii miały być wykonywane w ramach jednej inwestycji, nie pozwalał bowiem na wykazanie każdej z tych robót lub kilku z nich odrębnie przez różnych członków konsorcjum. W ten sposób zamawiający dopuścił jedynie spełnienie każdego z ww. 2 warunków oddzielnie przez członków konsorcjum, ale już nie pozwalał na spełnienie każdego z nich (tj. robót wchodzących w skład każdego z nich) łącznie przez kilku konsorcjantów. Nawet bowiem w przypadku możliwości wykazania doświadczenia w tych robotach przez wiele firm, nie mogłyby one wspólnie wykazać, że roboty te były wykonywane w ramach jednego zamówienia (jednej inwestycji).

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego należy wskazać, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zauważyć należy, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest formułowanie warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób bowiem zamawiający wyznacza pewien zakres decydując o tym, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których droga ta będzie zamknięta. Jak podkreśla się w orzecznictwie warunki udziału w postępowaniu muszą być określone przez zamawiającego w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości (np. wyrok z dnia 9 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1368/08).

Art. 22 ust. 2 ustawy Pzp bezpośrednio wskazuje, że zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka natomiast sytuacja może mieć miejsce, gdy warunki zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie można ich uzasadnić potrzebami zamawiającego. W konsekwencji, sytuacja taka może doprowadzić do ograniczenia kręgu wykonawców mogących wykonać zamówienie. Tym samym, warunki stawiane przez zamawiającego potencjalnym wykonawcom powinny być odpowiednie do przedmiotu zamówienia publicznego i jego wartości. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Innymi słowy podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, czy też stopniem złożoności przedmiotu zamówienia i nie mogą naruszać podstawowych zasad udzielania zamówień.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający poprzez postawienie wymagania wykazania się doświadczeniem w ramach jednego zamówienia (jednej inwestycji), naruszył dyspozycję art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Sposób określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu miał wpływ na krąg zainteresowanych uczestnictwem w postępowaniu wykonawców, o czym świadczy rezygnacja wykonawców podnoszących ww. kwestie w protestach z ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz fakt,

że ostatecznie została złożona tylko jedna oferta (z ceną 324 137 529,35 zł przy wartości szacunkowej zamówienia – 186 000 000 zł).

Do wyniku ww. kontroli zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

Wnosząc zastrzeżenia do wyniku kontroli zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym za warunek naruszający uczciwą konkurencję uznawane jest wymaganie udokumentowania doświadczenia przez wykazanie robót budowlanych, dostaw lub usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia (tożsamych, identycznych). Zamawiający argumentuje, że w powyższym stanie faktycznym tego rodzaju naruszenie nie miało miejsca, ponieważ nie wymagał wykazania się przez wykonawców robotami tożsamymi z przedmiotem zamówienia, ale sformułował warunki udziału w sposób rodzajowo odpowiadający przedmiotowi zamówienia, poprzez odesłanie w postawionym warunku do wybranych kategorii obiektów występujących i opisanych w przedmiocie zamówienia. Zamawiający podkreśla, że zastosowane przez niego odesłanie do wybranych kategorii obiektów pozwala wykonawcom legitymować się doświadczeniem wobec jednego z obiektów należących do tej samej kategorii, niekoniecznie zaś takim samym jak ujęty w opisie przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu uniemożliwienia wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w realizacji wymaganych robót w ramach kilku umów zamawiający powołuje się na wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 818/08, 819/08), zgodnie z którym „dopuszczenie możliwości sumowania wartości usług, realizowanych w wyniku zawarcia różnych umów oznaczałoby sprowadzenie warunku wykazania posiadanego doświadczenia do wykazania, że wykonawca świadczył w okresie trzyletnim przed dniem wszczęcia postępowania usługi odpowiadające rodzajowo przedmiotowi zamówienia i w tym okresie uzyskał z tego tytułu wynagrodzenie, co najmniej równe wartości granicznej, żądanej przez zamawiającego w danym postępowaniu o zamówienie publiczne. Bez znaczenia pozostawałaby skala poszczególnych usług, jak i początkowa data wykonywania usługi”. Zamawiający przyznaje, że z zasady na rynku mamy do czynienia z zamówieniami opiewającymi na „jednorodny” zakres prac, jednak jego zdaniem suma takich doświadczeń nie jest adekwatną miarą dla osiągnięcia celu, dla którego warunek został postawiony, tzn. racjonalnego zapewnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia wykonania zamówienia. Zdaniem zamawiającego wykonawca, który byłby w stanie wykazać się wykonaniem robót wymienionych w wymaganych kategoriach w ramach różnych inwestycji, nie dawałby rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia. Zamawiający podnosi również, że z uwagi na złożoność architektoniczną przedmiotu zamówienia, stanowiącego zbiór kilku obiektów, sformułowany przez niego w powyższy sposób warunek jest w pełni uzasadniony. Doświadczenie w realizacji każdego z takich obiektów oddzielnie, bez niezmiernie istotnych w tym przypadku wzajemnych zależności występujących w czasie realizacji inwestycji zamawiający uznaje za niewystarczające.

