

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 19 września 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 24 sierpnia 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

**Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu którego postępowanie prowadził
Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie,**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej – następczej z dnia 17 sierpnia 2016 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zarządzanie Projektem pt.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 205 na odcinku Sławno – Polanów, etap przebudowy i rozbudowy przejścia przez m. Sławno”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Robert Skrzyszewski
Marek Szafraniec

wyraża następującą opinię:

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

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych od 10 czerwca do 17 sierpnia 2016 r. prowadził kontrolę udzielonego przez Zamawiającego – Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu którego postępowanie prowadził Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie, zamówienia publicznego na „Zarządzanie Projektem pt.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 205 na odcinku Sławno – Polanów, etap przebudowy i rozbudowy przejścia przez m. Sławno”.

W informacji o wyniku kontroli Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie nieuprawnionego zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

Uzasadniając postawiony zarzut Prezes UZP wskazał, iż zamawiana usługa obejmowała:

- 1) zarządzanie i koordynację wszystkich czynności związanych z realizacją projektu,
- 2) pełnienie nadzoru inwestorskiego i kontrolę nad realizacją robót budowlanych zgodnie z prawem budowlanym i zawartą umową na roboty budowlane,
- 3) działania mające na celu terminowe wykonanie robót budowlanych,
- 4) dokumentowanie postępu robót, działania informacyjno-promocyjne związane z realizacją projektu,
- 5) wypełnianie obowiązków sprawozdawczych wynikających z wymagań Instytucji Pośredniczącej – uzgodnionych z Kierownikiem Projektu.

Inwestycja obejmowała branżę drogową, mostową, sanitarną, telekomunikacyjną oraz elektroenergetyczną.

Jako jedyne kryterium oceny ofert wskazano cenę 100%. W uzasadnieniu zastosowania tego kryterium Zamawiający w protokole postępowania wskazał, iż przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny i ma ustalone standardy jakościowe. Usługa na zarządzanie projektami na roboty budowlane jest powszechnie dostępna, może ją wykonywać szereg podmiotów występujących na rynku, działalność w tym zakresie nie jest obwarowana dodatkowymi kryteriami ani koniecznością uzyskania licencji czy koncesji. Z uwagi na liczne podmioty zajmujące się zarządzaniem, łatwy jest dostęp do tego rodzaju usługi dla wszystkich potencjalnych inwestorów, choć podmioty oferujące zarządzanie projektem zatrudniają osoby posiadające odpowiednią wiedzę, doświadczenie i uprawnienia. Zarządzanie projektem na roboty budowlane cechują również ustalone standardy jakościowe, a przedmiot zamówienia jednoznacznie określił zakres usługi i sposób jej wykonania. Polegają one na wyliczeniu cech, które określają poprawność wykonania przedmiotu zamówienia i charakteryzują się przede wszystkim powtarzalnością i typowością

