

Sygn. akt: KIO/KD 52/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 2 lipca 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 26 maja lutego 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 30/34

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 maja 2014r.,
(znak **UZP/DKD/KND/19/13**)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

budowę kompleksu pod nazwą „Centrum Sprawiedliwości” w Gdańsku wraz z dostawą wyposażenia w ramach zakupu przez Sąd Okręgowy w Gdańsku (Skarb Państwa) nieruchomości położonej przy ul. 3 Maja 9A w Gdańsku, zabudowanej zespołem siedmiu budynków

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Barbara Bettman

Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 maja 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

W dniu 28 czerwca 2013r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP, kontrolujący) na wniosek wszczął kontrolę czynności podejmowanych w związku z zakupem kompleksu pod nazwą „Centrum Sprawiedliwości” w Gdańsku wraz z dostawą wyposażenia w ramach zakupu przez Sąd Okręgowy w Gdańsku (Skarb Państwa) nieruchomości położonej przy ul. 3 Maja 9A w Gdańsku, zabudowanej zespołem siedmiu budynków u zamawiającego (dalej kontrolowanego) Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 30/34. Przedmiotem kontroli była ocena prawidłowości zastosowania art. 4 pkt 3 lit. i ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 nr 113 poz. 759 z późn. zm. – dalej ustawy) i odstąpienia od stosowania ustawy przy zawieraniu w formie aktu notarialnego w dniu 24 maja 2012r. np. Rep A 3565/2012 umowy sprzedaży nieruchomości oznaczonej w ewidencji jako działka nr 272, o obszarze 0,6132 ha, położonej w Gdańsku, przy ulicy 3 Maja 9A o nr obrębu 80, zabudowanej zespołem budynków o przeznaczeniu biurowym (oznaczonych literami A, B, C, D, E, F i G), wraz ze znajdującą się w części podziemnej budynków oznaczonych literami D, E, F i G halą garażową, o łącznej powierzchni 20 101,81 m² zawartej pomiędzy Przedsiębiorstwem Budowlanym GÓRSKI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo - Akcyjna, dalej „PB GÓRSKI”, a Skarbem Państwa – Sądem Okręgowym w Gdańsku.

W dniu 14 maja 2014r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli stwierdził, że zamawiający dopuścił się naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 40 ust. 3 ustawy, gdyż przy zawarciu ww. umowy sprzedaży miało miejsce udzielenie zamówienia publicznego na dostawę umeblowania z ominięciem stosowania przepisów ustawy oraz z zaniechaniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej
2. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 40 ust. 3 ustawy przez zakup przedmiotowego kompleksu wybudowanego z przeznaczeniem dla wymiaru sprawiedliwości, który był w rzeczywistości poprzedzony dorozumianym udzieleniem Wykonawcy PB GÓRSKI zamówienia na roboty budowlane polegające na wykonaniu „Centrum Sprawiedliwości w Gdańsku”, W przedmiotowej sprawie nie było więc podstaw do zastosowania wyłączenia stosowania

ustawy Prawo zamówień publicznych, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit i) ustawy Pzp, gdyż wyłączenie to następuje tylko w przypadku nabycia lub najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego.

Uzasadniając to stanowisko kontrolujący wskazał, że

Ad. 1 Kontrolujący podkreślił, iż z treści § 2.1. umowy sprzedaży zawartej przed notariuszem za Repertorium „A” numer 3565/2012 wynika, że zakup prawa własności do nieruchomości oznaczonej w ewidencji jako działka nr 272, o obszarze 0,6132 ha, położonej w Gdańsku, przy ulicy 3 Maja 9A o nr obrębu 80, zabudowanej zespołem 7 budynków, za kwotę 157 000 000,00 zł brutto, obejmował także meble, znajdujące się w ww. budynkach, wymienione w załączniku do ww. umowy. Oznacza to, iż Sąd Okręgowy w Gdańsku w drodze ww. umowy sprzedaży nabył własność nie tylko nieruchomości wraz z zespołem budynków, ale również zakupił ich wyposażenie. Tymczasem, w świetle przepisów Kodeksu cywilnego wyposażenie budynków, w tym meble, określone co do przedmiotu i ilości w wielostronicowym załączniku do ww. umowy sprzedaży, stanowią rzeczy ruchome, a więc rzeczy nie będące ani nieruchomościami ani ich częściami składowymi, których zakup stanowił główny przedmiot umowy sprzedaży, a który był objęty wyłączeniem obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie przepisu art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy. Dodał, iż w toku kontroli ustalono w oparciu o treść „Operatu szacunkowego określającego w dniu 30 grudnia 2011 r. wartość nieruchomości zabudowanej położonej w Gdańsku przy ul. 3 Maja nr 9 a, b, c” że: „wszystkie budynki (ww. kompleksu) zostały wyposażone w meble biurowe. Wyposażone zostały pokoje biurowe (w biurka, szafy, fotele, krzesła), sale rozpraw (stoły sędziowskie, ławy i biurka dla stron procesu, ławy dla publiczności), ławki dla petentów sądu na korytarzu, trzy pokoje gościnne w budynku G (łóżka, szafy, toaletki, krzesła, fotele)”. Zgodnie z ww. operatem, wartość ww. umeblowania została określona przez rzeczoznawcę majątkowego na kwotę 10 510 139,18 zł brutto. Ustalenia wartości umeblowania dokonano na podstawie zestawienia przygotowanego i przekazanego przez Przedsiębiorstwo Budowlane „Górski” Sp. z o.o. SKA.

Nadto, w ww. operacie szacunkowym przytoczono oświadczenie Inwestora (spółki PB GÓRSKI złożone rzeczoznawcy majątkowemu), według którego: „(...) wyposażenie to zostało wykonane na zamówienie Sądu i zainstalowane we wszystkich pomieszczeniach przez Przedsiębiorstwo Budowlane „Górski” Sp. z o.o. SKA. (...). Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego kontrolujący uznał, iż Sąd Okręgowy w Gdańsku zawierając ww. umowę sprzedaży,

udzielił de facto zamówienia publicznego na dostawę wyposażenia/umeblowania budynków zespołu, znajdującego się przy ul. 3 Maja 9A, bez zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść umowy sprzedaży zawiera konstytutywne cechy zamówienia publicznego na dostawę w rozumieniu art. 2 pkt 13 oraz art. 2 pkt 2 ustawy, których wykładnia jest kluczowa dla ustalenia rzeczywistej treści ww. umowy sprzedaży zawartej w dniu 24 maja 2012 r.

Kontrolujący wskazał, że stosownie do art. 2 pkt 13 ustawy przez „zamówienie publiczne” należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Kontrolujący wywiódł, że obowiązek stosowania procedury przewidzianej w ustawie Prawo zamówień publicznych w celu udzielenia zamówienia występuje wówczas, gdy podmiot należący do jednej z kategorii wymienionych w art. 3 ustawy, zamierza na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej udzielić wykonawcy zamówienia w przedmiocie realizacji usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz jednocześnie nie zachodzi przypadek wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Pzp, spośród wskazanych w art. 4.

Odnosząc się do cechy odpłatności umowy, kontrolujący zauważył, iż w doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, w której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Stwierdził, że w przypadku zamówienia publicznego w rezultacie wykonania lub wykonywania umowy, korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający - w postaci wykonanej na jego rzecz usługi, dostawy lub roboty budowlanej, jak i wykonawca - najczęściej w postaci zapłaty lub w innej, niekoniecznie pieniężnej postaci, której wartość może zostać wyrażona w jednostkach pieniężnych. Powyższe unormowania wskazują więc, iż umowy w sprawach zamówień publicznych mają, co do zasady, charakter umów dwustronnych (dwustronnie zobowiązujących), w ramach których strony są zobowiązane wzajemnie do spełniania ekwiwalentnych świadczeń. Ustawa Prawo zamówień publicznych kwalifikuje zamówienia publiczne ze względu na przedmiot świadczenia wykonawcy, na zamówienia na usługi, dostawy lub roboty budowlane. Pojęcie dostawy definiuje art. 2 pkt 2 ustawy. Zgodnie z tym przepisem przez „dostawę” należy rozumieć nabywanie rzeczy, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, czy najmu. Przy czym, pojęcie „rzeczy” definiowane zgodnie z art. 45 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny - odnosi się do przedmiotów materialnych o takich cechach jak: samoistny charakter oraz możliwość samodzielnego występowania w obrocie, czyli jako przedmiot stosunku cywilnoprawnego (prawnorzecowego, zobowiązaniowego). Zatem, w ocenie kontrolującego, każde nabycie

rzeczy o samoistnym charakterze, mogącej być przedmiotem obrotu, niezależnie od formy nabycia stanowi dostawę w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze kontrolujący wskazał, że w przypadku aspektu podmiotowego ww. umowy sprzedaży, niewątpliwie Sąd Okręgowy w Gdańsku jako podmiot zaliczany do jednostek sektora finansów publicznych na podstawie art. 9 pkt 1 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 ze zm.), posiada status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy (zamawiający tej okoliczności nie kwestionował).

Równocześnie, zdaniem kontrolującego, w świetle okoliczności faktycznych sprawy, spółkę Przedsiębiorstwo Budowlane PB GÓRSKI Sp. z o.o. SKA należy uznać za wykonawcę w rozumieniu definicji legalnej zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp (ocena nie kwestionowana).

Kontrolujący podniósł, iż umowa sprzedaży z 24 maja 2012 r. wskazywała w § 2.1., iż jej przedmiotem jest, poza sprzedażą nieruchomości, także sprzedaż umeblowania 7 budynków kompleksu, za łączną wartość 157 000 000,00 zł. A zatem, na podstawie ww. umowy sprzedaży doszło wprost do nabycia przez zamawiającego Sąd Okręgowy w Gdańsku umeblowania o wartości 8 092 807,17 zł netto. Wynagrodzenie za ww. meble wykonawca otrzymał w ramach łącznej ceny zakupu wynoszącej 157 000 000,00 zł, jaką zamawiający zobowiązał się zapłacić w 3 ratach, najpóźniej do dnia 28 lutego 2014 r. Kontrolujący stwierdził, iż nabycie ww. umeblowania miało miejsce w oparciu o umowę odpłatną. Jednocześnie wskazał, iż zakup wyposażenia budynków, wymienionego w załączniku do umowy sprzedaży, obejmującego między innymi stoły sędziowskie, czy skanery rtg używane w celu zapewnienia bezpieczeństwa osobom pracującym w sądzie, o wartości ponad 10 mln zł brutto, nie był objęty żadnym z wyłączeń obowiązku stosowania ustawy, jakie wymienia art. 4 ustawy Pzp.

Powyższe doprowadziło kontrolującego do wniosku, iż treść ww. umowy sprzedaży z dnia 24 maja 2012 r. obejmowała, poza zakupem nieruchomości, zamówienie publiczne na dostawę przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „Górski” Sp. z o.o. SKA na rzecz Sądu Okręgowego w Gdańsku, wyposażenia ruchomego, wymienionego w wykazie do ww. umowy, o wartości 10 510 139,18 zł brutto.

Prezes UZP wskazał, iż stosownie do treści art. 10 ust. 1 ustawy, podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Zgodnie z

art. 40 ust. 1 ustawy zamówienia udzielane w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w myśl art. 40 ust. 3 ustawy przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, a następnie jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z racji wartości ww. wyposażenia budynków, która przekraczała próg unijny, określony w przepisach rozporządzenia wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ad. 2 Po pierwsze, budynki kompleksu „Centrum Sprawiedliwości w Gdańsku” zostały wybudowane przez PB GÓRSKI według wymagań końcowego beneficjenta, tj. Sądu Okręgowego w Gdańsku, który posiada status zamawiającego w myśl przepisów art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy (zamawiający nie kwestionował tej oceny).

Kontrolujący podniósł, że dla uznania wykonania przez spółkę PB GÓRSKI Sp. z o.o. SKA kompleksu nieruchomości pn. „Centrum Sprawiedliwości w Gdańsku” za zamówienie publiczne mające za przedmiot roboty budowlane, nie ma znaczenia, że roboty były wykonywane na nieruchomości nie należącej do zamawiającego lub fakt, iż ww. spółka, a nie sąd, pełnił rolę inwestora w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego. Bowiem, iż definicja legalna „robót budowlanych” z ustawy nie przewiduje, w odróżnieniu od art. 647 Kodeksu cywilnego, konieczności przekazania przez zamawiającego wykonawcy terenu budowy, a także posiadania przez zamawiającego tytułu własności nieruchomości, w obrębie której mają być wykonywane roboty budowlane. Definicja zawarta w art. 2 pkt 8 ustawy stanowi jedynie, iż realizacja obiektu budowlanego w ramach zamówienia ma być wykonana za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Roboty budowlane mogą być więc wykonywane na terenie nie należącym do zamawiającego. Nie ma również znaczenia, jaki podmiot będzie wykonywał roboty budowlane.

