

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 23 sierpnia 2019 roku**

Po rozpatrzeniu w dniu 23 sierpnia 2019 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **Gminę Piekary Śląskie, w imieniu której działa Zakład Gospodarki Mieszkaniowej z siedzibą w Piekarach Śląskich** dotyczących wyniku kontroli doraźnej w zakresie poprawności zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazującej na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp w związku z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 40 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania przepisów ustawy Pzp, w tym podstawowych trybów udzielania zamówień oraz niezastosowanie przepisów właściwych dla podstawowych trybów zamówień

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Agnieszka Trojanowska  
Paweł Trojan

Wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu  
Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie**

## UZASADNIENIE

Przeprowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrola doraźna dotyczy postępowania pn. „Wykonanie usług utrzymania czystości i porządku wewnątrz budynków oraz terenów zewnętrznych gminnych administrowanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Piekarach Śląskich w podziale na dwie części”, które przeprowadzone zostało w oparciu § 1 ust. 2 Regulaminu udzielania przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej z siedzibą w Piekarach Śląskich (dalej jako „Zamawiający”), zamówień (dalej jako „Regulamin”), których wartość netto nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro (usługi społeczne do kwot określonych w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp).

Zamawiający wszczął postępowanie na podstawie § 1 ust. 2 Regulaminu udzielania zamówień, których wartość netto nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro (usługi społeczne do kwot określonych w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie § 18 ust. 1 Regulaminu zaproszenie do składania ofert zostało zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 5 grudnia 2018 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w siedzibie Zamawiającego — w miejscu: tablica ogłoszeń od dnia 5 grudnia 2018 r. do dnia 12 grudnia 2018 r.

Miejscem składania ofert była siedziba Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w Piekarach Śląskich. Termin składania ofert ustalono na dzień 12 grudnia 2018 r. o godz. 10.00.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły cztery oferty.

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 13 grudnia 2018 r. o godz. 9.00.

Z postępowania wykluczono Wykonawcę: „RAFLEX” A. B., powołując się na zapis części VI pkt 2 Warunków Realizacji Zamówienia, w którym Zamawiający zastrzegł, możliwość wykluczenia Wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę, co doprowadziło do jej rozwiązania.

Podstawą wykluczenia Wykonawcy była okoliczność odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy w dniu 11 kwietnia 2018 r., od zawartej w dniu 28 grudnia 2017 r. na wykonanie usługi utrzymania czystości i porządku wewnątrz budynków oraz terenów zewnętrznych Wspólnot Mieszkaniowych zarządzanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Piekarach Śląskich w podziale na dwie części. Przyczyną odstąpienia od umowy było nienależyte jej wykonanie.

Zgodnie z § 19 Regulaminu na podstawie kryterium ceny (100%) wybrano jako najkorzystniejszą ofertę:

Część 1 — Anrotech Sp. z o.o, Katowice;

Część 2 - Anrotech Sp. z o.o., Katowice.

Z pkt 14 ppkt 1 protokołu postępowania wynika, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający zamieścił w Biuletynie Informacji Publicznej oraz na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego z Wykonawcą Anrotech Sp. z o.o. na kwotę 174.148,32 zł netto plus należny podatek VAT, w przedmiocie utrzymania czystości i porządku wewnątrz budynków oraz terenów zewnętrznych gminnych administrowanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Piekarach Śląskich w zakresie ADM 1, została zawarta dnia 27 grudnia 2018 r.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego z Wykonawcą Anrotech Sp. z o.o. na kwotę 24.513,12 zł netto plus należny podatek VAT, w przedmiocie utrzymania czystości i porządku wewnątrz budynków oraz terenów zewnętrznych gminnych administrowanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Piekarach Śląskich w zakresie ADM 2, została zawarta dnia 27 grudnia 2018 r.

Prezes Urzędu pismem z dnia 9 stycznia 2019 r. działając na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zwrócił się o przesłanie następujących dokumentów oraz wyjaśnień:

1. wartości szacunkowej zamówień;
2. podstawy prawnej, w oparciu o którą zostały przeprowadzone postępowania;
3. dokumentów związanych z udzieleniem zamówień, w tym związanych z opisem przedmiotu zamówień oraz szacowaniem ich wartości.