Zamawiający podnosi, że chcąc maksymalnie rozszerzyć krąg potencjalnych wykonawców, wymagał legitymowania się doświadczeniem z wykonawstwa po jednym elemencie z każdej wymaganej kategorii, które jego zdaniem wskazują na istotne i mierzalne cechy doświadczenia wykonawcy z realizacji obiektów podobnych z przedmiotem zamówienia.

Ponadto zamawiający powołał orzecznictwo KIO, zgodnie z którym członek konsorcjum może wykazać doświadczenie w zakresie robót realizowanych przez całe konsorcjum. W związku z powyższym, zdaniem zamawiającego, nieprawdziwy jest wniosek zawarty w Informacji o wyniku kontroli, że różnych kategorii robót wchodzących w zakres jednej inwestycji nie mogliby oddzielnie wykazać wykonawcy składający ofertę wspólnie.

Zamawiający stwierdził też w zastrzeżeniach, że fakt złożenia jednej oferty w postępowaniu, wynikał z krótkiego terminu realizacji inwestycji, nie zaś z nadmiernych warunków udziału w postępowaniu oraz, że różnica między ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia (odpowiednio: ponad 324 mln zł

i 186 mln zł), spowodowana była niedoszacowaniem wartości zamówienia przed etapem składania pytań przez wykonawców. Zamawiający wskazał także, że omawiany warunek udziału w postępowaniu był przedmiotem rozstrzygnięcia KIO na skutek odwołania wniesionego przez W. SA.

Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że twierdzenie zamawiającego, iż wykonawca, który zsumowałby doświadczenie zdobyte w ramach kilku inwestycji nie dawałoby rękojmi właściwego wykonania zamówienia, nie zostało poparte żadnymi dowodami. Powołany przez zamawiającego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został wydany na gruncie odmiennego stanu faktycznego niż dotyczący przedmiotowego postępowania. Dotyczył on bowiem postępowania, w którym przedmiotem były usługi powszechnie dostępne, powtarzające się okresowo, o małym stopniu złożoności, jakimi są usługi sprzątaniam. Ponadto, jak wskazano w uzasadnieniu powoływanego orzeczenia, w SIWZ nie zostało sprecyzowane jaki zakres i przeznaczenie zamawiający będzie uznawał za „zbliżone” do zakresu i przeznaczenia zamówienia, a ponadto zamawiający nie przewidział także w treści SIWZ, podania przez wykonawców powierzchni objętych sprzątaniam w ramach uprzednio realizowanych usług. Tak więc w postępowaniu, którego dotyczy wskazane przez zamawiającego orzeczenie wartość usług była jedynym kryterium weryfikacji spełniana przez wykonawców warunku doświadczenia i zsumowanie wartości kilku czy kilkunastu usług mogłoby faktycznie uniemożliwić właściwą ocenę spełniania warunku doświadczenia. Stan faktyczny z wyżej powołanego wyroku KIO w żadnym stopniu nie odzwierciedla jednak stanu faktycznego postępowania objętego kontrolą uprzednią i nie może uzasadniać kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do powyższego nie można również uznać za słuszne podnoszone przez zamawiającego zastrzeżenia dotyczące stwierdzonego w toku kontroli utrudnienia przez ww. warunek ubiegania się o udzielenie zamówienia przez członków konsorcjum. Zamawiający twierdzi, że podmioty takie będą znajdowały się w korzystniejszej sytuacji, co wynika z istoty konsorcjum i sposobu badania spełniania warunku odnoszącego się do doświadczenia względem konsorcjum czy też doświadczenia uzyskanego w ramach konsorcjum. Zamawiający powołuje tu orzecznictwo dotyczące możliwości wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum. Należy jednak zauważyć, że możliwość taka nie ma znaczenia w przedmiotowej sprawie. W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono bowiem, że fakt wykonania różnych rodzajowo robót w ramach jednego zamówienia (inwestycji) nie pozwala na wykazanie tych robót oddzielnie przez członków konsorcjum składających wspólną ofertę. Argumentacja zamawiającego i przywołanie orzecznictwa KIO nie zmienia więc faktu, że nawet firma wykazująca doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, ale w zakresie tylko części robót składających się na dany warunek, nie będzie w stanie spełnić tego warunku składając ofertę wspólną z inną firmą mogącą wykazać pozostałe roboty składające się na ten warunek, ponieważ roboty te nie będą zrealizowane w ramach jednego zamówienia (inwestycji) – jak żądał tego zamawiający. Tym samym nawet wykazanie doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum, jeżeli nie obejmowało ono wszystkich rodzajów robót w ramach jednego zamówienia, nie umożliwiło wykonawcom w niniejszym postępowaniu spełnienia każdego z warunków łącznie poprzez złożenie oferty wspólnej. Dlatego też argumentacja zamawiającego w tym zakresie nie ma wpływu na wnioski zawarte w Informacji o wyniku kontroli.

Należy tutaj podkreślić, że zgodnie ze stanowiskiem KIO, zaprezentowanym m.in. w wyroku z dnia 18 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 86/07) „oczywistym jest, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia winni być względem siebie komplementarni. Celem art. 23 ust. 1 Pzp jest zatem umożliwienie grupie wykonawców połączenia ich potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego i finansowego w sytuacji, gdy każdy z osobna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego. W orzecznictwie i piśmiennictwie co do zasady przyjmuje się, że warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp mogą spełniać wspólnie wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (suma potencjałów wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia)”. W powyższym stanie faktycznym komplementarność doświadczenia wykonawców jest trudna

do osiągnięcia, ponieważ ogranicza się jedynie do możliwości wykazania spełnienia każdego z warunków oddzielnie przez członków konsorcjum, nie dopuszcza natomiast sumowania ich doświadczeń w celu łącznego spełnienia każdego z nich.

W tym miejscu należy podkreślić, że tak sformułowany warunek eliminuje z postępowania o udzielenie zamówienia nawet doświadczonych wykonawców, mogących wykazać się realizacją złożonych inwestycji, których zakres obejmował np. 3 spośród 4 wymaganych przez zamawiającego kategorii, uniemożliwiając im ubieganie się o udzielenie zamówienia zarówno samodzielnie, jak i w ramach konsorcjum. O powyższym świadczy fakt, iż na rynku całej Unii Europejskiej tylko dwie firmy działając w ramach konsorcjum były w stanie spełnić postawione warunki i złożyć w niniejszym postępowaniu jedyną ofertę.

Należy przy tym zauważyć, że treść przepisu art. 22 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, iż dla naruszenia ustanowionego w powyższej normie zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby naruszać zasadę uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Teza ta znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku z dnia 4 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 749/08), w którym Izba stwierdza ponadto, że zachowanie uczciwej konkurencji jest badane pod kątem kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu, a wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia nie powinni być eliminowani z postępowania na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Fakt złożenia jednej oferty w postępowaniu, w świetle wniesionych protestów i znacznie większej liczby ofert w innych postępowaniach na roboty budowlane ogłoszonych w ostatnim okresie, świadczy o naruszeniu przez zamawiającego uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do argumentu zamawiającego, że stawiany warunek był przedmiotem orzeczenia KIO, zapadłym w wyniku wniesienia odwołania przez W. SA (wyrok z dnia 4 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1846/09), w którym KIO oddaliła zarzuty odwołującego się, należy zauważyć, że zarzuty zawarte w odwołaniu W. SA nie dotyczyły konkretnie kwestii żądania wykazania się wykonaniem różnych robót w ramach jednej inwestycji, zatem orzeczenie KIO nie dotyczyło kwestii podnoszonych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że to nie warunki udziału w postępowaniu miały wpływ na krąg oferentów i złożenie oferty tylko przez jednego wykonawcę, ale termin wykonania zamówienia, który został sztywno określony w związku z tym, że projekt ten ma bezpośredni związek z Mistrzostwami Europy w Piłce Nożnej UEFA – EURO 2012, jest zatem inwestycją priorytetową i wykonawcy muszą być przygotowani na terminowe wykonanie prac. Argument ten nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy, ponieważ zarzut dotyczący wskazanego przez zamawiającego terminu wykonania zamówienia nie był przedmiotem żadnego z wnoszonych protestów. Warunki udziału w postępowaniu były natomiast przedmiotem protestów wykonawców, w tym także w zakresie dotyczącym konieczności wykazania różnych robót w ramach jednego zamówienia.

Odnosząc się do kolejnego argumentu zamawiającego, że porównywanie wartości szacunkowej i wartości oferty jest niemiarodajne, ponieważ wartość szacunkową zamówienia podaje się bez podatku od towarów i usług, a ponadto wartość zamówienia szacowana przed wszczęciem postępowania nie uwzględniała wniesionych w trakcie postępowania uwag samych wykonawców, jak i podmiotów, z którymi projekt był uzgadniany, w tym konserwatora zabytków, należy zauważyć, co następuje: zamawiający ustalił wartość szacunkową na 186 000 000 zł, zaś jedyna złożona oferta opiewała na 324 776 200,00 zł. (w wyniku poprawienia omyłek – 324 137 529,35 zł.). Zamawiający wskazuje, że w wyniku pytań wykonawców i uzgodnień miał świadomość, że wartość szacunkowa zamówienia będzie wyższa. W takiej sytuacji jednak kwota na sfinansowanie zamówienia, podana w dniu otwarcia ofert, czyli już po etapie pytań i uzgodnień, również powinna być odpowiednio wyższa. Tymczasem kwota na sfinansowanie zamówienia podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert (226 920 000,00 zł), a zatem z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych zmian, w dalszym ciągu jest znacząco niższa od ceny wybranej oferty. Świadczyć to może

o wykorzystaniu przez wykonawcę niewielkiej konkurencji, ze względu na warunki udziału w postępowaniu. Należy tu zauważyć, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Biorąc pod uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu złożona została jedna oferta, której cena zmusiła zamawiającego do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie ww. zamówienia (o ok. 30%) można mieć wątpliwości czy cel ten został w pełni osiągnięty.

Uchwałą KIO/KU 21/10 z dnia 1 kwietnia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń do opisanego powyżej wyniku kontroli.

Przykład 5 (KU/54/10) – stan prawny sprzed nowelizacji (wszczęcie postępowania: lipiec 2009 r.).