Kontrolujący podkreślił, że istotą „Koncepcji poprawy warunków lokalowych sądów: okręgowego i rejonowego Gdańsk - Południe w Gdańsku”(co potwierdza m.in. treść „Inicjatywy na rzecz poprawy warunków funkcjonowania sądownictwa gdańskiego”), było wykonanie robót budowlanych, w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 8 ustawy Pzp, obowiązującego w chwili zawarcia umowy sprzedaży z dnia 24 maja 2012 r. (Rep. „A” nr 3565/2012), polegających na remoncie, budowie lub nadbudowie budynków składających się na kompleks „Centrum Sprawiedliwości w Gdańsku”.

Zgromadzony w sprawie materiału, zdaniem kontrolującego, dowodzi, że inwestycja została wykonana przy udziale zamawiającego Sądu Okręgowego w Gdańsku, według uprzednio określonych przez zamawiającego w stosunku do niej wymagań. Przywołał fakt, iż między kierownictwem sądu oraz jego pracownikami, a architektami przygotowującymi projekt architektoniczny oraz wykonawczy odbywały się spotkania celem określenia wymagań i potrzeb sądu jakim mają sprostać nowoprojektowane obiekty. Przypomniął, iż powstałe budynki kompleksu pokrywały deficyt powierzchni, o którym mowa w ww. „Koncepcji...”. Wskazał, że przejściu praw własności do nieruchomości na wykonawcę PB GÓRSKI towarzyszył zamiar zlokalizowania na gruntach przy ul. 3 Maja 9 budynków „pozostawionych do dyspozycji gdańskiego sądownictwa”. Świadczy to, według kontrolującego, o rzeczywistym zamiarze stron Inicjatywy, którym było udzielenie zamówienia na roboty budowlane bez uwzględnienia przepisów ustawy.

W ww. sprawie wybudowanie kompleksu budynków pn. „Centrum Sprawiedliwości w Gdańsku” było zagwarantowane, zdaniem kontrolującego, pośrednio na podstawie przepisów administracyjnych. Wykonawca realizując budynki o innym przeznaczeniu, niż wynikało to z planu zagospodarowania przestrzennego Śródmieście - Grodzisko rejon ulicy 3 - go Maja 9A w mieście Gdańsku, zatwierdzonego uchwałą nr XLIV/1251/09 RMG z dnia 30 grudnia 2009 r. - narażał się na zarzut samowoli budowlanej. A zatem, wykonawca pośrednio zobowiązał się do wykonania robót budowlanych, oraz istniała możliwość dochodzenia wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej na zasadach określonych w prawie krajowym. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C - 451/08, ww. dwa elementy są konstytutywne dla zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Po drugie, kontrolujący wskazał, iż przedsięwzięcie miało charakter odpłatny. Faktyczna odpłatność za wykonane przez spółkę PB GÓRSKI roboty budowlane miała miejsce nie z góry, ale z dołu, przy okazji zawierania umowy sprzedaży i była ukryta w wysokości kwoty zakupu całego kompleksu, tj. w kwocie 157 000 000,00 zł brutto oraz w kwocie opłat ponoszonych przez Sąd Okręgowy w Gdańsku z tytułu czynszu za najem, które miały zostać potrącone od końcowej kwoty zakupu. Jednocześnie po stronie Sądu Okręgowego w Gdańsku (Skarbu Państwa) miało miejsce przysporzenie wyrażające się w tym, iż przedsięwzięcie zakładało, że zamawiający Sąd Okręgowy w Gdańsku uzyska tytuł prawny zapewniający mu możliwość rozporządzania obiektem budowlanym stanowiącym faktycznie przedmiot zamówienia.

Ocena taka jest, według kontrolującego, uzasadniona w świetle zamiarów ujawnianych w pismach Dyrektora Sądu Okręgowego w Gdańsku, kierowanych między innymi do Ministerstwa Sprawiedliwości w sprawie wydania zgody na zawarcie przez kierownictwo Sądu Okręgowego w Gdańsku pierwszej umowy najmu. Zgodnie z treścią tych pism, spółka PB GÓRSKI miała wybudować kompleks do dyspozycji sądu na sprzedanych jej gruntach. W trakcie trwania inwestycji, poszczególne budynki kompleksu miały być stopniowo zasiedlane przez sąd na zasadzie najmu. Docelowo, gotowe budynki miały zostać nabyte przez Skarb Państwa (Sąd Okręgowy w Gdańsku) w drodze zamiany lub sprzedaży z potrąceniem wartości czynszu poniesionego przez sąd w czasie trwania umów najmu. Oznacza to, że umowa sprzedaży z 24 maja 2012 r. stanowiła wyłącznie etap końcowy całego przedsięwzięcia, mającego na celu faktyczne rozliczenie wykonanych przez Spółkę robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe, kontrolujący stwierdził, iż zakup przedmiotowego kompleksu wybudowanego z przeznaczeniem dla wymiaru sprawiedliwości był w rzeczywistości poprzedzony dorozumianym udzieleniem wykonawcy PB GÓRSKI zamówienia na roboty budowlane polegające na wykonaniu „Centrum Sprawiedliwości w Gdańsku”, co nastąpiło z ominięciem przepisów ustawy, a w konsekwencji z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przedmiotowej sprawie nie było więc podstaw do zastosowania wyłączenia stosowania ustawy, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit i) ustawy, gdyż wyłączenie to następuje tylko w przypadku nabycia lub najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego.

W opinii Prezesa UZP, przyjęcie odmiennej oceny w przedmiotowej sprawie dawałoby pełną swobodę w obrocie nieruchomościami, które by dopiero miały powstać, lub były w różnym stadium realizacji. Oznaczałoby to przyzwolenie, aby pod pozorem umów zamiany bądź sprzedaży nieruchomości lub w ogóle bez zachowania formy pisemnej przewidzianej dla umów w sprawie zamówienia publicznego, udzielane były zamówienia inwestycyjne w budownictwie na ogromne sumy z pominięciem procedury zamówień publicznych - por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2009 r. Sygn. akt II CSK 104/09. Przeczyłoby to zasadzie uczciwej konkurencji, leżącej u podstaw zamówień finansowanych ze środków publicznych, a będącej jednym z filarów Traktatu Europejskiego oraz gospodarki Unii Europejskiej i jej krajów członkowskich.

Poprzedzające zawarcie umowy sprzedaży dwie umowy najmu zawierały zapisy zastrzegające na rzecz najemcy Sądowi Okręgowemu w Gdańsku prawo pierwszeństwa nabycia przedmiotu najmu, m.in. w drodze zamiany nieruchomości wraz z potrąceniem łącznej wartości czynszu. Dodatkowo umowa przewidywała możliwość jej zmiany na zasadach ustalonych w niniejszej umowie, „o ile Najemca wyrazi zainteresowanie pozyskaniem dodatkowej powierzchni niezbędnej mu do prowadzonej przez niego działalności.”

Kontrolujący wskazał również, że stosownie do treści art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp zamówienia udzielane w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w myśl art. 40 ust. 3 ustawy przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a następnie jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Z uwagi na powyższe okoliczności faktyczne oraz prawne kontrolujący uznał, że działanie zamawiającego polegające na nie zastosowaniu ustawy i nie przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, w konsekwencji stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 40 ust. 3 ustawy Pzp.

Na koniec kontrolujący podniósł, iż stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie wykładni przepisu art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy Prawo zamówień publicznych było znane jednostkom wymiaru sprawiedliwości. Świadczy o tym fakt, iż pismem z dnia 19 lutego 2007 r. (znak: DB II - 212 -212/06) interpretacja przepisu art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy Pzp, dokonana przez Urząd Zamówień Publicznych, została przesłana przez Ministerstwo Sprawiedliwości wszystkim dyrektorom sądów apelacyjnych.

UZP dokonywało również takiej interpretacji prawnej na indywidualny wniosek:

- a) Dyrektora Generalnego Służby Więziennej w Warszawie (interpretacja przekazana przez UZP pismem z dnia 2 listopada 2006 r. znak: UZP/DP/O-MDY/98914/28658/06),
- b) Dyrektora Sądu Okręgowego w Warszawie (interpretacja przekazana przez UZP pismem z dnia 6 marca 2009 r. znak: UZP/DP/O-BBR/252716/4212/09),

- c) Dyrektora Sądu Apelacyjnego w Warszawie (interpretacja przekazana przez UZP pismem z dnia 3 sierpnia 2009 r. znak: UZP/DP/O - WBA/31151/09).

Podobne stanowisko, co UZP, prezentował również Departament Legislacyjno - Prawny w Ministerstwie Sprawiedliwości, który wyraził je w opinii prawnej przekazanej pismem z dnia 26 czerwca 2008 r. (znak: DLP III 4201-17/08) Dyrektorowi Sądu Apelacyjnego w Warszawie (także do wiadomości Dyrektora Departamentu Budżetu i Majątku Skarbu Państwa w Ministerstwie Sprawiedliwości).

W dniu 26 maja 2014r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli. Kontrolowany kwestionuje wynik kontroli w zakresie uznania, że nastąpiło ominięcie przepisów ustawy, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, jak i art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy oraz art. 40 ust. 3 ustawy zarówno w zakresie 1, jak i 2 drugiego punktu informacji o wynikach kontroli.

Kontrolowany zarzucił w szczególności, że kontrolujący niewłaściwie i sprzecznie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zastosował przepisy prawa materialnego, albowiem na takie naruszenie można wskazać jedynie w razie ustalenia przez Kontrolującego, że doszło do zawarcia prawnie wiążącego zobowiązania do wykonania budynku Sądu, którego strona transakcji mogłaby dochodzić przed Sądem.

Uzasadniając swoje stanowisko, Kontrolowany wskazał, co następuje.

I. W zakresie punktu 1 informacji o wynikach kontroli

Kontrolujący w pierwszej kolejności zarzucił (str. 6 protokołu), że kontrolowany nabył w drodze umowy sprzedaży nie tylko nieruchomości wraz z zespołem budynków, ale również zakupił ich wyposażenie. Kontrolowany ustalił bowiem, że akt notarialny Rep. A numer 3565/2012 obejmował oprócz samych nieruchomości, również meble znajdujące się w tych budynkach. Kontrolujący ustalił również, że wyposażenie to nie stanowiło nieruchomości ani części składowych nieruchomości, których zakup stanowił główny przedmiot umowy sprzedaży i który był objęty wyłączeniem obowiązku stosowania ustawy na mocy szczególnego przepisu art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy. Zarzut, zdaniem kontrolowanego, jest niezasadny. Kontrolujący w sposób nieuprawniony dokonał rozdzielenia umowy nabycia nieruchomości na dwie oddzielnie czynności: nabycia nieruchomości i nabycia wyposażenia tej nieruchomości. Tymczasem takie rozróżnienie jest niedopuszczalne, a wniosek, że zwolnienie określone w art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy

nie obejmuje wyposażenia istniejących budynków, jest błędne. Kontrolowany zwrócił uwagę, że przedmiotem umowy sprzedaży był grunt wraz z istniejącym budynkiem spełniającym funkcje sądowe. Wyposażenie wskazane w informacji o wynikach kontroli, zdaniem kontrolowanego, spełniało definicję przynależności w rozumieniu art. 51 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z treścią tego przepisu, przynależnościami są rzeczy ruchome potrzebne do korzystania z innej rzeczy (rzeczy głównej) zgodnie z jej przeznaczeniem, jeżeli pozostają z nią w faktycznym związku odpowiadającym temu celowi. Zgodnie z art. 53 kodeksu cywilnego, czynność prawna mająca za przedmiot rzecz główną odnosi skutek także względem przynależności, chyba że co innego wynika z treści czynności albo z przepisów szczególnych. Przedmiotem czynności prawnej był zakup istniejącej nieruchomości spełniającej określone funkcje sądowe (istniejącego budynku w rozumieniu art. 16 pkt a) Dyrektywy 2004/18/WE) w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Zgodnie z powołanym wyżej przepisem Dyrektywy 2004/18, zakup istniejącego budynku czy też jego najem podlega wyłączeniu ze stosowania zamówień publicznych. Brak jest podstaw do wyłączenia z zakresu tego przepisu przynależności niezbędnych do korzystania z budynku zgodnie z jego przeznaczeniem. W innym przypadku choćby zawieranie umów najmu sal konferencyjnych (z wyposażeniem) byłoby naruszeniem przepisów ustawy. Kontrolujący nie ustalił, że jakiegokolwiek wyposażenie nabywanego budynku nie było jego przynależnością.