Zamawiający w przesłanych dokumentach wyjaśnił, iż przedmiotem zamówienia było wykonanie usług utrzymania czystości i porządku wewnątrz budynków oraz terenów zewnętrznych gminnych administrowanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Piekarach Śląskich w podziale na dwie części, a Zamawiającym w tej sprawie była Gmina Piekary Śląskie.

Wskazał również, że w treści opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu błędnie przyjęto, iż udzielone zostanie zamówienie na usługi społeczne o wartości szacunkowej do kwot określonych w art. 138g ustawy Pzp, podnosząc jednocześnie, że błędne zakwalifikowanie przedmiotowego postępowania nie miało wpływu na rozstrzygnięcie i wynik postępowania, które

zostało — w ocenie Zamawiającego — przeprowadzone zgodnie z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp.

W przesłanych wyjaśnieniach wskazano, że Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności, przejrzystości i jawności. W sprawie zamówienia został sporządzony protokół, który zgodnie z wymogami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp udokumentował jego przebieg. Informacje o wszczęciu postępowania i zasady udziału w postępowaniu zostały opublikowane na stronach internetowych Zamawiającego. Tam też zostały opublikowane warunki realizacji zamówienia wraz z załącznikami, informacja z otwarcia ofert oraz informacje o wykluczeniu i wyborze Wykonawcy. Także warunki realizacji zamówienia zawierały wszelkie elementy wymagane dla Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym nazwę (firmę) oraz adres Zamawiającego, tryb udzielenia zamówienia, opis przedmiotu zamówienia, termin wykonania zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, podstawy wykluczenia, wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, termin związania ofertą, opis sposobu przygotowywania ofert, miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert, opis sposobu obliczania ceny, opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposoby oceny ofert, informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia, wzór umowy.

Pismem z dnia 11 lipca 2019 r. Prezes Urzędu wszczął kontrolę postępowania, w wyniku której na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdził następujące naruszenie przepisów:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niezastosowanie podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego
- oraz w konsekwencji naruszenie art. 40 ust. 2 i następne ustawy Pzp poprzez niezastosowanie przepisów właściwych dla podstawowych trybów udzielania zamówienia (przetarg nieograniczony/ograniczony) w sytuacji, gdy brak było podstaw do odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp.

W protokole kontroli stwierdzono, że zamówienie w zakresie utrzymania czystości i porządku wewnątrz budynków oraz terenów zewnętrznych zostało przez Zamawiającego

błędne zakwalifikowane jako zamówienie na usługi społeczne. Konsekwencją powyższego było zastosowanie przez Zamawiającego Regulaminu wewnętrznego, zamiast procedur ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 138h ustawy Pzp przedmiotem zamówienia na usługi społeczne są usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE. W obu załącznikach wymienia się następujące kategorie usług:

- 1) usługi zdrowotne, społeczne i pokrewne,
- 2) usługi administracyjne w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i kultury,
- 3) usługi w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego, 4) świadczenia społeczne,
- 5) inne usługi komunalne, socjalne i osobiste, w tym usługi świadczone przez związki zawodowe, organizacje polityczne, stowarzyszenia młodzieżowe i inne organizacje członkowskie,
- 6) usługi religijne,
- 7) usługi hotelowe i restauracyjne,
- 8) usługi prawne, niewyłączone na mocy innych przepisów dyrektywy klasycznej lub sektorowej,
- 9) inne usługi administracyjne i rządowe,
- 10) świadczenie usług na rzecz społeczności,
- 11) usługi w zakresie więziennictwa, bezpieczeństwa publicznego i ratownictwa, o ile nie są wyłączone na mocy innych przepisów dyrektywy klasycznej lub sektorowej,
- 12) usługi detektywistyczne i ochroniarskie,
- 13) usługi międzynarodowe,
- 14) usługi pocztowe,
- 15) usługi różne (formowanie opon i usługi kowalskie).