dla tego rodzaju zamówień. Kierując się wykładnią celowości można stwierdzić, że tylko cena umożliwia odróżnienie od siebie przedmiotów charakteryzujących się ustalonymi standardami. W związku z tym wskazanie dodatkowego kryterium oceny ofert jest bezprzedmiotowe, albowiem wymagania, których mogą dotyczyć ewentualne kryteria oceny ofert, są bezwzględnie wymagane od każdego z wykonawców przystępujących do postępowania. Jednocześnie ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje sytuacje, w których możliwe jest zastosowanie ceny jako jedynego kryterium, w przypadku, gdy ze względu na przedmiot postępowania wszelkie dodatkowe kryteria byłyby nieprzydatne. W odniesieniu do niektórych produktów lub usług trudno bowiem mówić o zróżnicowaniu ofert pod względem jakości, funkcjonalności czy parametrów technicznych. Przedmiotowe zamówienie jest bardzo zbliżone do innych usług zarządzania występujących na rynku, a konkurencja między wykonawcami jest wyłącznie konkurencją na polu ceny. W takiej sytuacji stawianie dodatkowych kryteriów może okazać się nie tylko nieprzydatne, ale wręcz problematyczne w procesie oceny ofert, z uwagi na brak ustalonej skali ocen – kryterium jakości lub kryterium społeczne może bowiem zostać ustanowione w sposób, który doprowadzi do dowolnej oceny, niepoddającej się weryfikacji. Zamawiający wyjaśnił też, iż powszechność usługi wiąże się z łatwym dostępem potencjalnych klientów do danej usługi, gdzie każdy potencjalny klient ma możliwość wyboru co do podmiotu oferującego daną usługę. Nie powinno się powszechności wiązać z koniecznością uzyskania przez sprzedawców dodatkowych zezwoleń, koncesji, uprawnień. Dana usługa może wymagać od przedsiębiorcy spełnienia dodatkowych wymagań formalnych np. uzyskania koncesji w przypadku sprzedaży paliw, odpowiedniego wpisu do rejestru w przypadku świadczenia usługi wywozu odpadów komunalnych czy też uzyskania dodatkowych uprawnień, jak ma to miejsce w przypadku usługi geodezyjnej, Nie oznacza to, że w tych sytuacjach nie występuje powszechność usługi. Potencjalny klient nie ma bowiem problemu z nabyciem tych usług, albowiem świadczone są one przez liczne podmioty, specjalizujące się w danych branżach. Powyższe uwagi można odnieść do usługi zarządzania projektem, bowiem podmiotów świadczących tę usługę na rynku jest sporo, a każdy może prowadzić działalność gospodarczą w tym zakresie, albowiem nie występują żadne ograniczenia. Posiadanie odpowiedniego i wykwalifikowanego personelu wykonawcy leży w gestii przedsiębiorcy i nie może decydować o braku powszechności tej usługi, skoro konkurencja w tej branży jest dość duża. Odnosząc się do cechy „ustalonych standardów jakościowych” – usługa zarządzania projektem jest ściśle związana z nadzorem nad robotami budowlanymi zgodnie z dokumentacją projektową. Roboty te z kolei mają określony sposób ich wykonania, wyznaczone normy i parametry wynikające ze specyfikacji technicznych i przepisów prawa. Usługa zarządzania ma na celu w istocie potwierdzenie prawidłowości wykonania umowy na roboty budowlane zgodnie z ustalonymi standardami ich jakości. W praktyce do robót

budowlanych nie stosuje się kryteriów związanych ze standardem jakościowym, albowiem są one ustalone w dokumentacji. Podstawowymi kryteriami wyboru ofert są zatem cena, okres gwarancji, termin wykonania zamówienia. Biorąc zaś pod uwagę, iż usługa zasądzania polega na stwierdzeniu poprawności wykonania robót z dokumentacją techniczną czy stwierdzenia i usunięcia wad i usterek w okresie gwarancji, to należy przyjąć, że standardy jakości usługi zarządzania zostały ustalone.

Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Ponieważ terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Kierując się znaczeniem nadawanym tym pojęciom w języku polskim można przyjąć, że pod pojęciem „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr, czy usług. Pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada zatem nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta,

Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim.

Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert wymaga, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność” w opisanym wyżej rozumieniu, oraz, by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”.

Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym

również do prostych zamówień na usługi, do których nie można zaliczyć np. usług specjalistycznych, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, o dostępności ograniczonej do nielicznych, specjalistycznych wykonawców. Nie można go więc stosować do zamówień na wszelkie usługi wymagające szczególnych kwalifikacji bądź usługi wyjątkowego zastosowania. Do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych z całą pewnością nie można zaliczyć usług eksperckich, usług koordynatorów projektów, usługi pełnienia roli inżyniera kontraktu. Zamawiający, w zależności od rodzaju usług stanowiących przedmiot zamówienia, powinien dokonać indywidualnej oceny w zakresie możliwości zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, a w szczególności usługi obejmujące przedmiot zamówienia, należy uznać, że usługi zarządzania projektem nie zaliczają się do kategorii „prostych, nieskomplikowanych usług”. Po pierwsze, należy zauważyć, że usługa ta polega głównie na badaniu zgodności wykonywania robót z dokumentacją techniczną oraz na znajdowaniu usterek i stwierdzaniu konieczności ich usunięcia w okresie gwarancji. Tym samym wykonawca wykonujący tę usługę musi posiadać umiejętność czytania dokumentacji technicznej, jak też mieć wiedzę na temat technicznych aspektów wykonania określonych robót. Ponadto wykonawca musi posiadać wiedzę na temat wymogów informacyjno-promocyjnych i sprawozdawczych związanych z realizacją projektu. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się akurat wykonywaniem usług zarządzania projektem, o tyle nie są powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy tymczasem odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dane roboty lub usługa będą niemal zawsze powszechnie dostępne.