II. W zakresie punktu 2 informacji o wynikach kontroli

Kontrolujący na stronach 9 do 28 szeroko ustalał stan faktyczny, pominął jednak elementy stanu faktycznego mające istotny znaczenie dla wyniku kontroli. W szczególności pominął okoliczność, że umowy najmu wygasły, PB Górski kierował do Sądu Okręgowego w Gdańsku korespondencję dotyczącą bezumownego korzystania z nieruchomości oraz, że negocjacje zmierzające do zawarcia umowy sprzedaży znalazły się w impasie. Pomiedzy stronami transakcji zaistniał spór co do ceny, jak i warunków nabycia nieruchomości. Wskazuje to według kontrolowanego na fakt, że nie uzgodniono nigdy w żaden sposób choćby podstawowego elementu transakcji, jakim jest cena. Do ustalonego stanu faktycznego kontrolujący, w ocenie kontrolowanego, niewłaściwie zastosował przepisy prawa, w sposób wprost sprzeczny z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W pierwszej kolejności kontrolowany wskazał, że przedmiotowy stan faktyczny był już przedmiotem opinii prawnej opracowanej na zlecenie Dyrektora Sądu Apelacyjnego w Gdańsku.

Podkreślić jednak należy, iż nie istniało żadne formalne porozumienie w formie umowy przedwstępnej itp., którego wykonanie mogłoby być dochodzone przed sądem, zobowiązujące miasto do zmiany planu miejscowego bądź do udzielenia kontraktu. Tezy te wynikające z orzeczenia TSUE (dawniej ETS) mają konstytutywne znaczenie dla ustalenia, czy w kontrolowanej sprawie doszło, czy też nie doszło do naruszenia przepisów ustawy. Po pierwsze (akapit 41-43 orzeczenia ETS), sama w sobie sprzedaż na rzecz przedsiębiorstwa nieruchomości niezabudowanej lub zabudowanej już istniejącymi budynkami, nie stanowi zamówienia publicznego na roboty budowlane. Analizie Trybunał poddał konstytutywność dla ewentualnego zamówienia publicznego, wpływu uprawnień regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji podmiotu publicznego uznając, iż sam taki wpływ nie wystarczy, dla uznania zamówienia za zamówienie publiczne (por. akapit 57 orzeczenia). Analogicznie, za niewystarczające dla takiego uznania, jest uprawnienie do zatwierdzania projektów budowlanych (akapit 68 i 69 orzeczenia). Po drugie, pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) Dyrektywy 2004/18 wymaga, by wykonawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązał się do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia oraz by istniała możliwość dochodzenia wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej na zasadach określonych w prawie krajowym. Po trzecie, zgodnie z art. 1 ust. 3 Dyrektywy 2004/18 koncesja na roboty budowlane 'oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością'. Aby instytucja zamawiająca mogła przenieść na wykonawcę prawo do eksploatacji obiektu budowlanego w rozumieniu powyższego przepisu, musi ona sama dysponować prawem do eksploatacji tego obiektu. Po czwartej, rozsądne jest niewykluczanie a priori możliwości zastosowania dyrektywy 2004/18 do procedury udzielania zamówienia w dwóch etapach, polegającego na sprzedaży terenu, który następnie będzie przedmiotem zamówienia na roboty budowlane, przy uznaniu tych operacji za jedną całość. Jednak w okolicznościach tej konkretnej sprawy rozpatrywanej przez Trybunał, zwłaszcza przy uwzględnieniu, iż nie zostały zaciągnięte prawnie wiążące zobowiązania (a więc możliwe do dochodzenia przez Sąd), same intencje stron nie stanowią prawnie wiążących zobowiązań, Dyrektywa 2004/18 nie ma zastosowania (por. akapity 81-89 orzeczenia).

Przenosząc wnioski wypływające z analizy tego orzeczenia na kontrolowaną sprawę kontrolowany wskazał, że po pierwszej, samo w sobie zawarcie umowy sprzedaży jako dotyczącej gruntu i istniejących budynków, nie stanowiło zamówienia publicznego z uwagi na

treści art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy oraz art. 16 pkt a) Dyrektywy 2004/18. Podobnie wskazał również kontrolujący w treści informacji o wynikach kontroli.

Po drugie, okoliczność, iż przykładowo zapisy miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub inne przepisy określające, iż na terenie zbywanym na rzecz PB Górski, można było wznieść wyłącznie budynki z przeznaczeniem na wymiar sprawiedliwości nie stanowiło zamówienia publicznego względnie obejścia przepisów dotyczących zamówienia publicznego na roboty budowlane. Uprawnienia reglamentacyjne władzy państwowej w zakresie urbanistyki nie kreują bowiem prawnie wiążących zobowiązań do zbudowania budynku i przeniesienia jego własności.

Po trzecie, aby w ogóle rozpatrywać, czy doszło do obejścia przepisów dotyczących zamówień publicznych na roboty budowlane niezbędne jest, aby wykonawca kiedykolwiek w sposób bezpośredni lub pośredni zobowiązał się do wykonania robót budowlanych polegających na zbudowaniu budynków sądu oraz do ich zbycia na rzecz Skarbu Państwa oraz by istniała możliwość dochodzenia tego zobowiązania na drodze sądowej. Brak jakiegokolwiek z tych dwóch elementów wyklucza podleganie prawu zamówień publicznych.

Kontrolujący nie wskazał w informacji o wynikach kontroli na istnienie jakiegokolwiek tego rodzaju porozumienie, o takim charakterze, aby zawierało prawnie wiążące zobowiązanie dla wykonawcy do wybudowania budynku i przeniesienia jego własności na Skarb Państwa. Nie doszło kiedykolwiek do zawarcia jakiegokolwiek umowy przedwstępnej, choćby nawet w formie pisemnej, kreującej takie zobowiązanie. Fakt ten był - co istotne - przyczyną impasu w negocjacjach zmierzających do nabycia nieruchomości, ponieważ żadna ze stron nie dysponowała nie tylko instrumentem prawnym umożliwiającym „przymuszenie” drugiej strony do zawarcia transakcji, ale nawet ustaleniem w postaci określenia ceny sprzedaży, czy też warunków umowy. Porozumienie, aby kreowało zobowiązanie podlegające prawu zamówień publicznych, musiałoby zawierać w sobie dwa niezbędne elementy: zobowiązanie wykonawcy do realizacji budynków oraz możliwość dochodzenia tego zobowiązania na drodze sądowej na mocy stosownych przepisów krajowych. Powyższych przesłanek sine qua non dla uznania zamówienia za podlegające przepisom ustawy i Dyrektywy 2004/18 nie da się zastąpić nawet najbardziej kreatywną wykładnią intencji stron, dokonaną przez kontrolującego na str. 30 i nast. informacji o wyniku kontroli. Fakt dokonywania ustaleń z pracownikami sądu, udział tychże w projektowaniu i budowie, udzielania wskazówek i konsultacji nie ma żadnego znaczenia dopóty, dopóki nie kreuje zobowiązania wykonawcy, które mogłoby być dochodzone na drodze sądowej.

Biorąc pod uwagę wytyczne Trybunału Sprawiedliwości zawarte w analizowanym orzeczeniu, porozumienie takie musiałby zawierać wyraźnie określone zobowiązania stron, rodzaj i charakter robót budowlanych, zastrzec dominujący wpływ instytucji zamawiającej na formę i przedmiot robót, zawierać określenie terminów oraz przede wszystkim, określenie ceny i możliwość sądowego dochodzenia realizacji zobowiązań. Jak wskazano wcześniej, charakteru takiego wiążącego porozumienia nie mają listy intencyjne czy inne dokumenty, zawierające niewiążące i usankcjonowane przymusem sądowym, deklaracje i oczekiwania stron. W sytuacji braku wiążącego porozumienia, całość ryzyka ekonomicznego i prawnego wykonania inwestycji spoczywała na PB Górski. Po czwarte, mając na względzie, iż zgodnie art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane i usługi, koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi w przypadku koncesji na roboty budowlane - wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy, przedmiotowa umowa sprzedaży nie narusza również przepisów tej ustawy. Stan faktyczny sprawy nie pozwala w ogóle na kwalifikowanie w ramach przepisu tej ustawy.

Z dostępnych powszechnie na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych materiałów wynika, że w dotychczasowej praktyce Urzędu przedmiotem kontroli były wyłącznie stany faktyczne, w których elementem istotnym było istnienie prawnie wiążącego porozumienia pomiędzy instytucją publiczną, a wykonawcą. Stan faktyczny niniejszego postępowania jest jednak odmienny, co skutkuje prawną niemożnością przypisania naruszenia przepisów ustawy.

W dniu 10 czerwca Prezes UZP w całości nie uwzględnił otrzymanych zastrzeżeń. Odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego dotyczących naruszenia stwierdzonego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, podtrzymał ocenę stanu faktycznego i prawnego w zakresie naruszenia przez zamawiającego wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy, zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady legalizmu, o której mowa w art. 7 ust. 3 ustawy, oraz art. 40 ust. 3 ustawy, w związku z zakupem przez Sąd Okręgowy w Gdańsku (Skarb Państwa), w ramach umowy sprzedaży z dnia 24 maja 2012 r. (Rep. „A” nr 3565/2012), umeblowania zespołu budynków znajdujących się przy ul. 3 Maja 9A w Gdańsku bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie kontrolującego, uwzględniając okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że wyłączeniem stosowania przepisów ustawy na

podstawie art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy jest objęte poza nabyciem nieruchomości budynkowej również nabycie przynależności, w rozumieniu przepisu art. 51 Kodeksu cywilnego, niezbędnych do korzystania z nabywanego budynku zgodnie z jego przeznaczeniem.

Kontrolujący podniósł, iż przepis art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy, który stanowi transpozycję przepisu art. 16 pkt a) Dyrektywy 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowi wyjątek od zasady udzielania zamówienia w trybie ustawowym, w związku z tym interpretacja tego przepisu nie powinna mieć charakteru rozszerzającego. Zgodnie z treścią tego przepisu ustawy nie stosuje się do zamówień których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu. Według kontrolującego zakres stosowania ww. normy, jest literalnie ograniczony do zamówień mających za przedmiot nabycie nieruchomości, tj. nieruchomości zarówno gruntowych, lokalowych, jak i budynków. Wynika to z obowiązującego przepisu art. 46 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nieruchomościami są części powierzchni ziemskiej stanowiącej odrębny przedmiot własności (grunty), jak również budynki trwale z gruntem związane lub części takich budynków, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności. Powyższe oznacza, że ustawowe zwolnienie opisane w omawianym przepisie ustawy dotyczy wyłącznie nieruchomości - budynkowych lub gruntowych, jak i poszczególnych lokali.

Przyjęcie odmiennego poglądu, tzn. że zwolnienie określone w art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy może obejmować rzeczy ruchome, takie jak wyposażenie biurowe, w tym przypadku umeblowanie istniejących budynków, stanowi według kontrolującego przykład wykładni rozszerzającej. Dopuszcza bowiem nabywanie rzeczy ruchomych, które zgodnie z przepisami ustawy powinny być zamawiane w trybach udzielania zamówień publicznych, określonych w art. 10 ustawy. Stanowiska takiego kontrolujący nie może zaaprobować. Stoi ono bowiem w sprzeczności z charakterem przepisu art. 4 ustawy, który wymienia enumeratywnie okoliczności, co do których procedury określone tą ustawą nie mają zastosowania. Powyższy przepis art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy, jako tworzący wyjątek od ogólnej zasady powinien być interpretowany ściśle. Stąd, ma on zastosowanie wyłącznie w sytuacji najmu albo zakupu nieruchomości z gotowym, istniejącym już obiektem budowlanym, lecz bez wyposażenia, które jako ruchomości powinny stanowić przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę.