Powyższe wypunktowanie nie ma charakteru kompletnego bez wcześniejszego uwzględnienia konkretnych kodów CPV, które są mu przypisane. Dopiero zidentyfikowanie kodu CPV danej usługi w enumeratywnie wyszczególnionych kodach decyduje, czy dana usługa ma charakter społeczny lub jest inną szczególną usługą, a zatem czy mają do niej zastosowanie regulacje z rozdziału 6 ustawy Pzp. Jeżeli zatem kod CPV danej usługi nie mieści się wykazie kodów z załącznika XIV do dyrektywy klasycznej lub załącznika XVII do dyrektywy, taka usługa nie będzie mogła zostać uznana za usługę społeczną lub inną szczególną usługę.

Przedmiot zamówienia nie mieścił się w katalogu usług społecznych, Zamawiający nie był zatem uprawniony do zastosowania art. 138g ust. 1 w związku z art. 138o ustawy Pzp, a tym

samym do zastosowania Regulaminu wewnętrznego. Powyższe potwierdził sam Zamawiający w złożonych na wezwanie wyjaśnieniach.

Kontrolujący zauważył, iż przepis art. 10 ust. 1 ustawy Pzp tworzy zasadę prymatu trybów przetargowych, które jako jedyne zapewniają pełną, niczym nieograniczoną konkurencję oraz przejrzystość postępowania. Mając na uwadze, iż wartość zamówienia przekraczała próg od którego stosują się przepisy ustawy Pzp — wynosiła 284.225,53 zł (65.919,60 euro), Zamawiający obowiązany był udzielić zamówień objętych kontrolą po przeprowadzeniu postępowania w jednym z trybów podstawowych (przetarg nieograniczony lub ograniczony). Zamawiający odstępując od stosowania przepisów ustawy Pzp i udzielając zamówień na podstawie Regulaminu dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Fakt zastosowania przez Zamawiającego niektórych z rozwiązań przewidzianych w Regulaminie, podobnych lub analogicznych do niektórych z instytucji zawartych w ustawie Pzp, nie oznacza, iż postępowanie zostało przeprowadzone przy prawidłowym zastosowaniu tychże przepisów.

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

Cechą charakterystyczną podstawowych trybów udzielania zamówień jest ich otwarty charakter. Wyrazem tego jest obowiązek Zamawiającego opublikowania ogłoszenia w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią przez nieograniczony krąg wykonawców i umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu pod warunkiem spełnienia określonych przez zamawiającego warunków. Jego gwarancja została zawarta między innymi w art. 40 ust. 2 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym należy wskazać, iż Zamawiający miał obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, którego to obowiązku nie zrealizował. Jednocześnie zamieszczenie przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu wyłącznie w Biuletynie Informacji Publicznej oraz na tablicy ogłoszeń nie może stanowić substytutu zamieszczenia ogłoszenia zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia

o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zamawiający poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych naruszył przepis art. 40 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający przeprowadzając postępowanie na podstawie Regulaminu wewnętrznego, w sytuacji gdy nie zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp, naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niezastosowanie podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego oraz w konsekwencji naruszenia odpowiednio art. 40 ust. 2 i nast. ustawy Pzp poprzez niezastosowanie przepisów właściwych dla podstawowych trybów udzielania zamówienia (przetarg nieograniczony/ograniczony).

Powyższe naruszenia miały wpływ na wynik postępowania.

**Zamawiający** w ustawowym terminie wniósł pisemne zastrzeżenia do nadesłanej informacji i protokołu z kontroli.

Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z zarzutami, iż błędne zakwalifikowanie zamówienia w zakresie utrzymania czystości i porządku wewnątrz budynków oraz terenów zewnętrznych jako usług zamówienia na usługi społeczne miało ten skutek, iż doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie budzi wątpliwości zasada, iż postępowanie powinno być przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalnie, a wszystkie czynności zamawiającego winny być dokonywane w postępowaniu o zamówienie publiczne z jej poszanowaniem.