Ponadto należy zauważyć, że powyższy zakres usług wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na wykonaniu 2 usług polegających na zarządzaniu projektem (zadaniem) drogowym, każdy o wartości robót min. 2.000.000 PLN brutto oraz inżynierem projektu, inspektorem nadzoru robót drogowych i inspektorem nadzoru robót instalacyjnych, którzy musieli posiadać wymagane doświadczenie zawodowe oraz kwalifikacje, tj. uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Wykonanie ww. usługi wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia wyniesionych z wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania, czy wielkości, do tej, na której zarządzanie ma być pełnione oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalne uprawnienia budowlane. Tym samym ww. usługi nie są usługami powszechnie dostępnymi, ale usługami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających specjalistyczne kryteria. Fakt, że usługi te nie są skomplikowane na tle innych możliwych usług nie oznacza, że są „powszechnie dostępne” w ogóle. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców

zdolnych do realizacji zamówienia nie przekłada się wprost na „powszechność, dostępność” danych usług. W konsekwencji, konkretnej usługi zarządzania projektem nie może świadczyć każdy podmiot działający w branży, lecz tylko te podmioty, które spełniają, poza posiadaniem uprawnień budowlanych, także inne wymagania w postępowaniu, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia. A zatem przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych wybierając jako jedyne kryterium kryterium ceny, ponieważ z przedstawionych informacji wynika, że usługi, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były usługami prostymi i powszechnie dostępnymi, lecz usługami dostosowanymi do konkretnych potrzeb Zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy posiadania specjalistycznej wiedzy, odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Innymi słowy, przedmiotowe usługi nie charakteryzowały się powszechną dostępnością, albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby Zamawiającego i specyfikę związaną z realizacją przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP uznał jednak, że powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert. W ocenie Zamawiającego zastosowanie kryterium było zgodne z art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem usługa zarządzanie projektem spełnia przesłanki „powszechnie dostępny” oraz „ustalone standardy jakościowe”.

Bezspornym jest, że użyte przez ustawodawcę zwroty nie zostały zdefiniowane w ustawie Prawo zamówień publicznych ani w innym akcie prawnym, tym samym ich stosowanie ma charakter ocenny. Zatem naruszenie art. 91 ust. 2a musi ewidentnie odbiegać od interpretacyjnych możliwości rozumienia powyższych zwrotów w konkretnym postępowaniu. Powszechność usługi oznacza, że dostępna jest na rynku dla każdego podmiotu chcącego z danej usługi skorzystać. Podmiot ten nie ma problemu z nabyciem tego dobra, na rynku lokalnym istnieją wykonawcy, którzy zapewniają odpowiednią konkurencję, zarówno do ceny, jak i rzetelności wykonywania usługi. Narzucanie interpretowania pojęcia „powszechnie dostępny” jedynie co do nieskomplikowanych zamówień nie znajduje żadnej podstawy prawnej. Zastosowanie jedynie wykładni językowej może prowadzić do zaprzeczenia woli ustawodawcy, zwłaszcza, że zamówienia publiczne generalnie nie dotyczą tego rodzaju zamówień. Nadto taki sposób interpretowania nie eliminuje dalszych problemów stosowania

pojęcia „powszechnie dostępny”. Przyjmując tak narzucone wskazania interpretacyjne, kolejnym krokiem byłoby zdefiniowanie „nieskomplikowanych, prostych zamówień”, a więc tych, które nie wymagają szczególnych kwalifikacji. Każda bowiem usługa wymaga pewnej wiedzy, a jednocześnie jest ogólnie dostępna, powszechna. Z drugiej strony, żeby uzyskać jakikolwiek właściwy produkt, potrzebna jest odpowiednia wiedza, wykształcenie czy doświadczenie, np. z usługi naprawiania samochodów może skorzystać każdy, lecz podmiot świadczący te usługi musi posiadać stosowną wiedzę, prawie zawsze wyspecjalizowaną z uwagi na różnorodność problemów i poziom zaawansowania technologicznego pojazdów. Zamawiający, którzy zobligowani są do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, realizują w istocie zamówienia nieproste, wymagające specjalistycznej wiedzy popartej doświadczeniem, tak by zapewnić jak najwyższą jakość tych zamówień. Gdyby ustawodawca zwrotami „powszechnie dostępny” oraz „ustalone standardy jakościowe” w tak zdecydowany sposób chciał ograniczyć zakres zamówień, w których jedynym kryterium oceny ofert nie mogłaby być cena, to z pewnością przepisy prawa byłyby w tej mierze jednoznaczne i nie pozwalające na stosowanie jedynego kryterium ceny. Natomiast brzmienie przepisu 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych (na dzień wszczęcia postępowania) upoważniało Zamawiającego do zastosowania kryterium ceny.

