

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 4 grudnia 2019 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 4 listopada 2019 r. zgłoszonych 6 listopada 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gmina Siemiątkowo

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” o sygn. KND/51/19/DKZP z 25 października 2019 r., przekazanej pismem z tego dnia {znak UZP/DKZP/WKZ3/421/54(4)/19/EG}, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Modernizacja stadionu gminnego w miejscowości Siemiątkowo*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:

Piotr Kozłowski

Członkowie:

Ernest Klauziński

Daniel Konicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Siemiątkowo udzielił bez stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „Pzp lub „pzp”} z powołaniem się na art. 4 pkt 8 tej ustawy dwóch zamówień związanych z przedsięwzięciem dotyczącym modernizacji stadionu gminnego w Siemiątkowie, które wskazano poniżej za „Informacją o wyniku kontroli”.

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych po przeprowadzeniu kontroli doraźnej wyżej wymienionego postępowania stwierdził naruszenie art. 33 ust. 2 ustawy Pzp polegające na nieuwzględnieniu przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane wartości dostaw niezbędnych do wykonania tych robót budowlanych, a oddanych przez Zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, które doprowadziło do błędnego odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 8 oraz art. 40 ust. 1 i 2 i następne ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezachowania przejrzystości oraz udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Pzp, w jednym z trybów podstawowych wszczynanych przez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Podstawą udzielenia zamówienia publicznego na modernizację stadionu sportowego z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp był jej art. 4 pkt 8.

Zamawiający powołał się na przeprowadzone przez niego rozeznanie rynku, które wykazało, że krótki okres realizacji zadania w powiązaniu z problemem dostępności materiału, który miał zostać zastosowany do bieżni stadionu, tj. mączki ceglanej, spowoduje znaczne trudności w wyłonieniu jednego wykonawcy, który jednocześnie zakupiłby materiały niezbędne do inwestycji oraz wykonałby roboty budowlane.

Według Zamawiającego nawet gdyby teoretycznie było to możliwe, prawdopodobnie doszłoby do złożenia ofert, których cena przekraczałaby kwotę zabezpieczoną w budżecie Gminy na ten cel, a to z kolei spowodowałoby unieważnienie postępowania i konieczność ogłoszenia nowego przetargu. Skutkiem powyższego byłoby znaczne niedotrzymanie

umownego terminu realizacji przedsięwzięcia, co należy odczytywać jako sprzeczne z interesem publicznym. Intencją Gminy Siemiątkowo nie było zatem obejście przepisów ustawy Pzp, a zapewnienie efektywnej realizacji przedsięwzięcia.

Gmina Siemiątkowo podpisała z Województwem Mazowieckim na dofinansowanie przedmiotowego przedsięwzięcia inwestycyjnego 1 sierpnia 2018 r. umowę (nr 15/ES-SE-IV/D-361/MW/18), w której została zobowiązana do jego realizacji do 30 listopada 2018 r.

Wobec powyższego przeprowadzono rozeznanie cenowe na zakup materiałów niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia oraz na wykonanie robót budowlanych (zgodnie z obmiarem sporządzonym przez Biuro Usług Inwestycyjnych z siedzibą w Płocku, data opracowania: 21.08.2018 r.).

W odpowiedzi na zapytania cenowe z 17 października 2018 r. wpłynęły oferty, z których najkorzystniejszą cenę zaproponowali:

- w zakresie robocizny i sprzętu – P.P.H.U. KOST-BET G.K;
- na zakup materiałów – F.H.U. ROL-MAL M. J.

27 września 2018 r. Gmina Siemiątkowo zwróciła się do Urzędu Marszałkowskiego w Warszawie z prośbą o wydłużenie terminu realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego do 31 grudnia 2018 r. 19 października 2018 r. podpisano aneks do umowy o udzieleniu pomocy finansowej, w którym przedłużono termin realizacji i rozliczenia końcowego przedsięwzięcia do tej daty.

Zgodnie z kosztorysem inwestorskim sporządzonym przez Biuro Usług Inwestycyjnych z siedzibą w Płocku Wartość szacunkowa zadania inwestycyjnego wyniosła odpowiednio dla:

- robocizny i sprzętu – 126.431,92 zł netto (155.511,26 zł brutto);
- materiałów – 83.330,90 zł netto (102.497,01 zł brutto).

Łączna wartość zamówienia na modernizację stadionu sportowego w Siemiątkowie wynosiła zatem 209.762,82 zł (48.649,67 euro), w tym wartość robocizny i sprzętu 126.431,92 zł (29.322,98 euro) oraz wartość materiałów 83.330,90 zł (19.326,69 euro).

Zamawiający podzielił przedmiotowe zamówienie i udzielił dwóch zamówień na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp:

- 1) wykonawcy P.P.H.U. KOST-BET G.K. (umowa z 6 listopada 2018 r. nr 7243.27.1.2018) – przedmiot zamówienia obejmował remont bieżni ogólnej 6-torowej o powierzchni 2969 m² oraz budowę skoczni w dal o zeskoczni 7,5 x 2,9 m i rozbiegu 22 x 1,2 m;
- 2) wykonawcy F.H.U. ROL-MAL J. M. na dostawę materiałów do remontu ww. stadionu (umowa z 6 listopada 2018 r. nr 7243.27.2018).

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Stosownie do dyspozycji art. 33 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający ustala wartość zamówienia na roboty budowlane na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej lub na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane bądź planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. Ponadto zgodnie z treścią art. 33 ust. 2 ustawy Pzp przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane zamawiający obowiązany jest uwzględnić także wartość dostaw i usług oddanych do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych.

Zamawiający, obliczając szacunkową wartość zamówienia na roboty budowlane, musi zatem uwzględnić zarówno przewidywany koszt wykonania samych robót budowlanych (koszty robocizny, materiałów i pracy sprzętu, narzuty na koszty ogólne i koszty pośrednie wykonawcy, koszty zakupu oraz zysk), jak i wartość dostaw lub usług niezbędnych do wykonania tych robót budowlanych, które zamierza oddać do dyspozycji wykonawcy. Art. 33 ust. 2 ustawy pzp odnosi się do takich sytuacji, w których zamawiający, z różnych względów, zakupił lub w inny sposób nabył materiały lub usługi służące do wykonania robót budowlanych i zdecydował się przekazać je wykonawcy w celu użycia do wykonania robót. Dostawy i usługi, o których mowa w tym przepisie stanowią zatem wartość dodaną dla wykonawcy, która w szczególności może zmniejszyć zakres jego świadczenia, dzięki przekazaniu mu określonego rodzaju materiałów lub komponentów budowlanych. Ich wartość musi zostać uwzględniona w szacunkowej wartości zamówienia, gdy są one niezbędne do jego wykonania. W konsekwencji, aby w odniesieniu do określonego zamówienia realizował się obowiązek, o którym mowa w art. 33 ust. 2 ustawy pzp, usługi lub dostawy przekazywane wykonawcy muszą stanowić element zamówienia. Innymi słowy, gdyby zamawiający nie przekazał tych usług lub dostaw wykonawcy, stanowiłyby one element jego świadczenia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przekazał wykonawcy zamówienia niezbędne do wykonania robót budowlanych materiały. Powyższe wynika z wyjaśnień Zamawiającego oraz faktu zawarcia z różnymi wykonawcami odrębnych umów na remont stadionu oraz na sprzedaż i dostawę materiałów potrzebnych do jego wykonania.

W ocenie Prezesa Urzędu nieuwzględnienie przez Zamawiającego w wartości zamówienia na modernizację stadionu sportowego dostaw przekazanych wykonawcy w celu

realizacji przedmiotowego zamówienia stanowiło naruszenie art. 33 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp nie stosuje się jej do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.

Łączna wartość zamówienia na modernizację stadionu sportowego w Siemiątkowie (obejmująca koszt robocizny i sprzętu) przekracza powyższy próg, a zatem nieprawidłowe oszacowanie wartości zamówienia na roboty budowlane doprowadziło do niezasadnego skorzystania z wyłączenia określonego w powyższym przepisie.

Tym samym Zamawiający – wbrew art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp – udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Konsekwencją naruszenia wyżej wymienionych norm było również niezastosowanie przez Zamawiającego przepisów właściwych dla podstawowych trybów udzielania zamówienia, a mianowicie art. 40 ust. 1 i 2 i następne ustawy Pzp.

Cechą charakterystyczną podstawowych trybów udzielania zamówień jest ich otwarty charakter. Wyrazem tego jest obowiązek zamawiającego opublikowania ogłoszenia w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią przez nieograniczony krąg wykonawców i umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu pod warunkiem spełnienia określonych przez zamawiającego warunków. Jego gwarancja została zawarta między innymi w art. 40 ust. 2 ustawy pzp, w myśl którego jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zamawiający miał zatem obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, którego nie zrealizował, czym naruszył art. 40 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

II.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli, wnosząc następujące zastrzeżenia:

Według Zamawiającego Prezes UZP niezasadnie stwierdził powyższe naruszenia przepisów, gdyż co prawda „Informacja o wyniku kontroli” zawiera okoliczności faktyczne, które obiektywnie legły u podstaw podjęcia przez Gminę decyzji o odstąpieniu od przeprowadzenia przetargu nieograniczonego, jednak nie zostały poddane wszechstronnej analizie i ocenie.

Zamawiający zarzucił również Prezesowi UZP, że nie odniósł się do argumentacji prawnej przedstawionej przez Gminę w wyjaśnieniach złożonych w toku kontroli. Według Zamawiającego trafnie potraktował wykonanie robót budowlanych oraz zakup materiałów jako odrębne zamówienia, gdyż jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z 19 lipca 2016 r. (sygn. akt IV SA/GI 975/15): *(...) W celu ustalenia czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem podzielonym na części czy z kilkoma zamówieniami należy posłużyć się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (usługi tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę (tożsamość podmiotowa). Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwe jego nabycie u tego samego wykonawcy w tym samym czasie. W przedstawionym stanie faktycznym nie zachodziły wszystkie wymienione tożsamości.*

Zamawiający podkreślił, że biorąc pod uwagę okoliczności, które wskazał w toku kontroli, jego intencją nie było obejście przepisów ustawy Pzp, a zapewnienie efektywnej realizacji przedsięwzięcia.

Zamawiający przywołał stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 16 marca 2016 r. (sygn. akt II GSK 2308/14): *Jeżeli udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie, te same komponenty i istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy to mamy do czynienia z jednym zamówieniem i należało rozważyć taki sposób wyłaniania wykonawcy przedmiotu zamówienia, który nie naruszy zasad konkurencyjności i przejrzystości.* Zamawiający wywiódł, że a contrario, jeżeli nie istnieje możliwość uzyskania zamówień u jednego wykonawcy, wówczas należy je traktować jako niezależne od siebie zamówienia. Taki stan rzeczy miał właśnie w miejsce w opisywanym stanie faktycznym.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że należy zgodzić się z tezą wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 października 2016 r. (sygn. akt II GSK 3076/15), zgodnie z którą: *(...) Aby ustalić, że doszło do podziału zamówienia w celu niestosowania p.z.p., należy wykluczyć inne przyczyny dokonanego podziału. Niewykazanie uzasadnionych przyczyn podziału zamówienia stanowi podstawę do przyjęcia, że celem podziału było niestosowanie ustawy p.z.p. Jeżeli podział zamówienia uzasadniony jest innymi względami niż niezastosowanie u.z.p., to nie jest podziałem niedozwolonym.* Według Zamawiającego dokonany przez niego podział zamówienia należy uznać jako uzasadniony innymi względami niż niezastosowanie przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji za dozwolony.

Prezes UZP w piśmie z 19 listopada 2019 r. {znak UZP/DKZP/WKZ3/421/54(6)/19/EG} nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, przekazując je na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych pismem z 19 listopada 2019 r. {znak UZP/DKZP/WKZ3/421/54(7)/19/EG} do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za „Informacją o wyniku kontroli” okoliczności faktyczne odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji.

Zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie podważają prawidłowości wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Zamawiający całkowicie pomija stawiany w kontroli zarzut naruszenia art. 33 ust. 2 ustawy pzp, polegający na nieuwzględnieniu przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane wartości dostaw niezbędnych do wykonania tych robót budowlanych, a oddanych przez Zamawiającego do dyspozycji wykonawcy. Zamawiający nie zaprzecza przecież, że przekazał wykonawcy zamówienia na modernizację stadionu sportowego niezbędne do tego materiały budowlane, a także temu, że nie uwzględnił ich wartości przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia na roboty budowlane. Jednocześnie Zamawiający nie podważa też okoliczności, że po uwzględnieniu wartości materiałów niezbędnych do modernizacji stadionu szacunkowa wartość tego zamówienia przekraczałaby próg 30.000 euro, o którym mowa w art. 4 pkt 8 ustawy pzp.

Tym samym należy uznać za niesporne pomiędzy Zamawiającym a Prezesem UZP, że w przypadku zamówienia na roboty budowlane dotyczące modernizacji stadionu w Siemiątkowie wypełniła się hipoteza normy prawnej art. 33 ust. 2 pzp, wystąpiła bowiem sytuacja przekazania przez Zamawiającego wykonawcy tych robót budowlanych materiałów niezbędnych do ich wykonania. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był do uwzględnienia przy szacowaniu wartości tego zamówienia wartości tych materiałów, gdyż taka jest dyspozycja normy prawnej art. 33 ust. 2 pzp. Konsekwencją niezastosowania tego przepisu o charakterze bezwzględnie obowiązującym było naruszenie kolejnej normy, wynikającej z art. 4 pkt 8 pzp, w tym przypadku polegające na tym, że ponieważ nie ziściła się jej hipoteza, gdyż prawidłowo ustalona wartość tego zamówienia przekracza 30 tys. euro,

nie znajduje zastosowania dyspozycja tej normy, która wyłącza spod reżimu ustawy pzp poniżej tego progu.

Natomiast Zamawiający *de facto* nie przedstawił w zastrzeżeniach żadnej argumentacji prawnej, która podważałaby prawidłowość stwierdzenia w powyższych okolicznościach przez Prezesa UZP, że doszło do naruszenia powyższych przepisów, a w konsekwencji również do naruszenia kolejnych (art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 8 oraz art. 40 ust. 1 i 2 i następne ustawy pzp). Przytaczane przez Zamawiającego wyroki, zarówno Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego dotyczą zupełnie odmiennych stanów faktycznych, a przede wszystkim w ogóle nie odnoszą się do kwestii szacowania wartości zamówienia na podstawie art. 33 ust. 2 ustawy pzp, którego naruszenie stwierdzono w wyniku kontroli.

Zamawiający zdaje się nie dostrzegać bowiem, że stwierdzone w wyniku kontroli naruszenia nie dotyczą w ogóle art. 32 ust. 2 pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów tej ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczenia jego wartości. Abstrahując od tego, że aktualne brzmienie tego przepisu nie odnosi się do dzielenia zamówienia na części, cała argumentacja prawna zastrzeżeń z powołaniem się na przywołane w niej orzecznictwo jest po prostu chybiona, gdyż dotyczy naruszenia tego przepisu, a nie przepisów, których naruszenie zasadnie stwierdził Prezes UZP.

Na marginesie można wskazać, że wielokrotnie przytaczany przez Zamawiającego argument dotyczący prawdopodobieństwa otrzymania w postępowaniu przetargowym ofert przekraczających możliwości finansowe zamawiającego nie zasługuje na uznanie, gdyż z takim samym prawdopodobieństwem można przyjąć, że istniała możliwość otrzymania przez Zamawiającego oferty korzystniejszej cenowo niż ta, która została przedstawiona przez wybranego wykonawcę. Z kolei krótki termin wykonania zamówienia nie jest podstawą do odstąpienia od stosowania przepisów ustawy pzp.

Na uznanie nie zasługuje również argument Zamawiającego o potencjalnych problemach w wyłonieniu wykonawcy, który dokonałby zakupu materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz wykonałby roboty budowlane w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ze względu na problemy z dostępem do mączki ceglanej. Ponieważ przedmiot zamówienia dotyczy usług i materiałów powszechnie dostępnych, istnieje wiele podmiotów zajmujących się robotami budowlanymi oraz dostawą niezbędnych do ich wykonania materiałów.

Tym samym Izba w pełni podzieliła stanowisko zajęte przez Prezesa UZP w piśmie nieuwzględniającym zastrzeżeń Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....