Zgodnie z tezą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2564/15 *„Przejawem uczciwej konkurencji jest jednakowa ocena podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej”*. Zatem zasada ta przejawia się w jednakowej ocenie i jednakowym traktowaniu wykonawców, a więc według jednakowych, takich samych warunków. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami Zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres usług — możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.

Zamawiający podkreślił, iż „zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 638/15), natomiast zasada zachowania uczciwej konkurencji, związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2744/14).

Zamawiający wskazał, iż zasadniczym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp i tym samym udzielenie zamówienia publicznego każdemu z wykonawców, który ma możliwość zrealizowania danego zamówienia i jednocześnie, uwzględniając stosowne przepisy ustawy nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu. Inne rozumienie prowadziłoby do nieuprawnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, co skutkowałoby w konsekwencji do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, o której stanowi art. 7 ust. 1 ustawy (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2562/12). Zawarte w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nie są zachowane, jeśli zamawiający inaczej traktuje wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji. Innymi słowy w zależności od tożsamości wykonawcy różnicuje konsekwencje takiego samego stanu faktycznego lub prawnego, w jakim znajdują się wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1143/18).

W ocenie Zamawiającego okoliczność, iż zamówienie na wykonanie usług utrzymania czystości i porządku wewnątrz budynków oraz terenów zewnętrznych gminnych zostało przez Zamawiającego błędnie zakwalifikowane jako zamówienie na usługi społecznie, nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że dopuszczono do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie formułował warunków postępowania w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w tym poprzez zbyt rygorystyczne i nieuzasadnione określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które zawęziłoby krąg wykonawców mogących złożyć ofertę w danym postępowaniu. Biorąc pod uwagę rodzaj i specyfikę usługi objętej zamówieniem oczywistym



jest, iż niektórzy z oferentów mogli mieć większą skalę trudności w przystąpieniu do wykonania usługi. Chodzi tu np. o znaczną odległość pomiędzy siedzibą oferenta (lub jego oddziału, przedstawicielstwa), od miejsca realizacji usługi objętej zamówieniem.

Jedynym uchybieniem, którego Zamawiający nie kwestionuje, jest zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Jednakże to zaniechanie nie spowodowało naruszenia ani zasady uczciwej konkurencji, ani też równego traktowania wykonawców i nie miało wpływu na wybór wykonawcy. Zamówienie było ogłoszone w Biuletynie Informacji Publicznej i rzeczą wiadomą jest, iż do tego typu zamówień, a więc do utrzymania czystości i porządku wewnątrz budynków oraz terenów zewnętrznych nie zgłosi się firma oddalona od miejsca wykonania zamówienia. Stąd też brak ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych nie sprostował uszczerbku dla zachowania konkurencji. Firmy lokalne miały możliwość zapoznania się z ogłoszeniem i przystąpienia do przetargu. W ten sposób Zamawiający nie poniósł żadnej straty.

Mając na uwadze wyżej wskazaną argumentację, Zamawiający wnosil jak w petitum złożonych zastrzeżeń.

**Prezes UZP**, odpowiadając na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli doraźnej postępowania wskazał, że nie podziela argumentacji Zamawiającego i w całości podtrzymuje ustalenia zawarte w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej*.

Na wstępie Prezes podkreślił, że przepis art. 10 ust. 1 ustawy Pzp tworzy zasadę prymatu trybów przetargowych, które jako jedyne zapewniają pełną, niczym nieograniczoną konkurencję oraz przejrzystość postępowania. Wartość przedmiotowego zamówienia przekraczała próg, od którego stosuje się przepisy ustawy Pzp, Zamawiający obowiązany był udzielić zamówienia po przeprowadzeniu postępowania w jednym z trybów podstawowych (przetarg nieograniczony lub ograniczony). Zamawiający odstępując od stosowania przepisów ustawy Pzp i udzielając zamówienia na podstawie Regulaminu dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Fakt zastosowania przez Zamawiającego niektórych z rozwiązań przewidzianych w Regulaminie, podobnych lub analogicznych do niektórych z instytucji zawartych w ustawie Pzp, nie oznacza, iż postępowanie zostało przeprowadzone przy prawidłowym zastosowaniu

