



Warszawa,

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ1.442.8.2021.AO

KND/8/21/DKZP

Burmistrz Pieniężna

ul. Generalska 8

14-520 Pieniężno

W odpowiedzi na pismo z dnia 15 września 2021 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie udzielenia przez Zamawiającego Gminę Pieniężno zamówień dotyczących realizacji inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach” bez stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp2004”, tj. postępowań prowadzonych na podstawie regulaminu wewnętrznego pn.:

- „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego”,
- „Budowa mostu w Plutach – roboty fundamentowe i umocnienie skarp”,
- „Budowa mostu w Plutach – organizacja ruchu i barierki”,
- „Budowa mostu w Plutach – montaż konstrukcji stalowej”,

uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 5b pkt 2, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 września 2021 r. przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ1.442.8.2021.AO).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie art. 5b pkt 2 oraz art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie łącznego szacowania wartości zamówienia mającego za przedmiot realizację inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach”, udzielanego w 4 częściach, a w rezultacie dopuszczenie się przez Zamawiającego do niedozwolonego podziału zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp2004, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie

przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 15 września 2021 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, iż zgodnie z art. 94 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020, z póź. zm.), do kontroli udzielania zamówień publicznych wszczętych na podstawie ustawy uchylanej w art. 89 i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, a zgodnie z przepisem ust. 2 tegoż artykułu, czynności dokonane w toku kontroli, o których mowa w ust. 1, pozostają skuteczne, jeżeli zostały dokonane z zachowaniem przepisów dotychczasowych. Przepisy dotychczasowe to oczywiście ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu ustalonym t.j. w Dz. U. z 2019 r., poz. 1986.

Zgodnie z treścią pisma Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 stycznia 2021 r. wobec zamawiającego toczyło się już w 2020 r. postępowanie wyjaśniające związane z trybem udzielenia niniejszego zamówienia. W konsekwencji wobec Zamawiającego w istocie prowadzono ciągle postępowanie o charakterze kontrolnym pod rządem starej ustawy i ustawy nowej. W konsekwencji kontrola powinna być nadal prowadzona na podstawie przepisów dotychczasowych, a czynności dokonane na podstawie ustawy obecnie obowiązującej, w tym na podstawie jej art. 603, są bezskuteczne (art. 94 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych a'contrario).

Następnie, Zamawiający odniósł się do treści swoich wyjaśnień złożonych pismem z dnia 17 marca 2021 r., w których odniósł się do przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”, w tym do treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami.

Odnosząc się do kwestii merytorycznych podniesionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 września 2021 r. Zamawiający stwierdził, iż Gmina Pięńżno planowała zrealizować inwestycję publiczną pod nazwą: „Budowa mostu w Plutach”. Stan nagły wynikał z faktu, że poprzedni most został zniszczony, a brak możliwości jego odtworzenia, pomimo konieczności, wynikał z faktu nie zagwarantowania przez opozycyjną Radę Gminy funduszy na tą odbudowę. W tym okresie mieszkańcy Plut korzystali z drogi okrężnej. Bezpośredni stan wyższej konieczności zaistniał z momentem rozpoczęcia remontu tej drogi okrężnej, co pozbawiło w zasadzie mieszkańców Plut dojazdu do swej miejscowości.

W konsekwencji Zamawiający początkowo zamierzał jedynie kupić i tymczasowo „położyć” gotowy most używany. Stąd przeprowadzono postępowanie pod nazwą: „zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego”. W październiku 2020 r. ustalono szacunkową wartość zamówienia publicznego dotyczącego zakupu stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego na sumę: 128.000,00 netto, co odpowiadało kwocie 29.981,4957 EURO, a w dniu 05 listopada 2020 r. złożono zaproszenie do złożenia oferty w tym postępowaniu. Szacunkową wartość robót wyceniono wg kursu EUR = 4,2693. Z teoretycznego założenia mogło wynikać, że w zasadzie - przy realizacji „położenia” mostu własnymi siłami zamówienie na tym się zakończy. Ze względu na opisany wyżej stan konieczności, zdarzenia zachodziły dynamicznie i zaszła konieczność innych zamówień, określonych następująco :

- 1. Budowa mostu w Plutach - roboty fundamentowe i umocnienie skarp,*
- 2. Budowa mostu w Plutach - organizacja ruchu i barierki,*
- 3. Budowa mostu w Plutach - montaż konstrukcji stalowej.*

Następnie Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko wyrażone pismami z dnia 17 marca i 19 lipca 2021 r., iż ze względu na stan wyższej konieczności (uszkodzenie dotychczasowego mostu) i przeciągającą się procedurą niezbędną do wykonania ostatecznego mostu, zamawiający zdecydował się na lokalizację mostu, którego niektóre elementy mają charakter tymczasowy, a niektóre elementy mają charakter stały. Potrzeba szybkiego zapewnienia mieszkańcom Plut mostu stanowiła podstawową i obiektywną przyczynę nadania zamówieniom takiego charakteru, jaki przyjął zamawiający. W niniejszej sprawie nie istniała przede wszystkim tożsamość przedmiotowa zamówienia, w postaci obiektywnie różnego zakresu zamówienia. Pomiędzy zamówieniem dostawy mostu w 2020 r. a pozostałą grupą zamówień zachodzi brak tożsamości czasowej i brak tożsamości wykonawcy. Trudno przecież zakładać, żeby istniało wielu wykonawców oferujących dostawę gotowych mostów. Jest to sytuacja odpowiadają zakupowi materiałów budowlanych i zamówieniu robót budowlanych. W ramach pozostałej grupy zamówień, opisanych wyżej pod. ad 2-4 istnieją wyżej opisane różnice przedmiotowe.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informuje, co następuje:

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszenia art. 5b pkt 2, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, iż zgodnie z art. 607 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu może wszcząć, z urzędu lub na wniosek, kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego

przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Natomiast, w myśl przepisu art. 608 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie wyjaśniające stanowi wstępny etap kontroli doraźnej i ma na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Kontrola udzielenia zamówień dotyczących realizacji inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach” została wszczęta na wniosek nr WK/68/21/DKZP wniesiony pismem z dnia 2 lutego 2021 r. Pismem z dnia 18 lutego 2021 r. Zamawiający został poinformowany o wszczęciu postępowania wyjaśniającego, stanowiącego wstępny etap kontroli doraźnej, w przedmiotowej sprawie.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż w niniejszym przypadku przepis art. 94 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) nie znajdują zastosowania, gdyż kontrola doraźna zainicjowana wnioskiem nr WK/68/21/DKZP została wszczęta w dniu 18 lutego 2021 r. na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), a pismo UZP z dnia 18 lutego 2021 r. było pierwszym pismem kierowanym do Zamawiającego w związku z prowadzonym postępowaniem kontrolnym. Natomiast, pismo UZP z dnia 15 stycznia 2021 r., na które powołuje się Zamawiający w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, dotyczy postępowania wyjaśniającego prowadzonego w sprawie udzielenia przez Gminę Pieniężno w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 zamówienia pn. „Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Lechowo” (WK/411/20/DKZP, znak: DKZP.WKZ5.445.263.2020.KB).

Odnosząc się do kwestii wyjaśnień Zamawiającego złożonych pismem z dnia 17 marca 2021 r. należy wskazać, iż Zamawiający powołał się w uzasadnieniu braku stosowania ustawy Pzp2004 przy udzielaniu kontrolowanych zamówień zarówno na przepisy ustawy Pzp2004, jak i ustawy Pzp, a następnie w wyjaśnieniach z dnia 19 lipca 2021 r. – tylko na przepisy art. 29 ust. 2 w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 r. W związku z powyższym w Informacji o wyniku kontroli z dnia 6 września 2021 r. podkreślono, iż do udzielenia zamówień mających za przedmiot realizację inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach” doszło w dniu 30 listopada 2020 r., a zatem w niniejszym przypadku zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), a nie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019). Tym samym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie można powoływać się na wprowadzone w obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 r. ustawie Pzp nowe regulacje, w tym

okoliczność wystąpienia „wypadków konieczności obiektywnej”, w celu uzasadnienia podziału zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp2004, bowiem w dacie udzielenia kontrolowanych zamówień przepisy ustawy Pzp nie obowiązywały.

