

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 30 września 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 9 września 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Akademię Górniczo-Hutniczą
im. Stanisława Staszica w Krakowie
Al. A. Mickiewicza 30
30-059 Kraków
[dalej „Zamawiający”]

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (znak: UZP/DKD/KND/15/14) [dalej „*Informacja o wyniku kontroli*”] z dnia 29 sierpnia 2014 r.

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „*wykonanie modernizacji komory bezechowej*”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie:	Ryszard Tetzlaff
	Justyna Tomkowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli* nie zostają uwzględnione.

Uzasadnienie

I. Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, wskazując jako podstawę jego przeprowadzenia art. 62 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „*ustawa Pzp*”].

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „*organ kontrolujący*”) przeprowadził kontrolę doraźną tego postępowania (UZP/DKD/KND/15/14), w której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 62 ust. 1 pkt 3, 10 ust. 1, 63 ust. 3, 17 ust. 2, 95 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami organ kontrolujący, przy piśmie z dnia 29 sierpnia 2014 r. (znak: UZP/DKD/DWKZ/421/46(7)/AP(24028)) przekazał Zamawiającemu *Informację o wyniku kontroli*, wskazując na prawo zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń w tym zakresie.

Pismem z dnia 9 września 2014 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyniku ww. kontroli doraźnej.

W piśmie z dnia 18 września 2014 r. (znak: UZP/DKD/DWKZ/421/46(10)/14/AP), Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń, podtrzymując swoje stanowisko wyrażone w *Informacji o wyniku kontroli*.

Pismem z dnia 18 września 2014 r. Prezes UZP, działając na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

II. Na podstawie *Protokołu kontroli doraźnej* (UZP/DKD/KND/15/14), *Informacji o wyniku kontroli*, zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli przekazanych przy piśmie z dnia 9 września 2014 r., stanowiska organu kontrolującego zajętego w piśmie z dnia 18 września 2014 r. po złożeniu zastrzeżeń, a także dokumentacji postępowania przekazanej Prezesowi UZP przez Zamawiającego w toku kontroli Izba oceniła i uznała stanowisko organu kontrolującego za prawidłowe, dzieląc także prezentowaną przez ten organ argumentację.

Izba uznaje za zasadne podkreślenie następujących okoliczności:

W odniesieniu do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (z naruszeniem art. 62 ust. 1 pkt 3 i art. 10 ust. 1 ustawy Pzp).

Zamówienie, na które składały się trzy etapy prac, a nadto montaż i uruchomienie u Zamawiającego stanowiska oraz przeszkolenie do 3 osób, odnosiło się do użytkowanego już przez zamawiającego (urządzeniem Zamawiający dysponuje od 1974 roku) specjalnego urządzenia (komory bezechowej) – w takiej sytuacji nie znajduje żadnego logicznego uzasadnienia stanowisko, iż prace przy istniejącym przecież w momencie wszczęcia postępowania urządzeniu doprowadziły do wytworzenia (powstania, wyprodukowania) owego urządzenia. Wytworzenie referuje bowiem wprost do rzeczy (przedmiot materialny), a nie do nowych funkcji i możliwości tej rzeczy, uzyskanej w rezultacie szeregu prac.

W takim przypadku (modernizacji rzeczy) należy mówić nie o wytworzeniu rzeczy, ale co najwyżej o „wytworzeniu” nowych funkcjonalności, poszerzeniu możliwości pracy takiego urządzenia.

Potwierdzeniem, iż nie chodzi tutaj o wytworzenie rzeczy jest chociażby zawarte w protokole postępowania uzasadnienie zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, w którym wskazano, iż zakup realizowany jest w ramach dotacji na utrzymanie specjalnego urządzenia badawczego. Faktu tego nie może zmienić zdefiniowanie przez samego Zamawiającego na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, iż wytwarzaną rzeczą jest modernizacja komory bezechowej obejmująca trzy zasadnicze zagadnienia: usprawnienie manipulatora pomiarowego, wymiana ustroju dźwiękochłonno-rozpraszającego oraz montaż osprzętu pomocniczego w komorze.

Zamawiający, wnosząc zastrzeżenia nie wskazał, co wedle jego stanowiska stanowiło przedmiot zamówienia – dostawa, usługa czy robota budowlana, twierdząc jedynie, że przepisy ustawy Pzp nie wskazują w sposób jednoznaczny, że tryb negocjacji bez ogłoszenia może być stosowany jedynie w przypadku zamówień publicznych na dostawy. Przypomnienia w tym miejscu wymaga jednak, że zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp). Wytworzenie rzeczy jako przedmiot zamówienia (art. 61 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) musi zatem być zamówieniem na dostawę, usługę lub robotę budowlaną. Zamawiający nie twierdził, że zamówienie na wykonanie modernizacji komory bezechowej to robota budowlana, negował natomiast, że była to usługa, nie kwalifikując jednocześnie tej modernizacji do dostaw (utrzymując, że „termin „rzeczy wytwarzane” (...) jest pojęciem szerszym od pojęcia dostaw zdefiniowanym w art. 2 pkt 2 PZP”).