Interpretacja tego przepisu powinna uwzględniać również jego cel, umiejscowienie w systemie prawa oraz metodę logicznych wnioskowań prawniczych, a nie jedynie opierać się na językowej wykładni znacząco zawężając rozumienie pojęcia „powszechnie dostępny” do prostych usług, kiedy co do zasady takie usługi nie stanowią przedmiotu zamówień publicznych. Pojęcie „powszechnie dostępny” zatem należy wiązać z łatwym dostępem potencjalnych klientów do danej usługi. Każdy potencjalny klient ma wówczas możliwość wyboru podmiotu oferującego daną usługę. Prawdliwość tak przyjętej interpretacji potwierdza także analiza poszczególnych kryteriów, które mogłyby mieć zastosowanie przy ocenie ofert, a niniejszej sprawie nie mają zastosowania (co dokładnie zostało przedstawione w załączniku do protokołu postępowania). Tak więc usługa zarządzania projektem jest usługą powszechnie dostępną z uwagi na możliwość nabycia tej usługi na rynku bez żadnego problemu, każdy zainteresowany podmiot ma do niej dostęp i możliwość jej zakupu. Usługę tę może świadczyć każdy podmiot, nie ma bowiem wymogu uzyskania w tej mierze żadnej koncesji, czy zezwolenia. Właściwy dobór personelu posiadającego odpowiednie kwalifikacji wiąże się z każdą usługą i działalnością gospodarczą, jednak leży to po stronie przedsiębiorcy i bezpośrednio nie wpływa na brak jej powszechności na rynku. Powszechna dostępność istnieje, gdy wiele firm z danej branży jest w stanie wykonać zamówienie bez specjalnych przygotowań. Rozszerzanie powszechności do ogółu rynku, wbrew twierdzeniom zawartych w kontroli, nie może być akceptowane, gdyż ogół rynku jest pojęciem zbyt szerokim, uwzględniającym inne usługi czy dobra, które nie mają żadnego

związku ze zlecanym do wykonania zamówieniem. Dlatego też zasadnym jest pojęcie powszechności rozpatrywać w aspekcie danej branży, a nie rynku. Tym samym należy stwierdzić, że usługa zarządzania projektem jest powszechnie dostępna.

Również przesłanka „ustalone standardy jakościowe” została spełniona. Usługa zarządzania jest ściśle związana z nadzorem nad robotami budowlanymi zgodnie z dokumentacją projektową. Roboty te z kolei mają określony sposób ich wykonania, wyznaczone normy i parametry wynikające ze specyfikacji technicznych, przepisów prawa. Tak więc usługa zarządzania ma na celu w istocie potwierdzenie prawidłowości wykonania umowy na roboty budowlane zgodnie z ustalonymi standardami ich jakości określonymi w dokumentacji projektowej. Biorąc zaś pod uwagę, iż usługa zarządzania polega na stwierdzeniu poprawności wykonania robót z dokumentacją techniczną czy stwierdzenia i usunięcia wad i usterek w okresie gwarancji, należy przyjąć, że standardy jakości usługi zarządzania zostały ustalone. Powyższe nie zostało zakwestionowane w wyniku przeprowadzonej kontroli, skupiając całą argumentację w zakresie nie spełnienia przesłanki „powszechnie dostępny”.

Zatem Zamawiający, wbrew wynikom kontroli, nie dopuścił się do naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie jako jedynego kryterium oceny ofert ceny. Brak definicji legalnych czy jednoznacznych przepisów prawa nie mogą tak odmiennie wpływać na interpretację przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych i niekorzystnie wpływać na sytuację Zamawiającego, który dochował należytej staranności realizując przedmiotowe postępowanie. Świadczy o tym chociażby fakt, że zastosowane kryterium ceny nie miało wpływu na wynik postępowania. Oznacza to, że w żaden sposób nie naruszono podstawowych norm udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim zachowując zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który zastrzeżeń nie uwzględnił i podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko.

