

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 kwietnia 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 24 marca 2023 r. zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Celowy Związek Gmin R-XXI, Nowogard

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 marca 2023 r., (znak: DKZP.WKZ3.442.106.2022.EG KND/105/22/DKZP) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia o wartości poniżej progów unijnych na:

budowa kwatery składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne wraz z niezbędną infrastrukturą i rozdzielnie kanalizacji ściekowej na terenie RZGO w Słajsinie (nr postępowania: DJ.271.16.2021)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Luiza Łamejko
	Anna Kuszel-Kowalczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego dotyczące naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego w informacji o wyniku kontroli zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako Prezes UZP) wszczął na wniosek z 30.11.2021 r., w dniu 26 lipca 2021 r., na podstawie art. 603 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp) kontrolę doraźną postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w którym zaproszenie do wzięcia udziału w postępowaniu zostało skierowane do wybranych wykonawców w dniu 15 listopada 2021 r.

Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej kontroli w informacji o wyniku kontroli z dnia 14.03.2023 r. stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 210 ust. 3 w zw. z art. 300 w zw. z art. 301 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia wykonawców w liczbie mniejszej niż wymagana przepisami ustawy Pzp, tj. mniejszej niż 3, czym zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia wszczęte zostało na podstawie art. 301 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Poprzedzało je wcześniejsze postępowanie przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, w którym złożone zostały trzy oferty i zawarta została w dniu 17.05.2021 r. umowa z wybranym wykonawcą – Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy. Ponieważ zamawiający odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, koniecznym stało się udzielenie zamówienia na zakończenie robót budowlanych stanowiących przedmiot zawartej umowy. Zamawiający na podstawie art. 301 ust 2 ustawy Pzp zaprosił do złożenia oferty dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu nieograniczonym. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarł umowę w dniu 9.12.2021 r.

Ponieważ postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia miało wartość poniżej progu unijnego dla robót budowlanych, w związku z odesłaniem zawartym w art. 300 ustawy Pzp, w zakresie w jakim przepisy działu III rozdział 4 oddział 3 ustawy Pzp nie stanowią inaczej, zastosowanie miały przepisy regulujące tryb negocjacje bez ogłoszenia powyżej progów unijnych. Ponieważ art. 300 – 302 ustawy Pzp nie precyzują kwestii minimalnej liczby wykonawców, których zamawiający zobowiązany jest zaprosić do negocjacji, niezależnie od podstawy wszczęcia postępowania w trybie negocjacje bez ogłoszenia niezbędne jest zachowanie ogólnego wymogu dotyczącego liczby wykonawców wskazanej w art. 210 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten ma zastosowanie niezależnie od wartości zamówienia, a zamawiający zobowiązany był zaprosić nie mniej niż 3 wykonawców, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2.

W kontroli uznano, iż regulacja szczególna dotycząca wykonawców zapraszanych do negocjacji zawarta w art. 301 ust. 2 ustawy Pzp, która odnosi się do sytuacji, w której podstawą wszczęcia postępowania jest przepis art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, oznacza, iż zamawiający zobowiązany jest do zaproszenia do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniejszym postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy, z którym została zawarta umowa, od której zamawiający odstąpił. Jednocześnie, w każdym przypadku, zgodnie z odesłaniem określonym w art. 300 ustawy Pzp, niezbędne jest zachowanie ogólnego wymogu dotyczącego liczby zaproszonych wykonawców, o którym

mowa w art. 210 ust. 3 Ustawy. Na tej podstawie wskazano, iż zaproszenie do negocjacji nie zostało wystosowane do ustawowo wymaganej liczby wykonawców. Zamawiający w toku kontroli nie przedstawił uzasadnienia wskazującego na specjalistyczny charakter zamówienia, które uzasadniać mogłoby zaproszenie do negocjacji dwóch wykonawców mogących je wykonać.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.

W piśmie z dnia 24.03.2023r., wniesionym do Prezesa UZP Zamawiający złożył zastrzeżenia.

Zamawiający wskazał na okoliczności dotyczące wszczęcia postępowania związane z odstąpieniem od zawartej umowy jednocześnie podkreślił, iż na etapie uprzednio prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego miał świadomość, że zamówienie ma charakter specjalistyczny. Jest to podyktowane szczególnymi obostrzeniami związanymi z ochroną środowiska, regulowanymi rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 19 marca 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie składowisk odpadów. Zamawiający opisał roboty, które musiały być dokończone, które w większości wpisują się w zakres robót specjalistycznych wymienionych w PKWiU. Ponadto, Zamawiający wskazał na pytania, jakie zadawali wykonawcy w przetargu nieograniczonym i wnioski o zmianę warunku doświadczenia w zakresie wykonania kwater składowiska odpadów, jako ograniczającego konkurencję do kilku wykonawców, którzy mogą wykazać się potrzebnymi referencjami. Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę warunku ponieważ ten został ustalony właśnie z uwagi na specjalistyczny charakter zamówienia.

Zamówienie udzielone wykonawcy wybranemu w przetargu nieograniczonym swoim zakresem obejmowało roboty budowlane specjalistyczne, od których wykonania odstąpił wykonawca Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. i w związku z tym zamówienie nie utraciło tego przymiotu w postępowaniu wszczętym następnie w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zamawiający uznał, iż w tych okolicznościach, ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia, liczba wykonawców mogących wykonać zamówienie była mniejsza od 3, na co wskazywać miał przetarg nieograniczony, w którym udział wzięło łącznie trzech wykonawców.

Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia podtrzymał w całości stanowisko dotyczące naruszeń wskazanych w informacji.

Pismem z dnia 4.04.2023 r. znak: DKZP.WKZ3.442.106.2022.EG dot. KND/105/22/DKZP Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli i nie uwzględnił zastrzeżeń.

W przedmiocie dotyczącym stwierdzonego naruszenia Prezes UZP wskazał na uzasadnienie, jakie podał zamawiający w protokole postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Jeżeli zamawiający ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia zapraszał do negocjacji tylko 2 wykonawców, w dokumentacji postępowania powinno znaleźć się uzasadnienie wskazujące na taki charakter zamówienia. Takiego uzasadnienia nie ma w przekazanej dokumentacji postępowania (zaproszenie do negocjacji, protokół postępowania, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, umowa). Zamawiający w toku kontroli powoływał się na przepis art. 301 ust. 2 ustawy Pzp, a jak wskazała Izba w uchwale z dnia 15 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 21/22), *jeżeli Zamawiający dokona wyboru takiego trybu, który jest wyjątkiem od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, ma obowiązek wykazania istnienia przesłanek do jego zastosowania, zaś podstawy i okoliczności, które leżały u podstaw udzielenia zamówienia w tym trybie winny być szczegółowo opisane i uzasadnione w dokumentacji prowadzonego postępowania. Nie można zatem powoływać się, jak to miało miejsce w sprawie, na podstawy prawne czy też okoliczności faktyczne, które nie zostały wprost wymienione w uzasadnieniu udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie. Tylko bowiem wprost wyartykułowane podstawy prawne i uzasadnienie faktyczne, które zamieścił Zamawiający w dokumentacji postępowania, są przedmiotem oceny czy to organów kontrolujących, czy też Krajowej Izby Odwoławczej.*

Niezależnie od powyższego Prezes UZP uznał, iż zamawiający nie wykazał, że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać była mniejsza niż 3. Zamawiający nie dokonał rozeznania rynku, a z dokumentacji wynika, iż zamówienie obejmuje powszechnie dostępne na rynku roboty budowlane. W odpowiedzi wskazano na przykładowe postępowanie prowadzone przez Miejski Zakład Oczyszczania Sp. z o.o. na budowę kwater składowiska odpadów wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach rozbudowy składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Trzebani, gm. Osieczna, w którym złożonych zostało 9 ofert.

Odnosząc się do podtrzymanego przez Prezesa UZP stanowiska Izba uznała, iż stanowiąca podstawę stwierdzonego naruszenia wykładnia art. 301 ust. 2 ustawy Pzp jest niezgodna z przepisem.

Zasadniczym dla prezentowanej w dalszej części opinii zagadnieniem było w pierwszej kolejności odniesienie do prezentowanej w informacji o wyniku kontroli wykładni stosowania przepisu art. 301 ust. 2 ustawy Pzp określającego, w odniesieniu do przypadku objętego normą art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, warunki na jakich zamawiający zobowiązany jest

skierować zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W ocenie kontrolującego, przepis ten nie określa minimalnej liczby wykonawców, a tym samym zastosowanie znajdować miał wymóg z art. 210 ust. 3 ustawy Pzp – zaproszenia co najmniej 3 wykonawców do negocjacji bez ogłoszenia.

Ponieważ objęte kontrolą zamówienia miało wartość poniżej progów unijnych, do jego udzielenia zastosowanie znajdowały przepisy działu III, rozdział 4, oddział 3, w tym art. 300 ustawy Pzp określający, iż *Do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia stosuje się przepisy działu II, rozdział 3, oddział 7, ze zmianami wynikającymi z niniejszego działu.*

Należy zauważyć, iż w art. 301 ust. 1 ustawy Pzp przewidziane zostały podstawy, w jakich zachodzi możliwość udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ujęte w czterech punktach, w tym przypadek opisany w pkt 4 tego przepisu stanowił podstawę udzielenia zamówienia objętego kontrolą Prezesa UZP, tj. *w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia na roboty budowlane zamawiający odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i udzielenie zamówienia jest niezbędne do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia.* Ustawodawca w ust. 2 tego przepisu wskazał wprost, iż *W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, zamawiający zaprasza, w terminie 3 miesięcy od dnia odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego, do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniejszym postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy, z którym została zawarta umowa, od której zamawiający odstąpił.*

Przepisy Działu II, rozdział 3, oddział 7 ustawy Pzp dotyczą trybu negocjacji bez ogłoszenia (o wartości powyżej progów unijnych) i w art. 210 ust. 3 i 4 wskazuje się, iż *Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2 (ust. 3).* *W przypadku, o którym mowa w art. 209 ust. 1 pkt 1, zamawiający zaprasza do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego. Przepisu ust. 3 stosuje się (ust. 4).*

W opinii składu orzekającego w informacji o wyniku kontroli przyjęto, niezgodnie z brzmieniem przepisów ustawy Pzp, regułę dotyczącą ilości zapraszanych do negocjacji bez ogłoszenia wykonawców dla zamówienia o wartości przekraczającej wysokość progu unijnego, w odniesieniu do przypadku opisanego w art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Kontrolujący dokonał bowiem połączenia dwóch norm określających w sposób odmienny ilość wykonawców zapraszanych do negocjacji bez ogłoszenia. W opinii kontrolującego

zamawiający zawsze, niezależnie od wartości zamówienia oraz przesłanek, których wystąpienie uzasadnia zastosowanie tego trybu zamówienia, zobowiązany jest do stosowania normy z art. 210 ust 3, jako uzupełniającej normę z art. 301 ust. 2 ustawy Pzp.

W opinii Izby przeszkodą dla takiego stosowania przepisów jest wprost brzmienie ustawy, która w art. 300 odsyła do przepisów działu II, rozdział 3, dział 7 (a zatem również art. 210 ust. 3), ale w zakresie w jakim nie zostały wprowadzone odmiennie zapisy dla zamówienia o wartości poniżej progu unijnego – tj. z uwzględnieniem zmian wprowadzonych w przepisach od 301 – 303 ustawy Pzp. Taka zmiana dotyczy m.in. zaproszenia do negocjacji dla przypadku ujętego w art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż ustawodawca określił wprost dla tego przypadku, iż zamawiający zobowiązany jest zaprosić do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniejszym postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy, z którym została zawarta umowa, od której zamawiający odstąpił. Ustawodawca w tym przepisie odmienni, niż uczynił to w art. 210 ust. 4 ustawy Pzp, nie wskazał na obowiązek stosowania art. 210 ust. 3 ustawy Pzp – określającego ilość wykonawców zapraszanych na co najmniej 3, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2. Nie ma również uzasadnienia dla twierdzenia, iż dla przypadku wskazanego w art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ustawodawca wprowadził minimalną liczbę wykonawców, do jakich skierowane musi być zaproszenie do negocjacji. Ustawodawca – odmiennie niż dla procedury obowiązującej w zamówieniu o wartości powyżej progu unijnego, zrezygnował dla przypadku opisanego w art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ze stosowania reguły określonej w art. 210 ust. 3 ustawy Pzp, a minimalna ilość wykonawców zapraszanych do negocjacji jest wyznaczana ilością wykonawców, którzy uczestniczyli we wcześniejszym postępowaniu (z wyłączeniem wykonawcy, z którym zawarta została umowa, od której zamawiający odstąpił). Tym samym, tylko dla przypadków ujętych w art. 301 ust. 1 pkt 1-3 przepis art. 210 ust. 3 ustawy Pzp ma zastosowanie.

Powyższe oznacza, iż w celu udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia o wartości poniżej progu unijnego, w sytuacji gdyż doszło do wcześniejszego odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zamawiający zobowiązany jest skierować zaproszenie co najmniej do wszystkich wykonawców, którzy brali udział w postępowaniu, w którym doszło do wyłonienia tego wykonawcy, z wyłączeniem wykonawcy, z którym została zawarta umowa, od której zamawiający odstąpił. Tym samym zamawiający wypełniając tą dyspozycję przepisu nie może spotkać się z zarzutem naruszenia ustawy Pzp, w tym artykułów, które nie mają zastosowania w związku z odmiennym sposobem uregulowania tej kwestii w odniesieniu do postępowania o mniejszej wartości.

W związku z powyższym, Izba uznała, iż zastrzeżenia zamawiającego zasługują na uwzględnienie. Chociaż zamawiający przyjął interpretację prezentowaną w wyniku kontroli, to należało mieć na uwadze uzasadnienie, jakie podał zamawiający wszczynając postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia. To było powiązane ze stosowaniem art. 301 ust. 2 ustawy Pzp, do czego odnoszą się zarzuty wskazane w wyniku kontroli Prezesa UZP.

Mając powyższe na uwadze, Izba wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....