Jednym z warunków określonych przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu była konieczność osiągnięcia w okresie ostatnich 3 lat (2006, 2007, 2008), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, łącznego przychodu netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów, stanowiących roboty budowlane sklasyfikowane w sekcji F w dziale 45 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, ujętej w załączniku do Rozporządzenia w sprawie PKWiU lub odpowiadającej sekcji ujętej w Nomenklaturze Działalności we Wspólnocie Europejskiej (NACE) bądź Klasyfikacji Produktów wg Rodzajów Działalności (CPA), nie mniejszy niż 200 000 000,00 zł. (dla zadania 1), 400 000 000,00 zł (dla zadania 2). Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy przedstawić mieli sprawozdanie finansowe albo inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności (w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego), potwierdzające wysokość osiągniętego przychodu w latach 2006, 2007, 2008. W toku kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, w jaki sposób ze sprawozdań finansowych wykonawców zamawiający odczytywał przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów zawartych w sekcji F, dziale 45 PKWiU (z jakich konkretnie pozycji i skąd zamawiający wiedział, że te pozycje w sprawozdaniach finansowych dotyczą wyłącznie przychodu ze sprzedaży tych konkretnych robót). W odpowiedzi, zamawiający udzielił wyjaśnienia, że dokumentem wyjściowym do wyliczenia tego przychodu był „rachunek zysków i strat” za poszczególne lata obrotowe – pozycja „przychody netto ze sprzedaży produktów i usług”. Dodał, że informacje dotyczące struktury rzeczowej sprzedaży znajdują się również na różnych poziomach szczegółowości, w pozostałych częściach sprawozdania finansowego, tj. we wprowadzeniu do sprawozdania finansowego, w dodatkowych informacjach i objaśnieniach, w notach księgowych, w sprawozdaniach zarządu oraz w załączonych raportach z badania sprawozdania finansowego przez biegłego rewidenta. Jednocześnie, zamawiający dodał, że w przypadku sprawozdań 6 wykonawców „nie można było ustalić potrzebnych danych, wówczas zamawiający wzywał wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4”.

Analizując niniejszy stan faktyczny, należy zauważyć, że dokumenty jakich zażądał zamawiający na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku, tj. sprawozdanie finansowe albo inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności, nie muszą w swej treści zawierać informacji dotyczących przychodu ze sprzedaży ww. konkretnych robót. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że w niniejszym postępowaniu zamawiający wezwał sześciu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia powyższego warunku, gdyż z dokumentów załączonych do ofert przez nich złożonych informacje te nie wynikały.

Z powyższego wynika, że warunek postawiony przez zamawiającego sformułowany był w sposób nie pozwalający na jednoznaczną ocenę jego spełnienia przez wykonawców, z uwagi na to, iż dokumenty jakich zamawiający może żądać zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605 ze zm.), nie zawierają odpowiednich informacji (w zakresie przedmiotowego warunku). Na-

leży przy tym zwrócić uwagę na cel żądania dokumentów w postępowaniu – potwierdzenie opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Warunek zaś powinien być opisany jasno i precyzyjnie, tak aby weryfikacja jego spełnienia odbywała się w sposób obiektywny. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający formułuje warunek, którego spełnienia nie można zweryfikować na podstawie dokumentów wymienionych w ww. rozporządzenia. Tym samym, warunek nie może być opisany w sposób wywołujący niepewność co do jego spełnienia przez wykonawców, ze względu na to, że w żądanych przez zamawiającego dokumentach (tu w sprawozdaniu finansowym) wymaganych przez zamawiającego informacji nie zawiera się. W takich bowiem okolicznościach, ocena spełnienia tego warunku byłaby uznaniowa.