Prezes UZP nie zgodził się z Zamawiającym, iż powszechność usługi oznacza, że jest ona dostępna na rynku dla każdego podmiotu chcącego z danej usługi skorzystać. Gdyby tak rozumieć powszechną dostępność, to prawie do wszystkich usług możliwe byłoby stosowanie wyłącznie kryterium ceny, gdyż niemal każda usługa jest dostępna dla podmiotu, który chce z niej skorzystać. Takie rozumienie pojęcia powszechnej dostępności wypaczyłoby sens wprowadzenia nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 czerwca 2014 r. Należy bowiem zauważyć, że Ustawodawca wprowadził art. 91 ust. 2a w celu ograniczenia stosowania jedynego kryterium ceny. Nie zgodził się także z Zamawiającym, że usługa zarządzania projektem jest usługą powszechnie dostępną, ponieważ nie ma wymogu uzyskania dla jej wykonywania koncesji czy zezwolenia. Brak

konieczności posiadania koncesji lub zezwolenia nie przesądza bowiem o powszechnej dostępności usługi, w szczególności nie jest jedynym czynnikiem decydującym o powszechnej dostępności usługi. Należy ponownie zauważyć, że do wykonywania tej usługi potrzebna jest specjalistyczna wiedza oraz uprawnienia budowlane i doświadczenie, których sam Zamawiający wymagał od wykonawców w ramach warunków udziału w postępowaniu. Wykonywanie usługi zarządzania projektem wymaga posiadania także konkretnej wiedzy technicznej z zakresu prowadzenia robót budowlanych, w tym przypadku z branży: drogowej, mostowej, sanitarnej, telekomunikacyjnej oraz elektroenergetycznej, umiejętności czytania dokumentacji technicznej, w tym projektu budowlanego, znajomości przepisów regulujących proces budowlany oraz umiejętności zarządzania zespołem ludzi i egzekwowania konkretnych czynności mających na celu prawidłowe wykonania robót. Tym samym, mimo braku wymogu posiadania koncesji czy zezwolenia, nie jest to usługa powszechnie dostępna, skoro mogą ją świadczyć tylko podmioty w niej wyspecjalizowane i spełniające określone warunki.

Sformułowanie „powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych” jest stosowane w ustawie Prawo zamówień publicznych od początku jej obowiązywania w kontekście przesłanki trybu zapytania o cenę i nie ma powodu, aby przy kryteriach oceny ofert miało być rozumiane inaczej. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 15 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO/KD 49/11 stwierdzono, że „W niniejszej sprawie do omawianej kategorii usług Zamawiający zakwalifikował usługi nadzoru inwestorskiego, co w ocenie Izby, nie jest prawidłowe. W świetle przytoczonych wyżej rozważań nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż usługa nadzoru inwestorskiego jest typową usługą oferowaną na rynku, której nabywcą jest przeciętny klient, znajdujący się w kręgu podmiotów zainteresowanych jej nabyciem (...) zamknięty krąg osób mogących pełnić funkcję inspektora nadzoru powoduje, iż dostępność tych usług nie jest powszechna, a tym samym nie jest tak, że przeciętny klient posiada na nie zapotrzebowanie. Zaś konieczność posiadania uprawnień do pełnienia funkcji inspektora nadzoru świadczy o tym, że usługi te nie są typowe, nieskomplikowane. Tym samym nie sposób mówić, iż mogą być oferowane przez przeciętnego obywatela. (...) Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż funkcja inżyniera kontraktu jest funkcją bardziej skomplikowaną niż funkcja inspektora nadzoru, ale pozostaje to bez wpływu na dokonaną ocenę. Zarówno jednej, jak i drugiej nie sposób przypisać powszechnej dostępności”. Z treści powyższej uchwały wynika zatem, że usługa nadzoru inwestorskiego, która jest częścią usługi zarządzania projektem będącej przedmiotem niniejszych zastrzeżeń, jak też sama usługa inżyniera kontraktu, będąca odpowiednikiem usługi zarządzania projektem, nie są usługami powszechnie dostępnymi. Co do „ustalonych standardów jakościowych”, należy zauważyć, że niewątpliwie przepisy określają zadania i obowiązki osób pełniących funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego

(art. 25 i 26 ustawy Prawo budowlane), która to funkcja jest składową przedmiotowej usługi, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres jest określony w umowie zawartej z Zamawiającym jako inwestorem, a z kolei postanowienia umowy wynikają przede wszystkim z charakteru inwestycji, na której inspektor lub inspektorzy będą pełnili swoje obowiązki. Zamawiający zdefiniował oczekiwany od wykonawcy zakres zadań, jakie powinny być wykonane przy usłudze zarządzania projektem, m.in. nadzorowanie robót, prowadzenie regularnych inspekcji na terenie budowy, zatwierdzania materiałów, urządzeń, czy finalizacja zadań wynikających z obowiązków na etapie budowy oraz przygotowywania materiałów do końcowego odbioru robót budowlanych. Sam Zamawiający dowodzi, że usługa zarządzania jest ściśle związana z nadzorem nad robotami budowlanymi i ma na celu potwierdzenie prawidłowości wykonania umowy na roboty budowlane zgodnie z ustalonymi standardami ich jakości określonymi w dokumentacji projektowej. Mając na uwadze powyższe nie można twierdzić, że usługa zarządzania projektem posiada ustalone standardy jakościowe. Skoro bowiem usługa ta musi być dostosowana do konkretnych robót budowlanych określonych zapisami konkretnego projektu i konkretnych specyfikacji technicznych, to nie można twierdzić, że ma ustalone standardy jakościowe. Standardy te są bowiem inne w zależności od rodzaju, zakresu i poziomu skomplikowania danej konkretnej inwestycji. W związku z powyższym nie można stwierdzić, że usługa zarządzania kontraktem jest usługą powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych, gdyż wykonywać ją mogą tylko wyspecjalizowane w takich usługach firmy posiadające specjalistyczną wiedzę techniczną i prawną, a także dysponujące odpowiednią kadrą.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Z ustalonego podczas kontroli stanu faktycznego postępowania wynika, że Zamawiającemu został postawiony zarzut naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie nieuprawnionego zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, pomimo faktu, iż zamawiane usługi nie są usługami „powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach jakościowych”.

Zgodnie z brzmieniem przywołanego art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania „kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust.

2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.” Ze względu na zastosowanie trybu przetargu nieograniczonego, a nie licytacji elektronicznej, art. 76 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma w niniejszej sprawie zastosowania.

Przedmiotem zamówienia było zarządzanie projektem dotyczącym przebudowy drogi wojewódzkiej nr 205, które obejmowało: zarządzanie i koordynację wszystkich czynności związanych z realizacją projektu; pełnienie nadzoru inwestorskiego i kontrolę nad realizacją robót budowlanych zgodnie z prawem budowlanym i zawartą umową; działania mające na celu terminowe wykonanie robót budowlanych; dokumentowanie postępu robót, działania informacyjno-promocyjne związane z realizacją projektu; wypełnianie obowiązków sprawozdawczych wynikających z wymagań Instytucji Pośredniczącej – uzgodnionych z kierownikiem projektu.

Przedmiotem sporu pomiędzy Zamawiającym a Prezesem UZP jest interpretacja pojęcia usług „powszechnie dostępnych, mających ustalonych standardach jakościowych”.

Jak wskazywały obie Strony, określenia „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w ustawie Prawo zamówień publicznych ani w innym akcie prawnym, mają więc one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Tym samym, zdaniem Izby, przyporządkowanie konkretnych przedmiotów zamówień do tych kategorii zawsze będzie charakteryzowało się pewną intuicyjnością.

Nie były też sporne między Stronami ogólne interpretacje powyższych określeń wskazujące na to, że przedmiot zamówienia „powszechnie dostępny” to taki, którego podaż na rynku jest dość wysoka, a przez to nie jest on trudny do zdobycia, a pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” odnosi się do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających standardy wynikające z norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze.

Przenosząc jednak powyższe ogólne rozważania na możliwość zakwalifikowania usług nadzoru inwestorskiego czy też usług tzw. „inżyniera kontraktu”, w opinii Izby należy stwierdzić, że usług tego typu nie można uznać za usługi „powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych”.

Pogląd taki od lat jest w sposób jednolity ukształtowany na rynku zamówień publicznych – jeszcze w związku z rozważaniami nad możliwością zastosowania do tego typu usług trybu zapytania o cenę, w którym pojawiają się przesłanki o tożsamym brzmieniu (art. 70 ustawy Prawo zamówień publicznych).

O istnieniu takiego ukształtowanego poglądu świadczy powoływanie się na niego zarówno w komentarzach do ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i wcześniejszych uchwałach KIO dotyczących analogicznych zamówień.

Co więcej, w kręgu wykonawców branży budowlanej od lat pojawiają się postulaty, że ze względu na różniące się kwalifikacje projektantów i inżynierów, a tym samym różną jakość świadczonych usług i wykonywanych robót, przy zamawianiu usług projektowania, nadzoru i wykonywania robót budowlanych powinny być stosowane także inne niż cena kryteria oceny ofert, odnoszące się zwłaszcza do jakości usług.

Należy się zgodzić w Prezesem UZP, że pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta.

Jakkolwiek słusznie zauważył Zamawiający, że liczba firm oferujących tego typu usługi na rynku jest dość spora, to istnienie, nawet dużej, konkurencji na rynku podmiotów oferujących usługi danego typu, jeszcze nie może być uznane za wystarczające dla przyjęcia, że taka usługa jest usługą powszechnie dostępną.