Wykładnia, jaką przedstawił zamawiający, w ocenie kontrolującego, prowadziłaby do sytuacji, w których zamawiający w sposób dowolny, korzystając z wyłączenia na podstawie art. 4 pkt 3 lit. i)

ustawy, oprócz nabywania nieruchomości, nabywaliby także inne rzeczy ruchome, w tym umeblowanie czy sprzęt biurowy dostarczony do zakupowanych budynków, powołując się tylko na stwierdzenie, że są ich przynależnościami, co pozwalałoby w łatwy sposób na obchodzenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Argumentacja przedstawiona w zastrzeżeniach zdaniem kontrolującego nie uwzględnia, iż zgodnie z przepisami ustawy (art. 2 ustawy), ustawa zawiera własne definicje legalne „dostaw”, „robót budowlanych” oraz „usług”. Służą one temu, aby regulacja dotycząca zamówień publicznych była „szczelna”. Nawet jeżeli przedmiot zamówienia zawiera różne rodzaje zamówienia ustawa określa, który rodzaj zamówienia stanowi główny przedmiot zamówienia. W doktrynie zauważa się, że jeżeli zlecenie ma charakter mieszany, które obejmuje nie tylko wynajem czy dzierżawę określonej nieruchomości, ale również nabycie innych usług, np. hotelowych, cateringowych, ochrony czy transportowych, itp., aby nie narazić się na zarzut dotyczący nieprawidłowego stosowania przepisu art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy każdorazowo należy dokonać prawidłowego ustalenia, co stanowi przedmiot zamówienia. Analogicznie według kontrolującego powinno być w przypadku zamówienia mającego za przedmiot nabycie przez zamawiającego nieruchomości wraz z dostawą, np. mebli.

W świetle powyższego kontrolujący uznał, iż postanowienia umowy sprzedaży z dnia 24 maja 2012 r., w oparciu o które Sąd Okręgowy w Gdańsku (Skarb Państwa) dokonał zakupu umeblowania o wartości ponad 10 mln zł, należy kwalifikować jako zamówienie publiczne na dostawę w rozumieniu definicji legalnej zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy oraz w art. 2 pkt 2 ustawy.

Jednocześnie dodał, iż zamówieniem publicznym może być każda umowa odpłatna, niezależnie od tego, czy jej postanowienia zawierają essentialia negotii właściwe dla jednego z typów umów uregulowanych w przepisach księgi trzeciej Kodeksu cywilnego, czy też nie. Oznacza to, iż zamówieniem publicznym mogą być także umowy mieszane lub umowy nienazwane. Istotne jest czy umowa zawiera elementy konstytutywne dla stwierdzenia zamówienia publicznego.

Kontrolujący przypomniał, że zamawiający nie zakwestionował na etapie zastrzeżeń, że: „(...) wyposażenie (nabyte na podstawie ww. umowy sprzedaży) zostało wykonane na zamówienie Sądu i zainstalowane we wszystkich pomieszczeniach przez Przedsiębiorstwo Budowlane „Górski” Sp.zo.o. SKA. (...)”

Reasumując, kontrolujący podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 maja 2014 r, naruszenie przez zamawiającego dyspozycji przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 40 ust. 3 ustawy, w związku z zakupem przez Sąd Okręgowy w Gdańsku (Skarb Państwa), umeblowania zespołu budynków znajdujących się przy ul. 3 Maja 9A w Gdańsku bez stosowania przepisów ustawy.

Dodatkowo, odnosząc się do uwagi zamawiającego, iż: „Kontrolujący nie ustalił, że jakiegokolwiek wyposażenie nabywanego budynku nie było jego przynależnością”, kontrolujący zauważył, iż zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar dowodu, że rzecz jest przynależnością innej rzeczy, spoczywa na tym, kto tak twierdzi i wywodzi z tego skutki prawne. Przedmiotem takiego dowodu powinny być przesłanki określone w art. 51 Kodeksu cywilnego, w szczególności poprzez wykazanie pomocniczego charakteru rzeczy ruchomej w stosunku do rzeczy głównej, oraz ustalenie faktycznego związku (celu) odpowiadającego rzeczy głównej i jej potrzebom. Kontrolujący podniósł, że w zastrzeżeniach zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że określone w umowie rzeczy, np. szafa ubraniowa (208 sztuk), kontener pod czajnik (179 sztuk), szafa z drzwiami pełnymi (691 sztuk), szafa z drzwiami przeszklonymi (142 sztuki), regał otwarty (75 sztuk), fotel biurowy na kółkach (524 sztuki), telewizor (9 sztuk), sofa skórzana 3 - osobowa (4 sztuki), czy krzesło biurowe (318 sztuk), mają charakter przynależności. Zamawiający nie udowodnił także charakteru przynależności w stosunku do pozostałych rzeczy wymienionych w załączniku do umowy z dnia 24 maja 2012 r. A zatem, kontrolujący uznał, że sam zamawiający nie udowodnił, że nabyte przez zamawiającego rzeczy były przynależnościami.

2. W przypadku zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszenia stwierdzonego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli kontrolujący wskazał, że należy zgodzić się z zamawiającym, iż w toku kontroli nie stwierdzono, aby zamawiający zawierał z wykonawcą umowę pisemną, bezpośrednio lub pośrednio, zobowiązującą wykonawcę do realizacji inwestycji polegającej na budowie kompleksu siedmiu budynków „Centrum Sprawiedliwości” w Gdańsku, co odnotowano w Informacji o wyniku kontroli.

Niemniej, okoliczności faktyczne jakie towarzyszyły budowie ww. zespołu budynków zdaniem kontrolującego nakazują uznać, odmiennie niż zamawiający, iż w sprawie doszło do obejścia przepisów ustawy w sytuacji nabycia nieruchomości, na której wykonawca zrealizował roboty budowlane uwzględniające konkretne wymagania zamawiającego.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego, kontrolujący uważa, że w toku kontroli zostało przeanalizowane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej związane z wykładnią przepisów art. 16 a) dyrektywy klasycznej w celu dokonania prawidłowej oceny prawnej ustalonego w kontroli stanu faktycznego. W opinii kontrolującego przedmiotowa sprawa jest bezprecedensowa. Co za tym idzie żadne z powołanych orzeczeń nie może zostać uznane za analogiczne względem okoliczności tej konkretnej sprawy. Stan faktyczny, przywołany przez zamawiającego, z wyroku ETS z dnia 25 marca 2010 r. sygn. C - 451/08 (Helmut Muller GmbH) zasadniczo różni się od sprawy „Centrum Sprawiedliwości” w Gdańsku. Przede wszystkim, Budnesanstalt fur Immobilienaufgabe (Urząd Federalny ds. Nieruchomości) sprzedał koszary Wittekind spółce GSSI (Gut Spascher Sand Immobilien GmbH), za zgodą miasta Wildeshausen, uprzednio nie dokonując żadnych zmian planu zagospodarowania przestrzennego. W dniu 24 maja 2007 r. (tj. przed zawarciem umowy sprzedaży przez ww. strony w dniu 6 czerwca 2007 r.), rada miasta tylko opowiedziała się za projektem przedstawionym przez GSSI, stwierdzając, że może wszcząć procedurę zmierzającą do opracowania planu zagospodarowania terenu na podstawie projektu, ale jednocześnie wyraźnie zastrzegła, że nie uważa tej deklaracji za wiążącą w stosunku do uprawnień miasta w zakresie urbanistyki, podkreślając, że przy ich wykonywaniu posiada swobodę uznania. Projekt zagospodarowania ww. terenu przedstawiony przez GSSI uzyskał więc uprzednio jedynie aprobatę ww. Urzędu Federalnego oraz władz miasta Wildeshausen, z uwagi na możliwość zwiększenia atrakcyjności terenu dla miasta Wildeshausen przez jego realizację. Równocześnie, z treści akapitu - pkt 26 i 27 ww. orzeczenia, na które powołuje się w zastrzeżeniach zamawiający, wynika, że to sąd niemiecki uważał, że w niedalekiej przyszłości, lecz niedającej się jeszcze określić, miasto Wildeshausen wykona przysługujące mu swobodne uznanie i uchwali plan zagospodarowania przestrzennego dla konkretnego projektu. Przy czym umowa sprzedaży nieruchomości na rzecz GSSI nie zawierała żadnego odniesienia do przyszłego wykorzystania sprzedanego terenu.

Tymczasem, według ustaleń stanu faktycznego, w kontrolowanej sprawie, uchwała Rady Miasta Gdańska w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dla ul. 3 Maja nr 9A w Gdańsku, określająca nowe przeznaczenie dla ww. terenu - „usługi wymiaru sprawiedliwości”, zapadła na 11 miesięcy przed zawarciem między PB GÓRSKI sp. z o.o. S.K.A. a Gminą Miasta Gdańska umowy ustanowienia odrębnej własności oraz umowy zamiany (Rep. „A” nr 6237/2010), w drodze której PB GÓRSKI Sp. z o.o. S.K.A. nabyło prawa do działek stanowiących grunty nr 12/8, 12/29, 12/32, 12/33, 12/10, 6/22, położonych przy ul. 3 Maja (oraz

działek stanowiących grunty ew. o nr 269/2, 270/4 oraz 273/10 znajdujące się w rejonie ul. Toruńskiej).

W § 1 umowy zamiany, potwierdzono, że działki gruntu 12/8, 12/29, 12/32, 12/33, 12/10, 6/22 zgodnie z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, Śródmieście-Grodzisko rejon ul. 3 Maja 9A w mieście Gdańsku przeznaczone są pod zabudowę usługową - „usługi wymiaru sprawiedliwości”. Jak wynika z aktu notarialnego, stawiający przedłożyli m.in. zarządzenie nr 1646/10 Prezydenta Gdańska - z dnia 4.11.2010 r., z którego uzasadnienia wynika wprost, że umowa zamiany miała ułatwić realizację koncepcji zagospodarowania przez ww. spółkę działek położonych przy ul. 3 Maja 9 pod funkcje wymiaru sprawiedliwości zgodnie z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

Nadto, w odróżnieniu od stanu faktycznego analizowanego w wyroku ETS z dnia 25 marca 2010 r. sygn. C - 451/08, w sprawie będącej przedmiotem kontroli zamawiający (poprzez osoby reprezentujące) bezpośrednio uczestniczył w formułowaniu wymagań wobec budowanych przez ww. wykonawcę budynków. W rezultacie czego, powstał zespół budynków spełniający konkretne, specyficzne i wymierne wymagania zamawiającego. W ocenie kontrolującego ustalenia te mają niebagatelne znaczenie dla prawidłowej oceny sprawy. Dodatkowo kontrolujący zauważył, że zamawiający tych ustaleń nie kwestionuje.

W przypadku zaś sprawy Helmut Muller GmbH, Urząd Federalny oraz władze miasta Wildeshausen „postanowił sprzedać teren oferentowi, który wykazał, że posiada w stosunku do tego terenu plany wykorzystania i zabudowy uznane za najbardziej interesujące i zasługujące na uwzględnienie przez władze gminne posiadające uprawnienia w zakresie zagospodarowania przestrzennego terenu/6 A zatem, w ww. wyroku, inaczej niż w sprawie „Centrum Sprawiedliwości” w Gdańsku, rada miasta Wildeshausen nie opracowała listy wymogów dotyczących obiektu budowlanego, który miał być zbudowany na terenie koszar Wittekind, położonych w mieście Wildehausen. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym miasto Wildeshausen ograniczyło się do uchwalenia, że może zbadać projekt przedstawiony przez spółkę GSSI i rozpocząć procedurę opracowywania odpowiedniego planu zagospodarowania przestrzennego.

W sprawie KND/19/13, zamawiający Sąd Okręgowy w Gdańsku, jak wykazano w Informacji o wyniku kontroli, formułował względem projektowanych budynków zespołu konkretne wymagania. Kontrolujący w tym miejscu należy zauważyć, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał w pkt 67 ww. wyroku z dnia 25 marca 2010 r., że aby można było uznać, że instytucja

zamawiająca określiła swe wymogi w rozumieniu art. 1 pkt 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 „konieczne jest, by podjęła jakieś kroki mające na celu zdefiniowanie cech obiektu budowlanego, albo przynajmniej, wywarcie decydującego wpływu na jego projektowanie.”

W ocenie kontrolującego, okoliczności faktyczne przedstawione w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli pozwalają na stwierdzenie, że zamawiający wywierał decydujący wpływ na projekt zespołu budynków położonych przy ul. 3 Maja 9A w Gdańsku.

Stąd, kontrolujący uznał, iż przytoczony przez zamawiającego wniosek, pochodzący z omawianego wyroku ETS, iż >>działania władz publicznych w zakresie regulacji urbanistycznej polegające na badaniu przedkładanych mu projektów budowlanych lub wydawanie decyzji należących do zakresu tych kompetencji, nie spełnia przesłanki dotyczącej „wymogów określonych przez instytucję zamawiającą” w rozumieniu powyższego przepisu, został niewłaściwie odniesiony do kontrolowanej sprawy. Zdaniem kontrolującego wymagania względem obiektów, które miały zostać wybudowane przez Wykonawcę PB GÓRSKI, formułował wyłącznie zamawiający. Natomiast gwarantem ich realizacji było Miasto Gdańsk. Takich instrumentów prawnych dostarczały Miastu Gdańsk przepisy ustawy Prawo budowlane, co zostało szeroko omówione w Informacji o wyniku kontroli. Powyższy wniosek jest tym bardziej uzasadniony, że ETS nie wykluczał możliwości zastosowania dyrektywy 2004/18 do procedury udzielania zamówienia w dwóch etapach, polegającego na sprzedaży terenu, który następnie będzie przedmiotem zamówienia na roboty budowlane, przy założeniu, że obie operacje stanowią jedną całość.

W kontrolowanej sprawie, przeniesienie własności nieruchomości przez władze publiczne na rzecz PB GÓRSKI było związane z wykonaniem przez ww. wykonawcę robót budowlanych na rzecz zamawiającego. Dowodem tego jest treść § 1 ww. umowy ustanowienia odrębnej własności oraz umowy zamiany (Rep. „A” nr 6237/2010). Ww. zapis umowy, który przypominał stronom przeznaczenie ww. terenów nie może być odczytywany w oderwaniu od kontekstu sytuacyjnego, a w szczególności od „Koncepcji poprawy warunków lokalowych sądów: okręgowego i rejonowego Gdańsk - Południe w Gdańsku” z dnia 29 kwietnia 2008 r., czy też „Inicjatywy na rzecz poprawy warunków funkcjonowania sądownictwa gdańskiego”, których treść została szeroko umówiona w Informacji o wyniku kontroli.

Co do zasady intencje stron wyartykułowane w ww. dokumentach nie stanowią prawnie wiążących zobowiązań, jednakże zdaniem kontrolującego w niniejszej sprawie wyrażają zgodny cel i zamiar stron inicjatywy polegający na wybudowaniu przez Wykonawcę PB GÓRSKI

kompleksu budynków położonych przy ul. 3 Maja 9A w Gdańsku przeznaczonych do wykonywania funkcji sądowniczych przez zamawiającego Sąd Okręgowy w Gdańsku oraz Sąd Rejonowy Gdańsk - Południe w Gdańsku.

Według kontrolującego powyższe prowadzi do wniosku, że zakup przedmiotowego kompleksu wybudowanego z przeznaczeniem dla wymiaru sprawiedliwości był w rzeczywistości poprzedzony dorozumianym udzieleniem wykonawcy PB GÓRSKI zamówienia na roboty budowlane polegające na wykonaniu kompleksu budynków „Centrum Sprawiedliwości” w Gdańsku, co nastąpiło z ominięciem przepisów ustawy, a w konsekwencji z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Gdyby przyjąć, że brak umowy pisemnej wystarczy do uznania, iż w sprawie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy, oznaczałoby to aprobatę dla udzielania zamówień w budownictwie na ogromne sumy z ominięciem procedury zamówień publicznych. Wystarczyłoby powielić „model” inwestycyjny przyjęty przez strony, który generalnie sprowadza się do sytuacji, w której sprzedający zbywa na rzecz nabywcy określoną nieruchomość, mającą przeznaczenie na cele publiczne, a nabywca wykonuje określone roboty budowlane na tej nieruchomości w interesie publicznym, bezumownie, „pod klucz” według wymagań zamawiającego lub innego podmiotu trzeciego, a następnie ww. nieruchomość zwrotnie przenosi na sprzedającego bądź inny podmiot publiczny.

Kontrolujący nie zgodził się z zamawiającym, że w niniejszej sprawie nie stwierdzono porozumienia, które zawierałoby następujące elementy: 1) zobowiązanie wykonawcy do realizacji budynków oraz 2) możliwość dochodzenia tego zobowiązania na drodze sądowej na mocy stosownych przepisów krajowych.

Kontrolujący stoi na stanowisku, że okoliczności faktyczne oraz prawne nakazują stwierdzić, iż takie porozumienie, o charakterze dorozumianym miało miejsce, bo inaczej nie można wyjaśnić, jak wykonawca mógł podjąć się realizacji ww. inicjatywy. Niniejsze porozumienie w zakresie wykonania robót budowlanych mimo braku pisemnego charakteru, wyraża się poprzez zgodny cel i zamiar stron, który wynika nie tylko z umów zawieranych między Wykonawcą a Miastem Gdańsk, ale z całego łańcucha zdarzeń faktycznych i prawnych prowadzących do zawarcia umowy sprzedaży z dnia 24 maja 2012 r.

Zobowiązanie wykonawcy do realizacji budynków, zdaniem kontrolującego, wynikało w sposób pośredni z zapisów miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego oraz umowy nabycia od Miasta Gdańsk terenów położonych przy ul. 3 Maja 9 w Gdańsku, na których wykonawca mógł tylko wybudować budynki przeznaczone do świadczenia usług wymiaru sprawiedliwości.

Zgodnie z ustaleniami dokonanymi w stwierdzonym naruszeniu, możliwość dochodzenia realizacji tych budynków była zapewniona w trybie administracyjno - prawnym przez sądy administracyjne, o czym mowa była w Informacji o wyniku kontroli.

Kontrolujący podkreślił rolę wzajemnych zależności faktycznych, które powodowały, że zakup budynków sądów był dla PB GÓRSKI oraz zamawiającego tylko raczej kwestią ustalenia ceny i niektórych warunków tego zakupu. Zdaniem kontrolującego nie można bowiem nie zauważyć, że kiedy jesienią 2011 r. wykonawca zakończył budowę kompleksu „Centrum Sprawiedliwości” w Gdańsku, 5 z 7 budynków kompleksu było zasiedlone przez zamawiającego na podstawie umowy najmu. A zatem, w większości budynków kompleksu zamawiający realizował już w pełni funkcję sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Jednocześnie, zamawiający nie był w stanie pozyskać odpowiedniej powierzchni, zabezpieczającej prawidłowe funkcjonowanie gdańskiego wymiaru sprawiedliwości, w perspektywie najbliższych 6 miesięcy. Jak wynikało bowiem z badania rynku nieruchomości wykonanego na zlecenie sądu, istniejące obiekty wymagały adaptacji odpowiadającej specyfice funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Natomiast, w przypadku nieruchomości położonych przy ul. 3 Maja 9 w Gdańsku, obiekty były kompletnie wyposażone i przystosowane dla potrzeb funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. W opinii Prezesa Sądu Rejonowego w Gdańsku przedstawionej w piśmie z dnia 17 kwietnia 2012 r. Prezesowi Sądu Okręgowego w Gdańsku, przeniesienie wydziałów sądu do posiadanej bazy lokalowej było niewykonalne, ponieważ nie było możliwe funkcjonowanie Sądu na powierzchni 120 m² z 271 pracownikami, kiedy same archiwa wymagały 150 m² powierzchni.

Sytuacja wykonawcy, zdaniem kontrolującego, także zmuszała go do sprzedaży nieruchomości na rzecz aktualnego najemcy - Sądu Rejonowego i Okręgowego w Gdańsku. Wykonawca poniósł ogromne koszty finansowe na własne ryzyko prawne i ekonomiczne, gdyż nie zawarł żadnej umowy zobowiązującej zamawiającego do nabycia ww. kompleksu budynków. Dodatkowo, wyposażył wszystkie budynki w umeblowanie biurowe, w tym także w meble konieczne ściśle do realizowania funkcji wymiaru sprawiedliwości, o wartości ponad 10 mln zł. Sprzedaż ww. budynków wybudowanych pod potrzeby takiego odbiorcy, jakim był sąd innemu nabywcy niż zamawiający wiązałyby się więc co najmniej z poniesieniem strat finansowych, o ile w ogóle wykonawca znalazłby nabywcę na teren o tak skonkretyzowanym, zgodnie z planem zagospodarowania przestrzennego, przeznaczeniu - „usługi wymiaru sprawiedliwości”. Budynek sądu nie stanowi bowiem typowego rodzaju powierzchni biurowej, której zakupem byłby zainteresowany każdy podmiot. W ocenie kontrolującego, zakup ww. kompleksu przez zamawiającego był w interesie zarówno wykonawcy, jak i zamawiającego.

Reasumując, kontrolujący stwierdził, iż w przedmiotowej sprawie nie było podstaw do zastosowania wyłączenia stosowania ustawy, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit i) ustawy, gdyż wyłączenie to następuje tylko w przypadku nabycia lub najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia wymagań w stosunku do takiego obiektu.

Kontrolujący podtrzymał zatem stwierdzone w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 maja 2014 r. naruszenie przez zamawiającego dyspozycji przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 40 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z udzieleniem przez Zamawiającego Wykonawcy PB GÓRSKI zamówienia na roboty budowlane polegającego na realizacji 7 budynków kompleksu „Centrum Sprawiedliwości” w Gdańsku bez stosowania przepisów ustawy.

W dniu 17 czerwca 2014r. zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej swoje pisemne stanowisko dotyczące treści pisma Prezesa UZP z dnia 10 czerwca 2014 r. Kontrolowany podtrzymuje zgłoszone zastrzeżenia w całości i wniósł o uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą zastrzeżeń kontrolowanego.

Kontrolowany podniósł, że rozstrzygając zastrzeżenia Prezes UZP nie wykazał, że nastąpiło omińnięcie przepisów ustawy, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, jak i art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy oraz art. 40 ust. 3 ustawy zarówno w zakresie pierwszego, jak i drugiego punktu informacji o wynikach kontroli.

Dodatkowo kontrolowany wskazał, że wbrew stanowisku wyrażonemu w piśmie z dnia 10 czerwca 2014 roku, analiza zasadniczego dla przedmiotu kontroli orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 marca 2010 roku sygn. C-451/08, Helmut Muller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, przy udziale: Gut Spascher Sand Immobilien GmbH, miasta Wildeshausen pod kątem materiału dowodowego zebranego w toku kontroli została dokonana dopiero na etapie zastrzeżeń i dopiero obecnie kontrolowany może się do nich odnieść. W ocenie kontrolowanego Prezes UZP niewłaściwie zastosował art. 6 kc, albowiem w jakimkolwiek postępowaniu kontrolnym obowiązek ustalenia stanu faktycznego, jego dowiedzenia i oceny jest obowiązkiem kontrolującego. Kontrolowany podniósł ponownie niewłaściwą wykładnię przepisów ustawy w świetle błędnie wyłożonego orzeczenia ETS, gdyż kontrolujący mógłby stwierdzić naruszenie zarzucanych zamawiającemu przepisów ustawy jedynie w sytuacji, gdyby zamawiającego i wykonawcę wiązał prawnie skuteczny stosunek prawny, który byłby możliwy do wyegzekwowania przed sądem powszechnym.

W zakresie pierwszego ze stwierdzonych naruszeń kontrolowany podniósł, że kontrolujący powieła błąd polegający na rozłącznym traktowaniu transakcji nabycia nieruchomości oraz transakcji nabycia mebli i wyposażenia znajdującego się na tej nieruchomości. Tymczasem według kontrolowanego dopiero stwierdzenie, że nabycie nieruchomości narusza przepisy ustawy uprawnia do zbadania i zweryfikowania transakcji nabycia mebli i wyposażenia. W ocenie kontrolowanego bowiem nie doszłoby do zakupu żadnego z elementów wyposażenia i mebli, gdyby nie został dokonany zakup nieruchomości. Podnoszone przez kontrolowanego, a ustalone w orzeczeniu ETS C-451/08 warunki sine qua non uznania zamówienia za zamówienie publiczne odnoszą się nie do zastosowania zwolnienia ze stosowania zamówień publicznych dla zakupu nieruchomości, ale dla stosowania zamówień publicznych w ogóle, tak w zakresie nabycia nieruchomości jak i dostawy mebli i wyposażenia. Innymi słowy, wszelkie argumenty kontrolowanego oparte o brak prawnie wiążącego zobowiązania mogącego być dochodzonym przed Sądem odnoszą się również do dostawy mebli i wyposażenia. O braku prawnie wiążącego zobowiązania mogącego być dochodzonym przed Sądem kontrolowany wskazał szczegółową argumentację w dalszej części omawianego pisma. Zdaniem kontrolowanego dopiero w drugiej kolejności analizowane winny być argumenty odnoszące się do dopuszczalności nabycia – w ramach zwolnienia przewidzianego w art. 4 pkt 3 lit. i ustawy – w ramach transakcji nabycia nieruchomości również przynależności w rozumieniu art. 51 kc.

Kontrolowany odnosząc się dalej do kwestii przynależności wskazał, że Kontrolujący analizując zebrany w sprawie materiał dowodowy nie zważył, że przedmiotem umowy była sprzedaż istniejącego budynku wraz z wyposażeniem na cele sądowe, a nie zakup nieruchomości w celu jej późniejszej adaptacji przez Skarb Państwa na cele sądowe, a wręcz ze stanowiska Prezesa UZP wynika, że gdyby kontrolowany wykazał, że wyposażenie i meble są przynależnościami, to kontrolujący nie stwierdziłby naruszenia ustawy. Kontrolowany tezę kontrolującego o rozkładzie ciężaru dowodu w postępowaniu kontrolnym uznał za szokującą i wynikającą prawdopodobnie z pomylenia przez autora pisma postępowania kontrolnego z postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą. Tymczasem według kontrolowanego, mimo uregulowania w tej samej ustawie, są to instytucje zupełnie odmienne. Wskazał, że kodeks cywilny, zgodnie z art. 1, reguluje stosunki cywilnoprawne, a nie stosunki administracyjnoprawne. Żadne postępowanie kontrolne w Polsce nie jest oparte o jakiegokolwiek reguły z postępowania cywilnego, ponieważ oczywiście stanowi domenę sfery administracyjnoprawnej, a nie cywilnoprawnej. Kontrola prowadzona przez Prezesa UZP nie jest tu żadnym wyjątkiem i nie zmienia tej okoliczności fakt, że wyników kontroli, jak również opinii Krajowej Izby Odwoławczej, nie można zaskarżyć do sądu

administracyjnego. Podobnie również do sądu administracyjnego nie można bowiem zaskarżyć wyników innych postępowań kontrolnych, których wynikiem jest po prostu protokół pokontrolny lub inny dokument tej samej rangi; zaskarżeniu podlegają wyłącznie akty administracyjne wydane w toku następczych postępowań zainicjowanych przez postępowania kontrolne (np. postępowanie podatkowe, postępowanie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych itp.).

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem quasi sądowym, spierają się dwie strony przyszłego stosunku cywilnoprawnego; Izba jest organem sądowym; jest to sytuacja zupełnie inna od kontroli wykonywanej przez organ administracji publicznej, jakim jest Prezes Urzędu. Spór przez Izbą nie dotyczy, co oczywiste, stosunku pomiędzy organem administracji, a kontrolowanym podmiotem. Stąd też, zresztą na mocy szczególnego przepisu, jakim jest art. 190 ustawy, można wywodzić ciężar dowodu w tym postępowaniu.

Wbrew stanowisku wyrażonemu w piśmie Prezesa Urzędu z dnia 10 czerwca 2014 roku, to Prezes Urzędu prowadzi postępowanie kontrolne i nie można zastąpić obowiązku dokonywania ustaleń przez Prezesa Urzędu przerwaniem na kontrolowanego ciężaru dowodu w oparciu o art. 6 kc. To z uwzględnieniem wskazówek osoby trzeciej nie tworzy żadnego prawnie wiążącego zobowiązania i to kontrolujący ma dowodzić brak naruszenia przepisów ustawy, ale to kontrolujący ma wykazać ich ewentualne naruszenie. Nie ma tu bowiem sporu, w którym mógłby następować rozkład ciężaru dowodowego. Wśród katalogu obowiązków kontrolowanego z art. 163 ust. 1 ustawy nie wynika obowiązek analogiczny do treści art. 190 ust. 1 ustawy, dopiero istnienie takiego przepisu byłoby warunkiem niezbędnym, aby w ogóle mówić o ciężarze dowodu. Jako przykład kontrolowany powołał procedurę cywilną. Niezależnie od powyższego kontrolowany podniósł, że z całokształtu materiału dowodowego ocenianego zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego wynika, że całość elementów wyposażenia stanowi przynależność budynku sądu ponieważ zgodnie z art. 51 kc, są one potrzebne do korzystania z obiektu dla wykonywania jego funkcji sądowo – biurowej. Kontrolowany uważa, że trudno racjonalnie zwalczać pogląd, że szafy, kontenery biurowe, regały, fotele biurowe, sofy, telewizory i krzesła nie są potrzebne do normalnego korzystania z nieruchomości zgodnie z jej przeznaczeniem. Dokładnie wszystkie te elementy (wliczając telewizor) znajdują się również w UZP tak w poczekalni przed salą rozpraw, jak i na samych salach. Nikt nie kwestionuje, że są one potrzebne do normalnego funkcjonowania Urzędu czy KIO, wykonywania pracy przez pracowników, pełnienia funkcji przez arbitrów i obsługi interesantów. Odnośnie zarzutu związanego z pominięciem stosowania ustawy przy zakupie nieruchomości to kontrolowany stwierdził, że Prezes UZP potwierdził, że nie stwierdzono zawarcia jakiegokolwiek pisemnej

umowy, bezpośrednio lub pośrednio zobowiązującej wykonawcę do realizacji inwestycji. Ponownie zwrócił uwagę, że aby stwierdzić naruszenie przepisów ustawy, należałoby ustalić, że doszło do zawarcia prawnie wiążącego zobowiązania do wykonania budynku Sądu, którego strona transakcji mogłaby dochodzić przed Sądem. W sposób kategoriyczny w ocenie kontrolowanego zostało to przesądzone w tezach wyroku ETS C-451/08. W ocenie kontrolowanego innymi słowy należy ustalić:

1. istnienie zobowiązania o charakterze prawnie wiążącym obie strony,
2. istnienie prawnej możliwości dochodzenia tego zobowiązania przed sądem krajowym (tu sądem powszechnym).

Stanowczo kontrolowany podniósł, że samo ustalenie wykonania przez wykonawcę obiektu uwzględniającego konkretne wymagania kontrolowanego, bez stwierdzenia istnienia prawnie wiążącego zobowiązania, które może być dochodzone przed sądem powszechnym, nie może zastąpić w żaden sposób obowiązku dokonania powyższych ustaleń. Samo wykonywanie obiektu z uwzględnieniem wskazówek osoby trzeciej nie tworzy żadnego prawnie wiążącego zobowiązania i to niezależnie od funkcji miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

Zdaniem kontrolowanego dokonując ustaleń należałoby odpowiedzieć na pytania, czy i jakie roszczenia miałyby jakkolwiek ze stron umowy sprzedaży nieruchomości przy ulicy 3 Maja, gdyby do transakcji nie doszło. Kontrolujący skrzętnie pomija tak to pytanie, jak i odpowiedź na nie, mimo, że mają zasadniczy znaczenie na dokonania ustalenia w zakresie naruszenie przepisów ustawy.

Kontrolujący wskazał (str. 5 akapit drugi) , że w jego ocenie niniejsza sprawa ma charakter precedensowy, a „żadne z orzeczeń nie może zostać uznane za analogiczne względem okoliczności tej konkretnej sprawy”. Stanowi to istotną zmianę i wycofanie się w stosunku do stanowiska wyrażonego w informacji o wynikach kontroli, w którym orzeczenia ETS zostały wymienione jako wspierające tezy Kontrolującego.

Kontrolujący, według kontrolowanego, nie dostrzega, że nigdy stan faktyczny żadnej sprawy nie będzie tożsamy z inną sprawą. Jest to tym bardziej oczywiste w przypadku orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, kiedy to jeden sąd ocenia stosowanie tych samych przepisów unijnych, ale w porządkach prawnych już prawie trzydziestu Państw Członkowskich. Jednakże tezy wyrażone przez Trybunał mają charakter uniwersalny już choćby z tej przyczyny,

że wykładni podlegają przepisy dyrektyw o analogicznym przecież brzmieniu dla każdego Państwa Członkowskiego. Skupić się zatem należy nie na poszukiwaniu różnic w stanie faktycznym, bo takie oczywiście, że będą, a na analizie przesłanek ogólnych i wytycznych zawartych w poszczególnych motywach rozstrzygnięcia.

Kluczowym argumentem podniesionym przez Kontrolującego jest uprzednie uchwalenie przez Radę Miasta Gdańska miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, dopuszczającego na terenie, na którym wzniesiono obiekty „usługi wymiaru sprawiedliwości”. Powstaje jednak pytanie, jakie ma to odniesienie do ustalenia zawarcia prawnie wiążącego zobowiązania do wykonania budynku Sądu, którego strona transakcji mogłaby dochodzić przed Sądem.

Otóż, w ocenie kontrolującego, wpływ ma to ustalenie jest dokładnie żaden. Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jako przepis miejscowy kształtuje wykonywania prawa własności uprawnionego, czyli określając ład przestrzenny decyduje, co na danym terenie można zbudować i jaką działalność wykonywać. W żaden sposób nie tworzy jednak jakiegokolwiek prawnie wiążącego zobowiązania do wzniesienia obiektu, a tym bardziej do jego sprzedaży za określoną ceną określonemu podmiotowi. Nie ogranicza prawa wykonawcy do sprzedaży zbudowanego obiektu komukolwiek, ani też nie tworzy uprawnienia dla kontrowanego czy jakiegokolwiek innego podmiotu (administracji rządowej, samorządowej itp.) do zakazania sprzedaży obiektu innemu, niż kontrolujący podmiotowi, czy też nakazania sprzedania go kontrolowanemu.

Zwrócił także uwagę, że w sprawie ETS C-451/08 w pytaniach prejudycjalnych 2 i 6 oraz częściowo 5, Sąd zwrócił się do Trybunału o rozważenie wpływu ogólnych kompetencji administracyjnych w dziedzinie zatwierdzania projektów na kwalifikację stanu faktycznego jako objętego pojęciem „zamówienia publicznego”.

Trybunał odniósł się do tej kwestii w motywach 55-58 wyroku C-451/08, które mają charakter rozważań zdecydowanie ogólnych, a nie odnoszących się wyłącznie do jednego konkretnego stanu faktycznego. Kontrolowany zacytował te tezy i podniósł, że kontrolujący na stronie 8 pisma z dnia 10 czerwca 2014 roku próbuje skierować tok myślowy w błędnym kierunku, stwierdzając, że to brak umowy pisemnej miałby świadczyć o braku naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest istotą niniejszej sprawy brak pisemnej umowy; nie była to również istotą orzeczenia C-451/08. Istotą jest brak prawnie wiążącego zobowiązania mogącego być dochodzonym na drodze sądowej. Czy zobowiązanie to będzie wynikało z umowy, czy z

przepisów prawa ogólnego, czy miejscowego, nie ma zdaniem Trybunału żadnego znaczenia - chodzi o istnienie prawnie wiążącego zobowiązania w ogóle, bądź jego brak. W świetle orzeczenia C-451/08 opis modelu inwestycyjnego dokonany w akapicie drugim na str. 8 pisma, abstrahując od tego, że w niniejszej sprawie na podstawie materiału dowodowego nie można przyjąć istnienia takiego modelu, to faktycznie nie narusza on Prawa zamówień publicznych dopóty, dopóki inwestycja dokonywana jest na wyłączne ryzyko wykonawcy, bez żadnej gwarancji nabycia obiektu przez podmiot publiczny. W żadnym akapicie zarówno informacji o wynikach kontroli, jak i piśmie z dnia 10 czerwca 2014 roku nie ma odniesienia do sytuacji, w której nie doszłoby do nabycia nieruchomości; choćby próby wskazania ścieżki prawnej nakazującej realizację umowy, z prostej przyczyny, bo takiej ścieżki po prostu nie ma. Chłodna i rzetelna analiza szerokiego materiału dowodowego zebranego przez kontrolującego musi według kontrolowanego prowadzić do stwierdzenia, że w tej konkretnej sprawie, budowa obiektu odbyła się na wyłączne ryzyko podmiotu prywatnego. Kontrolowany uważa, że błędne jest twierdzenie, że możliwość dochodzenia realizacji tych budynków była zapewniona w trybie administracyjnoprawnym przez sądy administracyjne. W ocenie kontrolowanego jest to oczywista nieprawda. Prawu polskiemu nie jest znane roszczenie o wzniesienie obiektu realizowane przed sądem administracyjnym. Na pewno takie roszczenie nie może być realizowane w oparciu o miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego. Błąd w rozumowaniu kontrolującego polega na utożsamieniu uprawnień do kształtowania ładu przestrzennego, a nawet pozwolenia na budowę konkretnego obiektu, z zobowiązaniem do wybudowania i przeniesienia jego własności na kontrolowanego bądź jakikolwiek inny podmiot. Na marginesie już tylko kontrolowany wskazał, że organy nadzoru budowlanego czy inne nie dysponują jakimkolwiek narzędziem prawnym zobowiązującym inwestora do zaprojektowania obiektu, złożenia wniosku o pozwolenie na budowę, realizację robót czy choćby dokończenie robót przerwanych. Kontrolowany uważa także, że wywody kontrolującego, co do faktycznego przymusu stron do zawarcia umowy sprzedaży są nieprawdziwe, ale także irrelewantne dla wywiedzenia wniosku o naruszeniu lub braku naruszenia ustawy. Istnienie prawnie wiążącego zobowiązania mogącego być dochodzonym przed sądem jest bowiem obiektywną kategorią prawną, a nie faktyczną i polega na odpowiedzi na pytanie, czy jakakolwiek ze stron ma prawne możliwości zobowiązania drugiej strony transakcji. Kontrolujący pisząc, że zakup budynków sądu był tylko raczej kwestią ustalenia ceny i niektórych warunków tego zakupu nie odpowiada na pytanie, co by się zdarzyło, gdyby do tych ustaleń nie doszło. W tym miejscu kontrolowany podkreślił, że kontrolujący skupił się na opisie okoliczności faktycznych z okresu zaprojektowania i wybudowania obiektu, marginalnie opisując okoliczności związane z