W odniesieniu do zaproszenia do negocjacji jedynie dwóch wykonawców (z naruszeniem art. 63 ust. 3 ustawy Pzp).

W zgłoszonych zastrzeżeniach Zamawiający podniósł, iż „Z uwagi na okoliczność, iż rozeznanie rynku z roku 2009 obejmowało inny zakres i sposób wykonania modernizacji komory niż zamówienie udzielone w roku 2013, nie może stanowić ono dowodu potwierdzającego, iż w roku 2013 na rynku istniały więcej niż 2 firmy mogące wykonać zamówienie”.

Przypomnienia wymaga, że to Zamawiający winien wykazać istnienie podstaw do odstąpienia od zaproszenia do negocjacji bez ogłoszenia ustawowo wskazanej, jako zapewniająca konkurencję, liczby wykonawców, tj. pięciu.

Tymczasem Zamawiający jedynie zakwestionował wnioski organu kontrolującego wysnute na podstawie przedłożonej dokumentacji, w tym rozeznania rynku z 2009 roku (pomimo, że „oferty biznesowe” zostały złożone w 2010, 2012 i 2013 roku), poprzestając jedynie na gołosłownym twierdzeniu, iż „rozeznanie rynku przeprowadzone przed wszczęciem postępowania wskazywało, że jedynie dwie firmy mogły wykonać zamówienie w sposób prawidłowy i efektywny”.

W odniesieniu do złożenia przez Pana mgr inż. H.Z. oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania po dacie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (z naruszeniem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę cel przepisu art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, tj. eliminacji z postępowania występujących po stronie Zamawiającego osób z przyczyn tam wskazanych, uznać należy, że koniecznym jest złożenie takiego oświadczenia jeszcze w toku postępowania. Podkreślenia przy tym wymaga, że zatwierdzenie protokołu nie jest jedynie „formalnością”, ale czynnością ważką, wymagającą analizy zgodności z prawem Pzp podejmowanych czynności i wymagającą „interwencji” w sytuacji stwierdzenia naruszenia prawa. Interwencja taka ma jednak sens jedynie przed zawarciem umowy, stąd samo badanie protokołu, a tym samym złożenie oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp winno być dokonywane na bieżąco i bezwzględnie przed zawarciem umowy.

Zamawiający pominął także istotny fakt, że wskazana osoba wykonywała czynności w toku postępowania, polegające na zatwierdzaniu dokumentów związanych z tym zamówieniem.

W odniesieniu do zaniechania niezwłocznego zamieszczenia w BZP ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (z naruszeniem art. 95 ust. 1 ustawy Pzp).

Zamawiający nie wykazał istnienia istotnych przeszkód uniemożliwiających mu przekazanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia wcześniej niż niemal po trzech miesiącach po zawarciu umowy. Przeszkodą tą z całą pewnością, przy istniejących sposobach komunikacji, nie może być fakt, że inna jednostka organizacyjna Zamawiającego jest odpowiedzialna za podpisanie umowy, a inna za publikację.

Praktyka innych podmiotów ze sfery finansów publicznych (w tym uczelni wyższych) potwierdza, że podejmowanie czynności, w tym publikowanie obowiązkowych ogłoszeń w przeciągu kilku dni (nie zaś tygodni, czy miesięcy) jest powszechna.

Niewątpliwie moment zrealizowania zamówienia należy uznać za ostateczną cenzurę czasową publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a w przedmiotowym stanie faktycznym nawet ona nie została dochowana.

W odniesieniu do niedopełnienia obowiązku informacyjnego po wyborze najkorzystniejszej oferty (z naruszeniem art. 92 ust. 2 ustawy Pzp).

Skoro obowiązek, o którym mowa w art. 92 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy także trybu negocjacji bez ogłoszenia, to zaniechanie jego wykonania stanowi wprost jego naruszenie. Fakultatywne ogłoszenie, o którym mowa w art. 62 ust. 2a ustawy Pzp zamieszczane jest w innym czasie (po zawarciu umowy), służy innym celom (nie może prowadzić do podważenia wyboru przed zawarciem umowy w drodze środków ochrony prawnej) i nie może zastąpić ogłoszenia, o którym mowa w art. 92 ust. 2 ustawy.

Przyjmując trafność argumentacji organu kontrolującego zawartej w *Informacji o wyniku kontroli*, a także w piśmie z dnia 18 września 2014 r., stanowiącym odniesienie do zastrzeżeń Zamawiającego, uwzględniając wskazane powyżej okoliczności Izba stanęła na stanowisku, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty nie pozwalają uznać, iż w zgodzie z przepisami art. 62 ust. 1 pkt 3, 10 ust. 1, 63 ust. 3, 17 ust. 2, 95 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp przeprowadził on poddane kontroli postępowanie

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....