Duża liczba wykonawców oferujących tego typu usługi nie zmienia też faktu, że usługa nadzoru – a w szczególności jej rozbudowana wersja, czyli pełnienie funkcji inżyniera kontraktu, jest usługą specjalistyczną o charakterze intelektualnym, przeznaczoną – mimo wszystko – dla ograniczonego kręgu odbiorców, którymi są głównie podmioty publiczne (gdyż to w znacznej mierze one realizują duże inwestycje budowlane).

Intelektualny charakter usługi wskazuje na jej pewną niemierzalność, a tym samym powoduje, że szczególnie istotne są kwalifikacje osobiste, zwłaszcza wiedza i doświadczenie oraz zaangażowanie w wykonywane zadania, wykonawców i osób świadczących tę usługę. Powoduje to, że nie ma ona, jak zauważył sam Zamawiający w załączniku do protokołu postępowania, „parametrów technicznych” i trudno określić jej „powszechny” standard – oczywiście poza postulatem, że powinna być ona zrealizowana jak najlepiej, a przynajmniej z zachowaniem należytej staranności wymaganej od profesjonalisty (art. 355 Kodeksu cywilnego) oraz z uwzględnieniem tzw. „sztuki budowlanej”.

Należy się zgodzić z J. E. Nowickim (Komentarz do art. 91 ustawy – Prawo zamówień publicznych, LEX), że przez „ustalone standardy jakościowe należy rozumieć powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy (dostaw), usług lub robót budowlanych, niewymagające skomplikowanego opisu. Określone zamówienia mają ustalone standardy jakościowe tylko wówczas, gdy niezależnie od tego, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będzie zaoferowana cena, a usługa lub dostawa będzie identyczna.” Oczywiście z zastrzeżeniem, że nie należy tu wymagać aż identyczności, lecz dużego podobieństwa.

O ile można przyznać rację Zamawiającemu, że sama dokumentacja projektowa oczywiście jest istotna dla prawidłowego wykonania zamówienia (podobnie jak i ustalone zasady „sztuki budowlanej”), to odnosi się ona bezpośrednio do wykonania robót budowlanych, a nie samego świadczenia usługi nadzoru. Zresztą nie bez powodu standard świadczenia usługi określa się w opisie przedmiotu zamówienia i w umowie dla każdego zamówienia.

Natomiast należy podkreślić, że standard, który jest ustalany każdorazowo indywidualnie, nie może być z samej istoty standardem „ustalonym”, o którym mowa w omawianym przepisie, czyli zdefiniowanym, znanym i obowiązującym powszechnie i generalnie jednakowo na całym rynku.

Jak wskazano w uchwale KIO z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. KIO/KD 49/11 (dotyczącej analogicznych usług) – z którym to poglądem skład orzekający generalnie się zgadza – do kategorii usług „o ustalonym standardzie jakościowym” możemy zaliczyć „usługi, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tę szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania”. Zatem dostawy i usługi „o ustalonym standardzie jakościowym” muszą charakteryzować się powtarzalnymi cechami jakościowymi i technicznymi, niewymagającymi skomplikowanego opisu.

Tym samym każde zamówienie, które będzie wymagało sporządzenia obszernego opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenia do umowy klauzul w miarę szczegółowo regulujących sposób wykonania, z założenia nie będzie posiadało ustalonych standardów jakościowych – będzie je trzeba dopiero ustalić indywidualnie. Podobnie narzędziem do ustalenia minimalnego standardu usługi – a przynajmniej próby takiego ustalenia – jest opisywanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz kwalifikacji jego personelu.

Podobny pogląd Izba wyraziła w uchwale z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. KIO/KD 26/14: „Wbrew stanowisku zamawiającego przesłanka ustawowa nie odnosi się do standardów, które zamawiający ustali opisując przedmiot zamówienia, lecz standardów już na rynku ustalonych, a więc funkcjonujących niejako niezależnie od opisu dokonywanego przez

zamawiającego, na które to standardy można się powołać, wskazując nazwę zamawianego towaru czy usługi i podając kilka podstawowych informacji je charakteryzujących.” W konkluzji – konieczność określenia standardu przez zamawiającego świadczy więc o tym, że nie da się określić jednego ustalonego standardu, o którym mowa w przepisie.

Ma rację Zamawiający, że przepisy w swojej treści nie wskazują na to, iż usługi muszą być nieskomplikowane – jednak pogląd taki jest właśnie konsekwencją tego, że im bardziej skomplikowana usługa, tym trudniej ustalić jej powszechny standard.