negocjacji na etapie nabycia budynku. Podczas gdy te właśnie zdarzenia świadczą o braku prawnie wiążącego zobowiązania, gdyż negocjacje zostały nieomal zerwane i było wysoce prawdopodobne, że do zakaz wszechstronnego ustalenia i oceny materiału dowodowego nakazuje kontrolującemu uwzględnienie jego całokształtu, a nie jedynie wydzielonej części. Według kontrolowanego jest oczywiste, że w takim przypadku Sąd użytkowałby obiekt bezumownie, a roszczenia wykonawcy sprowadzałyby się do roszczeń odszkodowawczych i o eksmisję. Gdyby nie doszło do sprzedaży nieruchomości, Sąd musiałby wrócić do starej siedziby i pracować w trudnych warunkach. Także ewentualna strata wykonawcy w przypadku nie dojścia transakcji do skutku była możliwa i niewątpliwie w ocenie kontrolowanego transakcja była w interesie obu stron umowy, ale nie jest to równoznaczne z naruszeniem ustawy. Argument kontrolującego, jest w tym zakresie w ocenie kontrolowanego chybiony. Kontrolowany w ostatnim akapicie stawia tezę, że kontrolujący ma trudności z akceptacją faktu, że podmiot prywatny dobrowolnie i na własne ryzyko, bez żadnej gwarancji ze strony Skarbu Państwa, podjął się zbudowania budynku spełniającego konkretne potrzeby sądowe. Kontrolowany uważa, że stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie daje podstaw do ustalenia, że istniały jakiegokolwiek prawnie wiążące zobowiązanie mogące być dochodzone przed sądem i nie można w tej sytuacji zarzucić mu naruszenia przepisów ustawy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Pomiędzy kontrolowanym a kontrolującym nie ma sporu co do faktów, tj. tego, że zamawiający, nabył od wykonawcy PB Górski nieruchomość zaadaptowaną na potrzeby sądu i wyposażoną i umeblowaną. Nie ma sporu co do tego, że poszczególne budynki były przed zawarciem umowy sprzedaży przedmiotem najmu pomiędzy wykonawcą (wynajmującym), a zamawiającym z zastrzeżeniem pierwszeństwa najmu, prawa pierwokupu jak i prawa do rozszerzania umowy najmu o dodatkowe powierzchnie. Zamawiający nie kwestionuje ustalonych cen za sprzedaż całości inwestycji, ceny samych nieruchomości, ani ogólnej ceny wyposażenia i mebli. Pomiędzy stronami nie jest sporne, że zamawiający za pośrednictwem osoby przez siebie upoważnionej (Dyrektora Sądu Okręgowego) uczestniczył w procesie inwestycyjnym z jednej strony jako pełnomocnik gminy w sprawach zamiany i zbycia nieruchomości mających stanowić nieruchomości wchodzące w skład kompleksu pod nazwą „Centrum Sprawiedliwości”, a z drugiej jako osoba służąca wykonawcy i osobom, którymi się posługiwał przy realizacji inwestycji, informacjami o potrzebach sądów, w szczególności Sądu Okręgowego i Rejonowego

w Gdańsku, co do wielkości, rozmieszczenia pomieszczeń, ich aranżacji i wyposażenia. Zamawiający również nie kwestionował tego, że zapewnienie niezbędnych nieruchomości na potrzeby sądów apelacji gdańskiej mogło przebiegać według dwóch koncepcji tj. w oparciu o mienie nabyte przez organy samorządowe lub organy Skarbu Państwa, albo w oparciu o mienie nabyte przez inwestora prywatnego i że wspólnie z władzami samorządowymi zamawiający popierał tę drugą koncepcję i ją również rekomendował jako rozwiązanie do swego organu przełożonego – Ministra Sprawiedliwości. Strony nie negocjowały również tego, że pomiędzy organem przełożonym, a wykonawcą doszło do sporu, co do wartości całego kompleksu, co było przyczyną przedłużania się procesu nabycia nieruchomości. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała stan faktyczny ustalony przez kontrolującego za ustalony prawidłowo.

Przechodząc do oceny stanu prawnego Izba stwierdziła, że

Mimo błędnego uzasadnienia wynik kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu w sprawie znak UZP/DKD/KND/19/13 odpowiada prawu.

I.W niniejszej sprawie analizy wymaga treść art. 4 pkt 3 lit. i ustawy i ustalenie czy w przedmiotowej sprawie zamawiający miał prawo skorzystać z wyłączenia stosowania ustawy przy zawieraniu umowy w formie aktu notarialnego w dniu 24 maja 2012r. np. Rep A 3565/2012 umowy sprzedaży nieruchomości oznaczonej w ewidencji jako działka nr 272, o obszarze 0,6132 ha, położonej w Gdańsku, przy ulicy 3 Maja 9A o nr obrębu 80, zabudowanej zespołem budynków o przeznaczeniu biurowym (oznaczonych literami A, B, C, D, E, F i G), wraz ze znajdującą się w części podziemnej budynków oznaczonych literami D, E, F i G halą garażową, o łącznej powierzchni 20 101,81 m² zawartej pomiędzy Przedsiębiorstwem Budowlanym GÓRSKI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo - Akcyjna, dalej „PB GÓRSKI”, a Skarbem Państwa – Sądem Okręgowym w Gdańsku. Przedmiotem umowy były:

1. nieruchomości w części od samego początku pozostające w dyspozycji PB Górski Budynek A i B w użytkowaniu wieczystym), a w części nieruchomości, których PB Górski uzyskał prawo do dysponowania w wyniku umów zamiany z organami administracji samorządowej i Skarbem Państwa, które były
 - a) albo zabudowane istniejącymi budynkami, które później podlegały remontowi, nadbudowie, adaptacji
 - b) albo które były niezabudowane, na których wybudowano nowe obiekty

2. oraz wyposażenie i umeblowanie tych budynków.

Art. 4 pkt. 3 lit. i ustawy stanowi, że ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy lub najmu. Przepis ten stanowi wdrożenie art. 16 a dyrektywy 2004/18, który brzmi „niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi mających na celu nabycie lub dzierżawę bez względu na sposób finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości albo praw do nich”. W świetle obu aktów prawnych nabywanie nieruchomości przez podmiot będący zamawiającym w rozumieniu ustawy czy dyrektywy jest zamówieniem publicznym (a więc umową odpłatną i prawnie wiążącą, a roszczenia z tej umowy mogą być dochodzone przed sądem krajowym). Jest to jednak takie zamówienie publiczne, do którego nie stosuje się ustawy (dyrektywy). Zatem jak słusznie podnosił to kontrolujący jest to wyjątek, który wymaga ścisłej interpretacji. Izba celowo przywołała treść art. 16 a dyrektywy 2004/18, gdyż w ocenie Izby w sposób bardziej precyzyjny od ustawodawstwa krajowego określa przedmiot wyłączenia. Przedmiotem wyłączenia może być wyłącznie taka czynność prawna (nabycie, dzierżawa) która dotyczy gruntu (nieruchomości gruntowej), istniejącego budynku, innej niż grunt czy budynek nieruchomości (np. wydzielona część budynku – lokal) albo prawa do takiego gruntu (np. użytkowanie wieczyste), budynku czy innej nieruchomości. Ustawodawca unijny zatem bardzo wyraźnie ograniczył przedmiot nabycia wyłącznie do nieruchomości gruntowej, budynkowej i innej, ale również wyłącznie nieruchomości. Nie zezwolił zatem na nabywanie poza dyrektywą jakichkolwiek nieruchomości niezależnie od tego czy stanowią one przynależności nieruchomości czy też nie. Izba zwraca uwagę, że zarówno dyrektywa jak i ustaw stanowią kompleksową regulację. Przejawia się to w definicjach zamówień publicznych objętych dyrektywą i ustawą tj. definicji roboty budowlanej, dostawy i usługi, gdzie usługi domykają całość umów o zamówienie publiczne obejmując wszystko, to co nie jest robotą budowlaną ani dostawą. Co więcej również nabycie nieruchomości jest zamówieniem publicznym będącym usługą, jedynie takim do którego nie stosuje się przepisów ustawy/dyrektywy. Jednocześnie ustawa jest zbiorem przepisów szczególnych do kodeksu cywilnego, zaś z mocy art. 14 ustawy kodeks cywilny stosuje się do czynności pomiędzy zamawiającym i wykonawcami wprost, o ile ustawa nie stanowi inaczej. W ocenie Izby zatem art. 4 pkt 3 lit. i ustawy stanowi *lex specialis* do art. 51 kc i nie pozwala na przyjęcie, że przynależności nabywane przez zamawiającego wraz z nieruchomością korzystają ze zwolnienia z obowiązku stosowania ustawy (nie jest przedmiotem rozstrzygnięcia, czy mogą być nabywane w trybach niekonkurencyjnych). Izba także nie

podziela stanowiska zamawiającego, że wymienione w załączniku do aktu notarialnego wyposażenie stanowi w całości przynależności w rozumieniu art. 51 kc. Izba nie neguje tezy zamawiającego, co do tego, że biurka, szafy, telewizor itp. ułatwiają wykonywanie pracy pracownikom administracyjnym, czy pracownikom wymiaru sprawiedliwości, jednak przynależność ma zwiększać użyteczność nieruchomości, do której przynależy (przynależności to według doktryny rzeczy potrzebne do korzystania z innej rzeczy, tj. rzeczy głównej, zgodnie z jej przeznaczeniem, jeżeli pozostają z nią w faktycznym związku odpowiadającym temu celowi. Inaczej mówiąc, przynależność musi pozostawać w określonym związku funkcjonalnym z rzeczą główną, być niezbędną do korzystania z rzeczy głównej albo ułatwiać korzystanie z niej), tak jak akademicki klucz do drzwi pozwalający je otworzyć, czy opona zapasowa na wyposażeniu samochodu, a takiej cechy w ocenie Izby powołane umeblowanie i wyposażenie nie realizuje. Podkreślić należy, że nie ma podstaw konstruowania tzw. domniemania faktycznego tej treści, że określona rzecz jest z natury przynależnością. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że kontrolujący prawidłowo dopatrył się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 40 ust. 3 ustawy przez ich niezastosowanie i naruszenia art. 4 pkt 3 lit. i ustawy przez jego zastosowanie i objęcie umową sprzedaży nieruchomości stanowiących kompleks „Centrum Sprawiedliwości” również zamówienia na dostawę wyposażenia i umeblowania.

Izba podziela jednak zastrzeżenia zamawiającego, co do nieprawidłowego przyjęcia przez kontrolującego, że na zamawiającym z mocy art. 6 kc ciąży obowiązek dowodowy wykazania, iż nie dopuścił się zarzucanych mu naruszeń. Słusznie zamawiający zauważył, że przepis ten został uregulowany w ustawie Kodeks cywilny, która reguluje stosunki cywilnoprawne. Natomiast kontrola prowadzona jest przez Prezesa UZP jako centralny organ administracji rządowej, zgodnie z art. 154 pkt 11 ustawy. Postępowanie kontrolne jest postępowaniem administracyjnym i obowiązki zamawiającego sprowadzają się do przedstawiania kontrolującemu żądanych dokumentów i składania wyjaśnień, natomiast to do obowiązków kontrolującego należy ustalenie i wykazanie zamawiającemu, że dopuścił się naruszenia przepisów ustawy w związku z prowadzonym procesem udzielenia zamówienia publicznego. W tej sytuacji uznawanie, że zamawiający nie dowiódł, że wyposażenie i umeblowanie stanowi przynależność nieruchomości i z tego powodu nieuwzględnienie zastrzeżeń było nieprawidłowe.

II. Odnosząc się do drugiego ze stwierdzonych przez kontrolującego naruszeń Izba również podziela rozstrzygnięcie kontrolującego, natomiast nie zgadza się w części z uzasadnieniem

informacji o wynikach kontroli dotyczącym formułowania przez zamawiającego roszczeń mogących być dochodzone przed sądem krajowym w oparciu o decyzję o zmianie planu zagospodarowania przestrzennego. Zamawiający kwestionuje w zastrzeżeniach dopuszczalność stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 40 ust. 3 przez ich niezastosowanie, oraz art. 4 pkt 3 lit. i ustawy przez jego zastosowanie stojąc na stanowisku, że aby stwierdzić powyższe naruszenia kontrolujący obowiązany był wykazać, że pomiędzy PB Górskim, a zamawiającym powstało prawnie wiążące zobowiązanie PB Górski do wykonania robót budowlanych na rzecz zamawiającego w postaci remontu, nadbudowy i adaptacji budynków oraz wybudowania nowych budynków na działkach będących w dyspozycji PB Górski, które możliwe byłoby do wyegzekwowania przed sądem krajowym. Pomiedzy zamawiającym, a kontrolującym nie ma sporu co do tego, że zamawiający i PB Górski nie zawarli umowy (ustnie czy pisemnie), której treść wskazywałaby jednoznacznie na zlecenie przez zamawiającego PB Górski wykonania robót budowlanych na nieruchomościach będących w dyspozycji PB Górski.

Jednocześnie zamawiający nie kwestionuje faktu ustalonego przez kontrolującego, że kompleks „Centrum Sprawiedliwości” był realizowany według wskazań zamawiającego i zaspokajał jego potrzeby. Dowodzą tego zarówno pisma kierowane przez samego zamawiającego do Ministra Sprawiedliwości jak i zeznania świadków, na które powołuje się kontrolujący. W świetle ustalonych faktów oczywiste jest, że zamawiający chciał ulokować swoją siedzibę na nieruchomościach, które systematycznie pozyskiwał PB Górski przy współudziale Dyrektora Sądu Okręgowego w Gdańsku działającego tak w imieniu Sądu jak i w imieniu Miasta Gdańska jako jego pełnomocnik. Przede wszystkim zamawiający nie mógł zawrzeć umowy o kupno konkretnej zabudowanej nieruchomości spełniającej wymaganie uwzględnienia odległości od kompleksu budynków przy ulicy Strzelecka - Nowe Ogrody - Trzeciego Maja, gdyż nieruchomości zlokalizowane na tym terenie miały różnych właścicieli: Skarb Państwa, Gminę, właściciela prywatnego, a nadto nie istniała na nich zabudowa pozwalająca na wykorzystanie dla potrzeb realizacji usług wymiaru sprawiedliwości. Tym samym niemożliwe było zawarcie umowy sprzedaży „czystej” nieruchomości, gdyż taki przedmiot jeszcze nie istniał, nie możliwe było także zawarcie umowy warunkowej. Należy zauważyć, że art. 16 a dyrektywy 2004/18 wyraźnie wskazuje, że wyłączenie stosowania dyrektywy dotyczy wyłącznie istniejących budynków, również z orzecznictwa TSUE (dawniej ETS) wynika jednoznacznie, wyłączenie z art. 16 a dyrektywy klasycznej dotyczy tylko czystych umów w obrocie nieruchomościami. Tym samym nie było możliwości zawarcia umowy o sprzedaż kompleksu nieruchomości na potrzeby wymiaru sprawiedliwości (bez konieczności ich uprzedniego skupienia u jednego dysponenta i uprzedniego wykonania robót budowlanych

odpowiadających potrzebom wymiaru sprawiedliwości) podlegającej wyłączeniu z zastosowania ustawy w rozumieniu art. 4 pkt. 3 lit. i ustawy. Zamawiający, ani zainteresowane poprawą warunków wymiaru sprawiedliwości władze samorządowe z niewyjaśnionych przyczyn mając do wyboru, co wynika wprost z ustaleń stanu faktycznego dokonanych przez kontrolującego, możliwość przekazania interesujących zamawiającego działek na rzecz podmiotu publicznego (Gminy, lub Skarbu Państwa) w celu umożliwienia mu realizacji zamierzonej inwestycji albo przekazanie działek podmiotowi prywatnemu w celu realizacji potrzebnej zamawiającemu inwestycji, wybrały ten drugi wariant. Należy zauważyć, że w aktach postępowania kontrolnego znajduje się dokument obrazujący wartość działek podlegających zamianie na rzecz PB Górski, z którego wynika, że działka 12/8 niezabudowana miała wartość brutto 1 440 545,86zł., działka 12/29 niezabudowana miała wartość 288 109,17 zł. brutto, działka 12/32 niezabudowana miała wartość 2 470 181,91zł. brutto, działka 12/33 niezabudowana miała wartość 1 914 430,34zł. brutto, działka 12/10 zabudowana w rozbudowie miała wartość 1 280 141, 08zł. brutto, działka 6/22 miała wartość 71 479,80zł. brutto. Łączna wartość wszystkich działek nie przekraczała kwoty 7 mln. 150 tys. zł. brutto. Zaś wartość ceny sprzedaży samych nieruchomości bez dostaw wyposażenia i umeblowania z aktu notarialnego Rep A 3565/2012 to około 103 180 000,00 netto (na podstawie ustaleń wyniku kontroli). Powyższe zestawienie wskazuje, że wartość nieruchomości wzrosła o co najmniej 95 mln. zł. W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy najistotniejsze znaczenie ma motyw drugi dyrektywy 2004/18, zgodnie z którym „udzielanie zamówień publicznych podlega poszanowaniu zasad traktatu WE, w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych koordynujących procedury krajowe udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami traktatu.” Motyw tej wprost odwołuje się do zasady przejrzystości. W ocenie Izby właśnie ta zasada i jej interpretacja na potrzeby niniejszej opinii ma najważniejsze znaczenie. Jak już wskazano powyżej władze samorządowe za wiedzą i akceptacją zamawiającego dokonały wyboru podmiotu prywatnego, który będzie dysponował odpowiednim arealem nieruchomości spełniającym potrzeby gdańskiego wymiaru sprawiedliwości bez jakiegokolwiek uzasadnienia, a któremu zamawiający przekazywał swoją wiedzę co do tego w jaki sposób należy wykonywać roboty budowlane (w tym remontować, nadbudowywać i adaptować), aby ich

efekt nadawał się do wykorzystania przez sąd na swoją siedzibę. Wybór podmiotu prywatnego pozornie wydaje się nielogiczny, gdyż nieruchomości zostają przekazane w ręce tego podmiotu prywatnego, ani zamawiającego, ani władz samorządowych nie łączy nie tylko umowa, ale nawet jakiegokolwiek porozumienie z podmiotem prywatnym, co do tego jak mają być wykorzystane przekazane PB Górski nieruchomości. Zatem wbrew twierdzeniu zamawiającego ryzyko braku umowy czy porozumienia w większym stopniu obciąża Skarb Państwa i gminę, które przekazały własne działki bez pewności, że zrealizują cele publiczne, niż wykonawcę, który jak twierdzi zamawiający, realizował budowę kompleksu na wyłącznie własne ryzyko. Jedynym logicznym wnioskiem jest zatem to, że wykonawca miał zagwarantowaną zapłatę za wykonanie robót budowlanych w cenie zakupu powrotnego nieruchomości przez władze publiczną – tj. Sąd Okręgowy w Gdańsku. W ocenie Izby to właśnie umowa sprzedaży była tą umową rozliczającą wykonanie robót budowlanych, gdyż to na jej podstawie zamawiający zapłacił PB Górski za wykonane roboty budowlane. Była umową odpłatą, o czym świadczy choćby różnica pomiędzy ceną nieruchomości przed dokonaniem remontu, adaptacji, nadbudowy i budowy, a ceną uiszczoną przy przeniesieniu własności nieruchomości. Całokształt czynności podejmowanych przez Dyrektora Sądu Okręgowego świadczy o tym, że przekazanie działek w ręce inwestora prywatnego miało na celu umożliwienie zamawiającemu obejścia bezwzględnych przepisów ustawy pzp nakazujących jej stosowanie, jeżeli zawierana jest odpłatna umowa pomiędzy podmiotem będącym zamawiającym w rozumieniu art. 3 ustawy, a podmiotem będącym wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, której przedmiotem są roboty budowlane w tym przypadku realizacja obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, której przedmiotem są roboty budowlane w tym przypadku realizacja obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zamawiający wyszedł z błędnego założenia, że umowa sprzedaży nieruchomości nie może być w świetle ustalonych okoliczności faktycznych uznana za umowę o charakterze mieszanym o roboty budowlane i umowę o świadczenie usługi (na gruncie zamówień publicznych) w postaci przeniesienia własności nieruchomości. Umowę zakwalifikowaną formalnie jako umowa sprzedaży nieruchomości należy zakwalifikować jako umowę dotyczącą tak sprzedaży nieruchomości gruntowej i budynkowej jak i wykonania obiektów budowlanych, zgodnie z wymaganiami wskazanymi przez zamawiającego i te właśnie nadbudowy, remonty, adaptacje i budowy nowych budynków stanowią roboty budowlane w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy. W tej części w oceni Izby zgodzić się należy z kontrolującym, że zamówienie publiczne nie korzysta z wyłączenia określonego w art. 4 pkt 3 lit. i ustawy i wymaga zastosowania zasad i trybów udzielania zamówienia na roboty budowlane

wynikających z ustawy. Z mocy art. 6 ust. 1 ustawy dla zamówienia o charakterze mieszanym na które składają się i usługi i roboty budowlane stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego udział jest największy. W ocenie Izby skoro udział wartościowy usług tj. wartość nieruchomości przed wykonaniem robót budowlanych wynosiła ok. 7 mln. zł. to jej udział był rażąco niższy niż wartość samych robót budowlanych, z tego względu do przedmiotowego zamówienia publicznego nie miało zastosowanie wyłączenie stosowania ustawy z przepisu art. 4 pkt. 3 lit. 1, ale przepisy ustawy dotyczące zamówień publicznych na roboty budowlane. To właśnie kwestionowany akt notarialny jest brakującą zamawiającemu umową i stanowił obejście bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp.. W tym stanie faktycznym nie można odnaleźć analogii w ramach stanu faktycznego z powoływanym przez obie strony wyrokiem ETS w sprawie C-451/08. Przede wszystkim w badanej przez ETS sprawie doszło tylko do przeniesienia własności nieruchomości publicznej na rzecz osoby prywatnej, natomiast nie doszło ani do wykonania robót budowlanych, ani do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości, stąd nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości słuszność orzeczenia ETS nie pozwalającego na ocenę przyszłych i niepewnych intencji czy zamiarów stron. Jednocześnie ten stan faktyczny w sposób istotny odbiega od stanu faktycznego niniejszej sprawy, gdzie najpierw nieruchomości publiczne przekazano podmiotowi prywatnemu w celu wykonania robót budowlanych odpowiadających potrzebom jednego z organów władzy publicznej i według jego wskazówek, a po ich wykonaniu dokonano zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości z pominięciem ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby takie działanie stanowi obejście prawa i nie daje się pogodzić z zasadą przejrzystości i zapewnienia równego traktowania. Odmienne przyjęcie prowadziłoby do aprobaty pozornego zawierania umów sprzedaży, których rzeczywistym celem byłaby realizacja robót budowlanych poza systemem zamówień publicznych. Takie działanie nie daje się pogodzić z podstawowymi zasadami traktatowymi zapewniającymi otwarcie zamówień publicznych na konkurencję.

Natomiast Izba podziela stanowisko zamawiającego co do tego, że błędne jest twierdzenie kontrolującego, iż wybudowanie przez spółkę PB GÓRSKI ww. kompleksu budynków było zagwarantowane w drodze administracyjno - prawnej i ten aspekt przesądzał, że zamawiający mógł dochodzić roszczeń o wykonanie robót budowlanych przed sadem krajowym. W ocenie Izby podniesiona w tym zakresie w całości argumentacja zamawiającego jest trafna i zasługuje na aprobatę. Skutki samowoli budowlanej czy wykorzystania przedmiotu darowizny niezgodnie z jej celem nie wywoływały skutków w stosunkach zamawiający – PB Górski, ale odpowiednio w stosunkach PB – Górski – organ administracji, PB Górski – darczyńca. Z tego względu w tej części argumentacja zastrzeżeń jest zasadna, co jednak nie przesądza o możliwości uznania

zastrzeżeń zamawiającego. Natomiast podstawą do kreowania przez zamawiającego roszczeń wobec PB Górski były niewątpliwie zawarte umowy najmu w taki zakresie w jakim dawały zamawiającemu prawo pierwszeństwa najmu, pierwszeństwa najmu dodatkowych powierzchni i prawa pierwokupu.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/ KD 52/14 nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie z art. 167 ust. 3 i 4 ustawy wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....