Rozważając treść przedmiotowego warunku w kontekście problemu jego weryfikacji w oparciu o żądane dokumenty, należy zauważyć, że określany przez zamawiającego opis warunków udziału w postępowaniu jest rozwinięciem warunków ogólnie sformułowanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca dał zamawiającemu możliwość swobodnego (co rzecz jasna nie oznacza dowolnego, naruszającego ramy uczciwej konkurencji) wyrażenia oczekiwań w stosunku do wykonawców w okolicznościach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający zatem wszczynając postępowanie, dokonać powinien konkretyzacji ogólnych warunków art. 22 ust. 1 w sposób, który pozwoli mu dokonać obiektywnej klasyfikacji wykonawców – dopuścić do postępowania tych, którzy spełniają oczekiwania zamawiającego i wyeliminować wykonawców nie spełniających tych oczekiwań. Należy podkreślić, że aby klasyfikacja ta przebiegała w warunkach obiektywnych z zachowaniem uczciwej konkurencji, konieczne jest żądanie załączenia do oferty dokumentów, z których jednoznacznie wynikają informacje potwierdzające spełnienie postawionego warunku. W przeciwnym razie, nie jest możliwe obiektywne stwierdzenie, czy wykonawcy spełniają warunek czy też nie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zwrócił się do 6 wykonawców o wskazanie ich przychodu ze sprzedaży ww. robót, w wyniku czego część wykonawców udzieliła odpowiedzi wskazujących na konkretne kwoty, natomiast wykonawca B. dodatkowo wyjaśnił z jakich pozycji sprawozdania wyliczył wymagany przychód. W konsekwencji zamawiający nie zaakceptował wyjaśnień wykonawcy B. i wykluczył go z postępowania. Należy przy tym zauważyć, że zamawiający opierając się na ogólnych wyjaśnieniach innych wykonawców nie mógł mieć pewności, czy oni również nie brali pod uwagę kwot z pozycji sprawozdania, które nie dotyczyły przychodu ze sprzedaży wymaganych przez zamawiającego robót. Sytuacja ta potwierdza, że sposób opisanego przez zamawiającego ww. warunku w świetle dokumentów, których zamawiający mógł żądać od wykonawców, był nieprecyzyjny i umożliwiał subiektywną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Reasumując, zamawiający poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób niepozwalający na jego weryfikację w oparciu o żądane dokumenty, naruszył art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 3 pkt 1 *rozporządzenia*.

Do wyniku ww. kontroli zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

Uchwałą KIO/KU 44/10 z dnia 22 czerwca 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń do powyższego naruszenia.

KU/58/10 – stan prawny sprzed nowelizacji (wszczęcie postępowania: czerwiec 2009 r.).

Przedmiotem niniejszego postępowania jest dostawa 24 sztuk tramwajów przegubowych napędzanych silnikami prądu zmiennego. Zamawiający w SIWZ wymagał, aby w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia

postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należy wykonać dostawę co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych, napędzanych silnikami prądu zmiennego. Zgodnie z treścią art. 22 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Innymi słowy podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Określone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byłoby w stanie wykonać zamówienie. Należy przy tym zauważyć, że art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia.

Nie bez znaczenia jest także fakt, iż niniejsze zamówienie będzie współfinansowane ze środków Unii Europejskiej. Oznacza to, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu należy interpretować również przez pryzmat praktyki wypracowanej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości na gruncie stosowania prawa UE. Przykładowo wskazać można orzeczenie ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN AG / Wienstrom GmbH*, gdzie zostało stwierdzone, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremnieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję. Nie można uznać, że postawiony w przedmiotowym postępowaniu warunek wykazania doświadczenia w zakresie należyście zrealizowanych dostaw co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych, został określony na poziomie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia. Przede wszystkim nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na dostawie 24 ww. pojazdów, jest niezbędnym posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia co najmniej takiej samej liczby tych pojazdów. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca mający doświadczenie w dostarczeniu mniejszej liczby tego rodzaju pojazdów, byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich pojazdów oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia. Te czynniki natomiast nie są zależne od liczby dotychczas wykonanych pojazdów, gdyż można je wykazać już po jednorazowej realizacji i dostawie wymaganego pojazdu. Tym samym dla wykazania zdolności do wykonania zamówienia w zakresie dostawy 24 pojazdów, nie jest niezbędne posiadanie wiedzy i doświadczenia w realizacji również co najmniej 24 takich pojazdów.