W uchwale KIO z listopada 2009 r., sygn. KIO/KD 43/09, wskazano: „W szczególności Izba uznaje, że na gruncie Prawa zamówień publicznych usługa pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego w danej specjalności nie może być uznana za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach, stanowiącą przesłankę zastosowania trybu zapytania o cenę zgodnie z art. 70 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że usługa ta nie może być świadczona przez dowolnego wykonawcę, lecz przez osoby posiadające stosowne uprawnienia budowlane w określonej specjalności, w zależności od rodzaju robót, które mają być objęte nadzorem. Istotne znaczenie mają przy tym kwalifikacje, wiedza i doświadczenie zawodowe wykonawcy. Charakter świadczonych usług wskazuje, że nie mogą one być uznane za standardowe i typowe, a z tego względu posiadać ustalone standardy jakościowe.”

W uchwale KIO z 4 grudnia 2009 r., sygn. KIO/KD 46/09, dotyczącej pokrewnej usługi (projektowania) Izba wskazała: „W ocenie KIO, przedmiotowa usługa z uwagi na jej złożoność, wynikającą tak z konieczności opracowania samej dokumentacji projektowej, ale także z prowadzenia nadzoru autorskiego, nie może być oceniana wyłącznie przez pryzmat dostępu do projektantów posiadających stosowne uprawnienia, jak uczynił to zamawiający. Przesłankę zastosowania trybu zapytania o cenę, określoną w art. 70 ustawy pzp., należy czytać łącznie, tj. nie tylko odnosząc się do dostępu do danej dostawy, czy usługi, ale także przez pryzmat istnienia ustalonych standardów jakościowych. Za niewystarczającą, KIO uznała również argumentację zamawiającego dotyczącą stwierdzenia, że usługa posiada ustalone standardy. Wskazywane regulacje normatywne nie dotyczą całości przedmiotu świadczenia, a dodatkowo wątpliwe jest twierdzenie, iż wyznaczają one standardy jakościowe. Zakres i forma dokumentacji projektowej to jedynie wyznaczone przepisami, wymagany sposób jej przygotowania, a efekt końcowy zawsze pozostaje niewiadomą.”

Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 28 czerwca 2010 r., sygn. BDF1/4900//44/50/10/1227, wskazała: „Dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak

i krajowym. Do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach zalicza się, m.in. usługi sprzątnięcia pomieszczeń, mycia szyb, prania, usługi żywienia, proste usługi poligraficzne itp. Przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu było *Opracowanie projektów inżynierskich wraz, z kosztorysami i studium wykonalności inwestycji (...)*. Do zadań wykonawcy należało wykonanie szeregu usług, polegających zarówno na przeprowadzeniu spotkań konsultacyjnych, opracowaniu materiałów informacyjnych jak również na wypracowaniu rozwiązań instytucjonalnych, kadrowych i finansowych niezbędnych do wdrożenia inwestycji, opracowaniu projektów budowlanych i przygotowaniu ostatecznego zakresu inwestycji wraz z kosztorysem. Reasumując, GKO podzieliła pogląd Komisji Orzekającej I instancji, że Obwiniony udzielając zamówienia w trybie zapytania o cenę naruszył rażąco art. 70 P.z.p. z uwagi na niespełnienie przesłanek powszechnej dostępności usługi oraz ustalonych standardów usługi”.

Poglądy dotyczące omawianych kwestii można znaleźć także m.in. w uchwale KIO z dnia 26 marca 2014 r., sygn. KIO/KD 21/14, z dnia 5 października 2011 r., sygn. KIO/KD 75/11, wyroku NSA z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. II GSK 1704/13.

Na marginesie można zauważyć, że choć należy się zgodzić z Zamawiającym, iż przy tego typu usłudze nie jest łatwo sformułować i opisać inne niż cena kryteria oceny ofert, zwłaszcza tak, aby ich zastosowanie rzeczywiście miało wymierny efekt wpływający na jakość oferty, nie oznacza to, że jest to niemożliwe. W szczególności zastosowanie może mieć kryterium „organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia”, wskazane w obecnej wersji art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Omówienie możliwości i sposobu zastosowania tego kryterium na gruncie wcześniej obowiązujących przepisów znalazło się też w wyroku TSUE z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie C-46/15 Ambisig.

Izba podzieliła więc stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zaistnieniu naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych we wskazanym zakresie. Izba przychyliła się też do konkluzji Prezesa UZP, że pomimo owego naruszenia, nie można stwierdzić wpływu tego naruszenia na wynik postępowania.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....