tychże przepisów, w tym w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych przepisem art. 7 ust. 1 Pzp nie jest konieczne, ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. Dyspozycję normy prawnej dekodowanej z przywołanego przepisu ustawy wyczerpuje już bowiem potencjalne, możliwe i prawdopodobne ograniczenie konkurencji (tak: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 22 lutego 2017 r., sygn. akt II GSK 1732/15). W orzeczeniu tym sąd uznał, że duże prawdopodobieństwo naruszenia omawianej zasady powoduje, iż już został naruszony art. 7 ust. 1 Pzp. Nie jest zatem konieczne wykazanie, że istotnie ta zasada została naruszona i został popełniony czyn nieuczciwej konkurencji.

Argumentacja Zamawiającego wskazująca, że postępowanie zostało przeprowadzone przy zachowaniu zasad określonych w art. 7 ustawy Pzp, nie zasługuje zdaniem Prezesa UZP, na uwzględnienie. Sam fakt niezastosowania przez Zamawiającego podstawowych trybów udzielenia zamówienia publicznego, a w konsekwencji zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówienia Publicznych, świadczy o naruszeniu art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

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

Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej przyznał, iż nie kwestionuje naruszenia art. 40 ust. 2 ustawy Pzp. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone wyłącznie w Biuletynie Informacji Publicznej oraz na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego, co zgodnie z ustawą Pzp nie może stanowić substytutu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2017 r. sygn. akt. KIO 606/17, *„zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i jakiejkolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji prac równego dostępu do zamówienia”*.

Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli potwierdził, iż możliwość zapoznania się z ogłoszeniem o zamówieniu i przystąpienia do przetargu miały wyłącznie firmy lokalne. Powyższa okoliczność jednoznacznie potwierdza naruszenie przez Zamawiającego zasad określonych przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych ograniczyło dostęp potencjalnych oferentów do udziału w postępowaniu, a tym samym stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie w jakim wskazuje, iż „*nie formułował on warunków postępowania w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w tym poprzez zbyt rygorystyczne i nieuzasadnione określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które zawężyłoby krąg wykonawców mogących złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu*”, Kontrolujący wyjaśnił, iż stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenia w informacji o wyniku kontroli nie odnoszą się do przedmiotowej okoliczności. Powołane zaś przez Zamawiającego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczy w istocie problematyki nieobjętej informacją o wyniku kontroli. Prezes Urzędu nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Istotą naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp było niezastosowanie podstawowych trybów udzielenia zamówienia publicznego, w sytuacji gdy brak było podstaw do odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 40 ust. 2 i nast. ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie.

Reasumując stwierdzono, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dopuścił się naruszeń wykazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Podsumowując, Prezes UZP podtrzymał wyrażone w Informacji o kontroli stanowisko i poinformował, że zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp. zastrzeżenia przekazane zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone

w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej* oraz odpowiedzi na złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że ustawa Pzp określa krąg podmiotów zobowiązanych do jej stosowania. Generalną regułą więc jest, że podmioty wskazane w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp mają obowiązek stosować przepisy ustawy Pzp do udzielania wszelkich zamówień publicznych, jeżeli szacunkowa wartość zamówienia przekroczy określony próg kwotowy. Obowiązek ten dotyczy w szczególności jednostek sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Bezspornym było w postępowaniu kontrolnym, że Zamawiający, jako jednostka samorządu terytorialnego, zobowiązany jest stosować przepisy ustawy Pzp do udzielania zamówień publicznych, a biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia koniecznym było zastosowanie jednego z trybów podstawowych udzielenia zamówienia opisanych w ustawie Pzp. W złożonych wyjaśnieniach przyznano, że błędne zakwalifikowanie usług objętych przedmiotem zamówienia jako społecznych doprowadziło do zastosowania Regulaminu wewnętrznego, zamiast przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający podnosił, iż mimo prowadzenia postępowania z wyłączeniem przepisów ustawy Pzp, przestrzegał podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, a mianowicie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz że wytworzone w postępowaniu dokumenty swym zakresem przedmiotowym odpowiadały wymogom ustawy Pzp dla dokumentu SIWZ, więc de facto nie doszło do naruszenia przepisów. Należy jednak zauważyć, że w prowadzonym postępowaniu pominięta została zasada jawności, czy też powszechnego dostępu, bowiem brak jest chociażby ogłoszenia o zamówieniu. Jak słusznie zauważono w protokole z kontroli, zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu jedynie na stronie internetowej Zamawiającego w Biuletynie Informacji Publicznej znacząco zawęziło krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o dane zamówienie, do wykonawców śledzących ogłoszenia na stronie Zamawiającego. Przy czym dla Izby nie ma znaczenia argumentacja Zamawiającego, że takim zamówieniem mogli być zainteresowani jedynie wykonawcy z danego terenu. Stwierdzić należy, że istnieje możliwość takiego zorganizowania przedsiębiorstwa (choćby założenie oddziału, otwarcie filii przedsiębiorstwa i zatrudnienie zamieszkałych na danym terenie osób), że o udzielenie zamówienia mógłby ubiegać się przedsiębiorca z innego regionu Polski.

Za Kontrolującym powtórzyć należy, iż fakt zastosowania przez Zamawiającego niektórych z rozwiązań przewidzianych w Regulaminie, podobnych lub analogicznych do

niektórych z instytucji zawartych w ustawie Pzp, nie oznacza, iż postępowanie zostało przeprowadzone przy prawidłowym zastosowaniu tychże przepisów, w tym w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Poza kontrolą pozostały chociażby osoby wskazane w protokole z postępowania do jego przeprowadzenia. Osoby te nie złożyły żadnych oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający mógł również w sposób dowolny, arbitralny ustalać wszelkie terminy w postępowaniu.

Przy zastosowanym trybie procedowania Zamawiającego Wykonawcy nie mogli skorzystać z ochrony swoich praw, co gwarantuje ustawa Pzp, choćby przez złożenie odwołania od wyniku takiego postępowania, czy też od wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty. Respektowanie powołanej zasady poprzez przeniesienie elementów ustawy Pzp do zastosowanego regulaminu wewnętrznego Zamawiającego, na podstawie którego przeprowadzono postępowanie i podpisano umowę, nie wpływa na ocenę rozpatrywanego zagadnienia prawnego i negatywną ocenę zachowania Zamawiającego.

Reasumując, stwierdzić można, że nieprawidłowe zakwalifikowanie zamówienia i co za tym idzie zaniechanie skutkujące niezastosowaniem ustawy Pzp, znacząco ogranicza dostęp do informacji o zamówieniu. Dla transparentnego, nienaruszającego uczciwej konkurencji prowadzenia postępowania - jest to kwestią kluczową. Zakres podmiotów poinformowanych o zamówieniu, w tym takich, które potencjalnie mogłyby złożyć ofertę wykonania zamówienia, zależy też od tego gdzie opublikowane zostało ogłoszenie.

Przeprowadzenie postępowania w trybie ustawy Pzp, z zastosowaniem określonych w niej zasad i wymagań, w ocenie Izby pozwoliłoby ubiegać się o zamówienie na wykonywanie tej usługi także innym wykonawcom funkcjonującym na rynku, nie tylko wybranemu przez Zamawiającego z pominięciem procedur przetargowych, co w konsekwencji również zagwarantowałoby szersze uczestnictwo w przetargu wykonawców, na zasadzie równego dostępu do zamówienia. To właśnie zastosowanie jednego z trybów podstawowych opisanych w Pzp otworzyłoby dostęp do przedmiotowego postępowania i zwiększyło konkurencję.

Po dokonaniu analizy dokumentacji oraz wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego stwierdzić należy, że przez nieuprawnione zaniechanie stosowania ustawy Pzp przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wskazane w *Informacji o wyniku kontroli*.

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający nie wykazał, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli*.

**Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/KD 55/19 nie zasługują na uwzględnienie.**

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....