Podobne stanowisko zostało zawarte w zapadłym w niniejszym postępowaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2009 r. (Sygn. akt KIO/UZP 1053/09). Wprawdzie odwołujący nie podniósł zarzutu dotyczącego liczby wymaganych tramwajów w opisie warunku doświadczenia niemniej jednak KIO w uzasadnieniu wyroku dodała, że „niezasadne jest postawienie warunku udziału – równego wykazaniem zrealizowanych dostaw, na poziomie liczby tramwajów, odpowiadających ściśle przedmiotowi zamówienia (24 sztuki), którego to zarzutu, ostatecznie przy formułowaniu swoich żądań, odwołujący nie podtrzymał. Świadczy to w ocenie Izby o wymaganii wykazania doświadczenia tożsamego, a nie odpowiadającego swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Wykonawca, który wykonał np. 20 wagonów, zdolny będzie wykonać je zarówno w liczbie 24 sztuk. Ponadto, skoro liczba zrealizowanych dostaw stanowi element oceny, a wyko-

nawca legitymujący się większą liczbę dostarczonych tramwajów, otrzyma stosowną punktację, zwiększając tym samym swoje szanse zakwalifikowania się do etapu zaproszenia do złożenia oferty, to w ten sposób wymienione kryterium uwzględnienia liczbę udokumentowanych dostaw, zostało uwzględnione”.

Stawianie zatem wymogu, aby wykonawca wykonał w przeszłości co najmniej taką samą liczbę dostaw, jak przy udzielanym zamówieniu, nie służy w istocie potwierdzeniu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, lecz potwierdzeniu tego, czy potencjał techniczny i kadrowy wykonawcy gwarantuje realizację przedmiotowego zamówienia. W tym celu zaś zamawiający powinien żądać innych dokumentów, jak choćby dotyczących liczby pracowników, kwalifikacji kadry, czy sprzętu, jakim dysponują wykonawcy, itp. Powyższe jest szczególnie istotne w przypadku udzielania zamówień publicznych o charakterze niestandardowym, a z takim właśnie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Wobec powyższego, wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych jak w udzielanym zamówieniu, należy uznać za warunek nadmierny, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom. Wymóg taki zatem stanowi naruszenie art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Do ww. naruszenia zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu. Uchwałą KIO/KU 39/10 z dnia 4 czerwca 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń do powyższego naruszenia.

KND/35/10 – stan prawny sprzed nowelizacji (wszczęcie postępowania: lipiec 2009 r.).

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest zagospodarowanie terenu przy Szpitalu Powiatowym w G. w ramach realizowanej inwestycji pn. ZOZ w G. – rozbudowa Szpitala Rejonowego w G. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 3 432 581,20 zł. Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, iż wykonał minimum dwa obiekty szpitalne o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł każdy.

W wyjaśnieniach w odpowiedzi na prośbę o ustosunkowanie się do zarzutu naruszenia przepisów ustawy poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, tj. żądanie wykazaniem się wykonaniem minimum dwóch obiektów szpitalnych o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł każdy, który mógł ograniczać uczciwą konkurencję zamawiający wyjaśnił, że ww. warunek ustalony został na poziomie minimalnych kwot płaconych za wykonanie tego rodzaju robót budowlanych (tj. na podstawie wartości modernizowanych nowo budowanych obiektów szpitalnych, których kwoty wynosiły ponad 10 000 000,00 zł) oraz wartości inwestycji zlecanej do wykonania. Ponadto, zamawiający zaznaczył, iż wziął pod uwagę minimalną wartość prac modernizacyjnych potencjalnych obiektów szpitalnych. W opinii zamawiającego wykazanie się takimi robotami dawało największą gwarancję i pewność, że dana inwestycja będzie wykonana prawidłowo, w wyznaczonym czasie i zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie szczególnymi przepisami. Zamawiający wskazał, że poprzez powyższy warunek nie ograniczał kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, lecz chciał uzyskać pewność, że dana inwestycja zostanie sprawnie i niezwykle szybko wykonana. Zamawiający jednocześnie podkreślił, że potencjalni wykonawcy, którzy uważaliby, że są w stanie wykonać zamówienie, a nie spełnialiby wymogów postawionych w SIWZ mieli możliwość skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej. Jednakże, jak wskazał zamawiający żaden z potencjalnych wykonawców nie wniósł protestu ani pytań co do warunków udziału w postępowaniu. Reasumując, zamawiający podkreślił, że przyjęte rozwiązania sprawdzą się w praktyce, co potwierdza należyte i terminowe wykonanie umowy i osiągnięcie zakładanych w niej rezultatów.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Innymi słowy podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakte-

rystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Określone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Należy przy tym zauważyć, że art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, nie zaś wyłącznie ci wykonawcy, którzy spełniają wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie istotne jest funkcjonalne powiązanie tych warunków z obiektywną możliwością realizacji postawionego przed potencjalnymi wykonawcami zamówienia. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 235/09), w którym stwierdzono, że: *Stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne, adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą stawiać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich*. Precyzując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien opierać się na obiektywnych i miarodajnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu dopuszczeni byli wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia i jednocześnie określenie warunków nie doprowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Zatem określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający jest ściśle związany przedmiotem i wartością zamówienia. Innymi słowy, warunki te powinny być formułowane w granicach, jakie wyznacza przedmiot (zakres) świadczenia wykonawcy zawarty w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Analizując przedmiotową sprawę należy mieć na uwadze fakt, iż wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia określona została na kwotę 3 432 581,20 zł, tj. prawie trzykrotnie mniejszą od wartości tylko jednego z dwóch obiektów, których wykonaniem miał się wykazać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Ponadto, wskazać należy, że bez wątpliwości pozostaje okoliczność, że na rynku działa wiele podmiotów realizujących roboty budowlane w przedmiotowym zakresie, zatem fakt, iż przedmiotowym zamówieniem zainteresowanie wykazał tylko jeden wykonawca, przemawia za okolicznością, że wymagania postawione przez zamawiającego zostały sformułowane w sposób nieprawidłowy i wygórowany. Jednocześnie, zauważyć należy, że wymóg wykazania się wykonaniem dwóch obiektów szpitalnych jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, który miał na celu wykonanie robót polegających na zagospodarowaniu terenu przy Szpitalu, a nie jego budowę. Tym samym wymagania postawione przez zamawiającego w zakresie doświadczenia w realizacji dwóch obiektów szpitalnych o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł każdy, przy wartości szacunkowej zamówienia określonej na kwotę 3 432 581,20 zł należy uznać za nieproporcjonalne do wartości szacunkowej zamówienia oraz nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Wymagania takie, w sposób nieuzasadniony, mogły ograniczyć dostęp do przedmiotowego zamówienia wykonawcom, którzy nie wykonali robót budowlanych o wartości wymaganej przez zamawiającego, jednakże również byliby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. W konsekwencji powyższe działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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

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

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

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

Jednym z priorytetów Agencji jest promowanie postaw innowacyjnych oraz zachęcanie przedsiębiorców do stosowania nowoczesnych technologii w swoich firmach. W Agencji działa ośrodek sieci Enterprise Europe Network, który oferuje przedsiębiorcom informacje z zakresu prawa Unii Europejskiej oraz zasad prowadzenia działalności gospodarczej na Wspólnym Rynku. PARP jest inicjatorem utworzenia **Krajowego Systemu Usług**, który pomaga w zakładaniu i rozwijaniu działalności gospodarczej. Partnerami regionalnymi PARP we wdrażaniu wybranych działań są **Regionalne Instytucje Finansujące (RIF)**.

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

Najważniejszymi zadaniami Urzędu są:

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

Urząd Zamówień Publicznych prowadzi również działalność informacyjno-edukacyjną adresowaną do uczestników rynku zamówień publicznych, w tym przede wszystkim zamawiających i wykonawców. W ramach tej działalności realizuje szkolenia, konferencje i seminaria oraz przygotowuje publikacje.

PARP

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

Punkt informacyjny PARP

tel.: + 48 22 432 89 91-93
 0 801 332 202
info@parp.gov.pl
 ISBN 978-83-7633-027-3

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a
 02-676 Warszawa
 tel.: + 48 22 458 77 77
 faks: + 48 22 458 77 00
www.uzp.gov.pl