W kwestii zarzutów Zamawiającego dotyczących stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli naruszeń art. 5b pkt 2, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 należy stwierdzić w pierwszej kolejności, iż „stan konieczności obiektywnej” związany ze zniszczeniem mostu w Plutach oraz remontem drogi okrężnej, co *pozbawiło w zasadzie mieszkańców Plut dojazdu do swej miejscowości*, nie uzasadnia oszacowania wartości kontrolowanych zamówień w sposób sprzeczny z ustawą Pzp2004 oraz udzielenie tych zamówień bez stosowania przepisów ustawy w przypadku, gdy rzeczywista wartość szacunkowa inwestycji pn. „Budowa mostu w Plutach” przekroczyła równowartość kwoty 30.000 euro. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli z dnia 6 września 2021 r., w zaistniałej sytuacji, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, Zamawiający mógł rozważyć udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004.

Należy podkreślić, iż zaproszenie do złożenia oferty na zadanie pn. „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” zostało złożone w dniu 5 listopada 2020 r., natomiast na zadanie pn. „Budowa mostu w Plutach – roboty fundamentowe i umocnienie skarp”, „Budowa mostu w Plutach – barierki i organizacja ruchu” oraz „Budowa mostu w Plutach – montaż konstrukcji stalowej” – w dniu 26 listopada 2020 r. Wszystkie ww. zamówienia zostały udzielone na podstawie zleceń w tym samym dniu, tj. 30 listopada 2020 r.

Zatem, pomijając kwestię w jaki sposób Zamawiający zamierzał pierwotnie wykonać roboty budowlane pn. „Budowa mostu w Plutach” ograniczając się tylko do dostawy stalowej konstrukcji mostu stalowego, tj. „własnymi siłami” bez udzielania zamówień na roboty fundamentowe, czy też na montaż konstrukcji mostu, należy podkreślić, iż tożsamość czasowa zamówień została zachowana. Ponadto, należy podkreślić, iż kosztorysy ofertowe (przedmiary robót) dla wszystkich 4 zamówień składających się na inwestycję pn. „Budowa mostu w Plutach” zostały sporządzone w październiku 2020 r., a zatem w dniu 5 listopada 2020 r. Zamawiający posiadał wiedzę o potrzebie udzielenia kolejnych 3 zamówień, tj. zamówień publicznych pn. „Budowa mostu w Plutach – roboty fundamentowe i umocnienie skarp”, „Budowa mostu w Plutach – barierki i organizacja ruchu”, „Budowa mostu w Plutach – montaż konstrukcji stalowej”.

Odnosząc się do kwestii tożsamości przedmiotowej zamówienia i możliwości jego wykonania przez jednego wykonawcę, Zamawiający w ogóle pomija przepis art. 33 ust. 2 ustawy Pzp2004 zgodnie z którym, szacunkowa wartość zamówienia powinna uwzględniać również wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych – skupiając się jedynie na możliwości „dostawy gotowych mostów” przez wykonawców. Należy podkreślić, iż inwestycja pn. „Budowa mostu w Plutach” jest robotą budowlaną, a na rynku istnieje wielu wykonawców posiadających możliwość wybudowania mostu wraz z dostarczeniem odpowiednich materiałów budowlanych oraz zapewnieniem odpowiedniej organizacji ruchu. Pomiędzy wszystkimi czterema zamówieniami składającymi się na inwestycję pn. „Budowa mostu w Plutach” zachodzi tożsamość przedmiotowa, gdyż dotyczy realizacji tego samego projektu – budowy mostu w Plutach, tj.:

1. zamówienie na „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” stanowiło dostawę niezbędną do realizacji całego projektu, a więc zgodnie z art. 33 ust. 2 ustawy Pzp2004 wartość szacunkowa tych dostaw powinna zostać zsumowana z wartością szacunkową robót budowlanych mających za przedmiot budowę mostu,
2. zamówienie na „Budowę mostu w Plutach – barierki i organizacja ruchu” zawierało zarówno dostawę barierek, jak i usługę ich montażu oraz organizacji ruchu, a więc zgodnie z art. 33 ust. 2 ustawy Pzp2004 wartość szacunkowa tych dostaw i usług powinna zostać zsumowana z wartością szacunkową robót budowlanych mających za przedmiot budowę mostu,
3. zamówienia na „Budowę mostu w Plutach – roboty fundamentowe i umocnienie skarp” oraz „Budowę mostu w Plutach – montaż konstrukcji stalowej” stanowią poszczególne części realizacji tego samego projektu, a w zasadzie – stanowią jego elementy składowe, gdyż nie jest możliwym należyte wykonanie, zgodnie z dokumentacją projektową i sztuką budowlaną, budowy mostu z pominięciem którejkolwiek z ww. części.

Ponadto należy zauważyć, iż charakter tymczasowy poszczególnych elementów składających się na zamówienie publiczne pn. „Budowa mostu w Plutach” (np. organizacja ruchu w trakcie realizacji zamówienia, czy też wskazany przez Zamawiającego zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego) nie zmienia faktu, iż są one niezbędne do wykonania robót budowlanych w takim samym stopniu jak elementy o charakterze stałym, a tym samym wchodzą w zakres jednego zamówienia i powinny być, zgodnie z art. 32 ust. 4 oraz art. 33 ust. 2 ustawy Pzp2004 oszacowane łącznie.

Jednocześnie, należy podkreślić, iż wykonanie całej inwestycji mającej za przedmiot „Budowę mostu w Plutach” mogło zostać powierzone jednemu wykonawcy posiadającemu odpowiednie doświadczenie, tym bardziej, iż w zakresie ww. zamówień Zamawiający nie postawił

w ogólne warunków udziału w postępowaniu. O takiej możliwości świadczy również fakt, iż Zamawiający udzielił trzech przedmiotowych zamówień jednemu wykonawcy. Ponadto, należy zauważyć, iż każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę mostu w Plutach mógł jednocześnie zapewnić odpowiednie dostawy materiałów budowlanych (zakup stalowej konstrukcji mostu, barierek) oraz usługi towarzyszące wykonywanym robotom (organizacja ruchu).

Zatem, stan wyższej konieczności nie uzasadnia zaniechania szacowania łącznej wartości zamówień pomiędzy którymi zachodzi – jak w kontrolowanym stanie faktycznym sprawy – tożsamość przedmiotowa, tożsamość czasowa oraz możliwość należytego wykonania wszystkich tych zamówień przez jednego wykonawcę. Zamawiający powinien części zamówienia ujęte w 4 umowach z dnia 30 listopada 2020 r. dotyczących realizacji inwestycji pn. „Budowa mostu w Plutach” oszacować łącznie, a następnie przeprowadzić jedno postępowanie na wszystkie części lub oddzielne postępowania dla każdej z ww. części, zgodnie z przepisami ustawy Pzp2004, gdyż łączna wartość tych zamówień przekroczyła równowartość 30.000 euro.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie wykazanego naruszenia art. 5b pkt 2, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Informację w tej sprawie Prezes Urzędu przekazał Panu Burmistrzowi w piśmie z dnia 29 września 2021 r. (znak: DKZP.WKZ1.442.8.2021.AO).

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 14 października 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 19/21) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że *zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie*. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie z art. 610 ust. 5 ustawy Pzp uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej udzielenia przez Zamawiającego Gminę Pieniężno zamówień dotyczących realizacji inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach” bez stosowania przepisów ustawy Pzp2004, tj. postępowań prowadzonych na podstawie regulaminu wewnętrznego pn.:

- „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego”,
- „Budowa mostu w Plutach – roboty fundamentowe i umocnienie skarp”,
- „Budowa mostu w Plutach – organizacja ruchu i barierki”,

– „Budowa mostu w Plutach – montaż konstrukcji stalowej”.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 19/21).

Załączniki:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 19/21).