

Historia pewnego protestu ... bardzo pouczająca.

W marcu 2005 roku Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie ogłosiła przetarg nieograniczony na dostawę druków i formularzy służbowych. Wartość zamówienia nie przekraczała równowartości 60 tys. euro. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono na stronie internetowej zamawiającego oraz na tablicy ogłoszeń (w miejscu ogólnie dostępnym dla osób postronnych).

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto między innymi:

Opis warunków udziału w postępowaniu wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (pkt 8 SIWZ), cytuję:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, czyli:

- *posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności:
 - *prowadzą działalność zgodną z przedmiotem zamówienia,**
- *posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia*
- *znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;*
- *nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 i 2 ustawy).*

Ocena spełniania w/w warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia – nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w pkt 9 niniejszej SIWZ. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż w/w warunki wykonawca spełnił. Uzupełnienie wymaganych dokumentów nie jest możliwe po upływie terminu składania ofert, chyba, że ich nie uzupełnienie skutkowało by unieważnieniem postępowania.

Nie spełnienie chociażby jednego z w/w warunków skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania”;

oraz

Informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (pkt 9 SIWZ), cytuję:

„Oferta musi zawierać następujące dokumenty i oświadczenia:

- 1) *aktualny odpis z właściwego rejestru lub aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, potwierdzające, że wykonawca prowadzi działalność zgodną z przedmiotem zamówienia,*
- 2) *oświadczenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone w art. 22 ust. 1 ustawy (oświadczenie o spełnianiu w/w warunków zawarte jest w formularzu ofertowym – załącznik nr 1 do SIWZ. Podpisanie formularza ofertowego przez uprawnionego przedstawiciela wykonawcy będzie rozumiane jako potwierdzenie spełniania warunków),*
- 3) *aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,*

- 4) aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
- 5) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności, lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wyżej wymienione dokumenty muszą być złożone w formie oryginału lub kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub notariusza.

W przypadku nie złożenia wymienionych dokumentów zamawiający wykluczy wykonawcę zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy”.

Przytoczone zapisy SIWZ odegrały kluczowe znaczenie przy formułowaniu przez jednego z wykonawców treści protestu, którego historię chcę przedstawić.

Na ogłoszenie zareagowało czterech wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie złożyli swoje oferty. Komisja przetargowa po dokonanych badaniach i ocenie ofert uznała, że wykonawcy nie podlegają wykluczeniu oraz, że wszystkie oferty spełniają wymogi SIWZ.

Jedynym kryterium oceny ofert była cena, w związku z czym – jako że najtańsza – została uznana za najkorzystniejszą oferta Gospodarstwa Pomocniczego Komendy Wojewódzkiej Policji w Białymstoku. Taki wybór zatwierdził kierownik zamawiającego, o czym niezwłocznie poinformowano wszystkich wykonawców.

W ustawowym terminie do zamawiającego wpłynął protest jednego z wykonawców (jego oferta cenowa zajmowała drugie miejsce w rankingu), w którym zarzucił zamawiającemu wybór najkorzystniejszej oferty z pogwałceniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Protestujący stwierdzał, że, cytując:

*„... Przy wyborze najkorzystniejszej oferty naruszone zostały przez Zamawiającego postanowienia punktu 9 SIWZ podającego informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 36 ust.1 pkt 9 w związku z art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych. We wspomnianym punkcie specyfikacji zamawiający wymagał dołączenia przez wykonawcę aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert potwierdzającego, że wykonawca prowadzi działalność zgodną z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie w tym samym punkcie specyfikacji zamawiający informuje uczestników postępowania, że w przypadku nie złożenia ww. dokumentów, bądź złożenia ich w niewłaściwej formie, zamawiający wykluczy wykonawcę zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Również w punkcie 13 b specyfikacji zamawiający przywołuje dokumenty jakie wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty. **Jednocześnie składający protest poddaje w wątpliwość możliwość zawarcia umowy o zamówienie***

publiczne pomiędzy dwoma jednostkami organizacyjnymi Skarbu Państwa”.

Nie wdając się w szczegóły, przytoczę krótki fragment z uzasadnienia protestu, który zobrazuje tło „konfliktu”:

„... Do oferty Gospodarstwa Pomocniczego KWP w Białymstoku został dołączony dokument o powołaniu Gospodarstwa Pomocniczego przez Komendanta Wojewódzkiego Policji w Białymstoku. Dokument ten nie jest dokumentem wymaganym przez Zamawiającego w przytoczonym punkcie 9 SIWZ. Narusza to postanowienia art. 44 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiące o obowiązku składania przez wykonawcę oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty. Zgodnie z art. 25 i art. 36 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający w SIWZ dokładnie sprecyzował jakie oświadczenia i dokumenty zobowiązani są wykonawcy dostarczyć. W opinii wnoszącego protest załączone dokumenty przez wykonawcę, którego oferta została wybrana nie spełniają wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ.

Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych zalicza się do sektora finansów publicznych.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych opublikowaną na oficjalnej stronie urzędu www.uzp.gov.pl, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wyłączają możliwość stosowania ustawy pomiędzy jednostkami organizacyjnymi Skarbu Państwa...” W tym miejscu przytoczone zostały fragmenty znanej wszystkim opinii. Dalej protestujący stwierdza, że: *„... W myśl cytowanej opinii UZP „z występowaniem co najmniej dwóch podmiotów nie będziemy mieli do czynienia w sytuacji występowania dwóch jednostek organizacyjnych Skarbu Państwa”, a takimi w przekonaniu wnoszącego protest jest zarówno Zamawiający jak również Gospodarstwo Pomocnicze KWP w Białymstoku. Art. 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych określa, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

W związku z niedostarczeniem dokumentów zgodnie z punktem 9 SIWZ oraz brakiem możliwości zawarcia skutecznej umowy o zamówienie publiczne wnoszący protest postuluje wykluczenie przez Zamawiającego z postępowania oferty Gospodarstwa Pomocniczego KWP w Białymstoku”.

Zamawiający oddalił protest, podając następujące uzasadnienie (zacytuję tylko istotne jego fragmenty):

„...Protestujący podnosi, iż przy wyborze najkorzystniejszej oferty naruszone zostały przez zamawiającego postanowienia punktu 9 SIWZ podającego informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 36 pkt 9 w związku z art. 25 ustawy. W opinii wnoszącego protest dokument złożony przez wykonawcę, którego oferta została wybrana nie spełnia wymagań stawianych przez zamawiającego w specyfikacji, gdyż wykonawca nie złożył ani zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej ani odpisu z właściwego rejestru a dokument o powołaniu Gospodarstwa Pomocniczego przez Komendanta Wojewódzkiego Policji w Białymstoku.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest tworzona w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz akty wykonawcze do niej. Dokumenty, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. W związku z cyt. rozporządzeniem Zamawiający określił w SIWZ, że dokumentem jaki należy dołączyć do SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu jest aktualny odpis z właściwego rejestru lub aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej potwierdzającą że wykonawca prowadzi działalność zgodną z przedmiotem zamówienia. Nie mniej jednak niemożliwym jest żądanie dokumentu, jeżeli takowego nie wymagają odrębne przepisy.

Gospodarstwo pomocnicze tworzy kierownik jednostki budżetowej i dokument w sprawie utworzenia wykonawca którego oferta została wybrana dostarczył.

... Wykluczenie wykonawcy dlatego, że nie podlega wpisowi do ewidencji działalności gospodarczej ani do rejestru sądowego byłoby w opinii zamawiającego naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych.

Składający protest poddaje pod wątpliwość możliwość zawarcia umowy o zamówienie publiczne pomiędzy dwoma jednostkami organizacyjnymi Skarbu Państwa. Protestujący powołuje się na opinię zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, która mówi, że zawarcie umowy stanowi czynność prawną o charakterze dwustronnym, do zawarcia której konieczne jest występowanie co najmniej dwóch niezależnych podmiotów posiadających zdolność prawną.

Protestujący pisze, że z występowaniem co najmniej dwóch podmiotów nie będziemy mieli do czynienia w sytuacji występowania dwóch jednostek organizacyjnych Skarbu Państwa, czyli KWP w Krakowie i Gospodarstwa Pomocniczego KWP w Białymstoku. Gospodarstwo pomocnicze jest podmiotem występującym w normalnym obrocie prawnym. Zamawiający nie może ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców tylko do tych, którzy posiadają odrębną osobowość prawną gdyż naruszyłoby to przepisy prawa o swobodzie działalności gospodarczej. Art. 28 ustawy o finansach publicznych mówi, że przy wydatkowaniu środków publicznych istnieje obowiązek kierowania się zasadą celowego i oszczędnego wydatkowania tych środków poprzez uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów. Mając na uwadze oba względy, zamawiający pragnie zaznaczyć, że dopuszczalne przez prawo jest zawarcie pomiędzy KWP a gospodarstwem pomocniczym porozumienia administracyjnego. Każde inne rozwiązanie mogłoby skutkować naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

W odniesieniu do Państwa żądania o wykluczenie Gospodarstwa Pomocniczego z przedmiotowego postępowania zamawiający pragnie zauważyć, iż na gruncie obowiązującego prawa zamówień publicznych nie znajduje podstawy prawnej do wykluczenia takiego podmiotu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

Protestujący nie przyjął argumentów przedstawionych mu przez Zamawiającego i wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zespół Arbitrów wyrokiem z dnia 2 czerwca 2005 r. (Sygn. akt UZP/ZO/0 -1138/05) unieważnił postępowanie, a kosztami postępowania obciążył Zamawiającego. Poniżej przytaczam ważniejsze fragmenty uzasadnienia wyroku:

"...Zdaniem Zespołu Arbitrów znaczenie decydujące dla prawidłowego rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma odpowiedź na pytanie, czy możliwe jest udzielenie zamówienia publicznego przez jednostkę Skarbu Państwa (KW Policji) innej jednostce (Gospodarstwo Pomocnicze KW Policji). Zespół Arbitrów uznał, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wyłączają możliwość stosowania ustawy o zamówieniach publicznych pomiędzy jednostkami organizacyjnymi Skarbu Państwa oraz jednostkami organizacyjnymi danej jednostki samorządu terytorialnego... itd. (cytowana jest w tej części uzasadnienia znana ze stron internetowych opinia UZP)Zespół Arbitrów uznają że z występowaniem co najmniej dwóch podmiotów nie będziemy mieli do czynienia w sytuacji występowania dwóch jednostek organizacyjnych Skarbu Państwa - co ma miejsce w niniejszej sytuacji. W tym przypadku będziemy mieli bowiem do czynienia tylko i wyłącznie z jednym podmiotem prawa a mianowicie Skarbem Państwa, który występuje poprzez swoje jednostki organizacyjne.

Powyższe wyklucza zatem możliwość uznania, iż w przypadku udzielenia zamówienia przez jednostkę organizacyjną Skarbu Państwa innej jednostce organizacyjnej Skarbu Państwa mamy do czynienia z zamówieniem publicznym w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych (tak op. cit. s.8)".

W dalszej części Zespół Arbitrów wskazał na treść uzasadnienia do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego kwestii rezygnacji z zapisów ws. wyłączenia stosowania ustawy do zamówień udzielanych w zakresie bieżącej obsługi zamawiającego gospodarstwom pomocniczym przez macierzyste jednostki budżetowe lub przez jednostki podległe (podporządkowane) jednostkom macierzystym oraz zakładom budżetowym przez podmioty, które te zakłady utworzyły.

Zespół Arbitrów stwierdził również, że Zamawiający pragnąc udzielić zamówienia publicznego Gospodarstwu Pomocniczemu mógł to zrobić z pominięciem procedur określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Wreszcie Zespół Arbitrów dowodzi, że postępowanie o zamówienie publiczne obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, cytując:

"... Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu (chodzi o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym prawną bezskuteczność (tak. T. Czajkowski w: "Prawo zamówień Publicznych Komentarz", UZP Warszawa 2004, s. 232-233).

Wady takie wymienia przykładowo przepis art. 146 ust. 1 ustawy Pzp traktujący o przesłankach nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis art. 146 ust. 1 pkt 6 stanowi, że umowa jest nieważna, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania. (Por. E. Norek, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Warszawa 2005, s. 195). Zdaniem Zespołu Arbitrów uwzględniając wskazane na wstępie twierdzenia, w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6.

Natomiast za nieuzasadnione Zespół Arbitrów uznał zarzuty odnoszące się do niespełnienia przez jednego z wykonawców - Gospodarstwo Pomocnicze warunków określonych w SIWZ. W tym zakresie Zespół Arbitrów podziela stanowisko wyrażone przez Zamawiającego zgodnie, z którym wykonawcy przedkładają takie dokumenty założycielskie, jakie wymagają od nich przepisy ustrojowe przewidziane dla danej formy prawnej podmiotu. W niniejszej sprawie takim dokumentem jest akt założycielski powołania gospodarstwa pomocniczego. Jest to równocześnie jedyny dokument tego podmiotu, który wskazuje na jego byt prawny.....".

Z całej tej historii Zamawiający wyszedł bogatszy o orzecznictwo, które pozbawiło go już wątpliwości czy może bez ograniczeń zamawiać wszelkie "dobra" u określonej grupy wykonawców. Szkoda tylko, że musiał za to "słono" zapłacić i to dosłownie bo z własnego budżetu. Czy aby jednak koszty tej nauki nie powinny być sprawiedliwie rozłożone również na protestującego, który przecież arbitraż w jego głównej części przegrał. Ale o tym zdecyduje już Sąd Okręgowy w Krakowie, do którego Zamawiający wniósł skargę na wyrok Zespołu Arbitrów.

Pojawia też wiele pytań, na które odpowiedzi nadal brak.

Co np. ma zrobić zamawiający, który otrzymał ofertę od wykonawcy będącego „Skarbem Państwa”; wykluczyć? – brak podstaw prawnych; może odrzucić ofertę? – wyraźnej podstawy prawnej również nie znajduję.

Czy należy więc poczekać do momentu rozstrzygnięcia; jeśli wygra inny wykonawca to „problem mamy z głowy”, sam się rozwiązał – ale czy na pewno. Bo jeśli wybrany wykonawca odmówi podpisania umowy, a drugim w kolejności jest np. opisywane Gospodarstwo Pomocnicze? Stosownie do logiki wyroku Zespołu Arbitrów należy takie postępowanie unieważnić.

A może to przysłowiowe Gospodarstwo Pomocnicze w sytuacji gdy zamawiającym jest również Skarb Państwa, nie ma prawa występować jako wykonawca w takim postępowaniu?

Opracował:

Janusz Gurgul

Ekspert Zespołu ds. Zamówień Publicznych
Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie