

Sygn. akt: KIO/KD 57/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 30 października 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 30 września 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

Gminę Lublin, Plac Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin

do informacji o wyniku kontroli doraźnej z 21 września 2015 r. dotyczącej kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych prowadzonej pod nazwą

„budowa budynku biurowo-usługowego przy ul. xxx w Lublinie, w ramach umowy najmu z dnia 7.08.2014 r. (Rep. A nr xxx) zawartej między Gminą Lublin a Wykonawcą xxx”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – Gminy Lublin do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych od 8 stycznia 2015 r. do 21 września 2015 r. prowadził kontrolę dotyczącą zawartej przez Gminę Lublin oraz xxx umowy z 7 sierpnia 2014 r.

Jak wynika z ustaleń kontroli, 25 lutego 2014 r. Urząd Miasta Lublin zamieścił w prasie lokalnej oraz w miejscu publiczne dostępnym ogłoszenie w sprawie poszukiwania do

wynajęcia budynku biurowego o powierzchni powyżej 14.000 m². W ogłoszeniu tym podano warunki, jakie ma spełniać poszukiwany obiekt.

W odpowiedzi na ww. ogłoszenie wpłynęły 3 oferty, spośród których zamawiający wybrał ofertę złożoną przez xxx prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą xxx. Oferta dotyczyła wynajęcia budynku mającego powstać na gruntach stanowiących własność oferenta (nabytych wcześniej od Gminy Lublin), położonych przy ul. xxx, xxx, xxx i xxx o powierzchni 5328 m², co do których oferent posiadał decyzję o warunkach zabudowy oraz zlecił opracowanie koncepcji urbanistyczno-architektonicznej budynku biurowo-usługowego mającej obrazować zawarte w ogłoszeniu wymagania Gminy, z zastrzeżeniem, że możliwe są dowolne zmiany i pełna aranżacja w sposób wskazany przez przyszłego użytkownika. Obiekt planował oddać do dyspozycji najemcy do 31 grudnia 2016 r.

Zawarta umowa obejmowała m.in. następujące postanowienia:

1. Wynajmujący oświadczył, że zgodnie ze złożoną ofertą oraz ustaleniami dokonanymi w trakcie negocjacji, zobowiązuje się do wybudowania na nieruchomości budynku biurowego o trzech kondygnacjach podziemnych, czterech kondygnacjach nadziemnych od strony ulicy xxx oraz siedmiu kondygnacjach nadziemnych od ulicy xxx, o powierzchni całkowitej około 33.000 m² (por. § 2 ust. 2);
2. Wynajmujący oświadczył, że budynek zostanie zrealizowany zgodnie z koncepcją urbanistyczno-architektoniczną opracowaną przez pracownię xxx Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, z uwzględnieniem standardów stanowiących załącznik do umowy. Wynajmujący jednocześnie oświadczył, że w dniu wydania przedmiotu najmu, wynajmowane pomieszczenia spełniać będą wszystkie warunki eksploatacyjne i funkcjonalne, przewidziane dla pomieszczeń biurowych (por. § 2 ust. 3 i 4);
3. Wynajmujący zobowiązał się oddać najemcy w najem część budynku o powierzchni najmu brutto około 14.000 m², a najemca zobowiązał się objąć tenże przedmiot najmu na cele działalności biurowej jednostek organizacyjnych najemcy. Wynajmujący zobowiązał się wydać najemcy przedmiot najmu w terminie do 30 września 2017 r. (por. § 3 ust. 1 i 9);
4. Strony ustaliły czynsz miesięczny w wysokości: w okresie pierwszych dwóch lat od dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego na kwotę 40,00 zł netto za 1 m², a po upływie dwóch lat od dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego na kwotę 42,28 zł netto za 1 m². Wskazane stawki czynszu będą zmieniane co roku o roczny wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok poprzedni, publikowany w Monitorze Polskim przez Prezesa GUS. Czynsz będzie naliczany do 1 października 2017 r., ale nie wcześniej niż od dnia przekazania najemcy przedmiotu najmu (por. § 4);
5. Umowa została zawarta na czas określony, który skończy się z upływem 10 lat od dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego (por. § 5 ust. 1);

6. Strony ustaliły, iż po upływie 2 lat od dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego najemca ma prawo nabyć część lub całość przedmiotu najmu za cenę rynkową, określoną na podstawie opinii dwóch biegłych rzeczoznawców, powołanych przez strony. W przypadku rozbieżności cen wynikających z opinii biegłych, cena rynkowa zostanie określona jako średnia cena wynikająca z obu opinii. W przypadku skorzystania przez najemcę z tego uprawnienia, wynajmujący zobowiązał się złożyć oświadczenie woli o przyjęciu oferty najemcy dotyczącej nabycia części lub całości przedmiotu najmu za cenę obliczoną w powyżej opisany sposób, w terminie nie dłuższym niż 3 miesiące od dnia złożenia oferty przez najemcę (por. § 5 ust. 2 i 3);

7. W przypadku sprzedaży przez wynajmującego przedmiotu najmu, najemcy przysługuje prawo pierwokupu w terminie 2 miesięcy od dnia otrzymania zawiadomienia o sprzedaży, poprzez złożenie oświadczenia w wymaganej formie o wykonaniu prawa pierwokupu (por. § 6);

8. W celu dostosowania przedmiotu najmu do potrzeb najemcy, w tym aranżacji przestrzeni wynajmowanego budynku, najemca oddeleguje swojego przedstawiciela do wykonania wiążących uzgodnień z pracownią projektową xxx Sp. z o.o.

Integralną część umowy stanowił załącznik: „Standardy wykończenia budynku biurowego dla potrzeb Urzędu Miasta Lublin przy ul. xxx, ul. xxx, ul. xxx, według projektu xxx” (por. § 9 ust. 1).

29 czerwca 2015 r. w umowie z 7 sierpnia 2014 r. dokonano zmian dotyczących możliwości zwiększenia powierzchni najmu oraz uchylono § 3 ust. 4 umowy.

Gmina Lublin obliczyła, że wartość 10-letniego czynszu wynosi 70.264.320,00 zł netto.

Z informacji uzyskanej od xxx wynika, że wartość szacunkowa robót budowlanych została określona na kwotę ok. 80 mln złotych.

Gmina poinformowała, że do czasu udostępnienia wynajmowanej powierzchni, czyli do ok. 1 października 2017 r. Miasto Lublin nie będzie ponosiło żadnych wydatków związanych z umową.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił Gminie Lublin, iż zawierając umowę najmu z xxx faktycznie udzieliła zamówienia publicznego na roboty budowlane, gdyż przedmiotowa umowa statuuje stosunek cywilnoprawny, który nie podlega wyłączeniu w oparciu o przepisy art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Prezesa wyłączenie to następuje tylko w przypadku nabycia lub najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego. Artykuł 16 lit. a dyrektywy

2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi wyraźnie wskazuje, że wyłączenie stosowania dyrektywy dotyczy wyłącznie istniejących budynków. Również z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05, wyrok z 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07, wyrok z 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92, wyrok z 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08) wynika jednoznacznie, że wyłączenie z art. 16 lit. a dyrektywy 2004/18/WE dotyczy tylko „czystych” umów w obrocie nieruchomościami. Natomiast umowa najmu z 7 sierpnia 2014 r. zawiera wszystkie konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane, gdyż wynajmujący zawierając umowę faktycznie zobowiązał się do wykonania robót budowlanych, bez wykonania których najem nie będzie miał miejsca. Tym samym, zdaniem Prezesa UZP, przedmiotowa umowa została zawarta z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Prezes wskazał też, że stosownie do art. 10 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Zgodnie z art. 40 ust. 1 i analogicznie art. 48 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówienia udzielane w tych trybach wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz, w myśl art. 40 ust. 3, przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a następnie jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Z uwagi na powyższe okoliczności faktyczne oraz prawne należy uznać, że działanie polegające na niezastosowaniu ustawy i niezamieszczeniu ogłoszenia w konsekwencji stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 40 ust. 1 i 3, w tym w zw. z art. 48 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP i złożył zastrzeżenia do wyników kontroli. Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Obszerne stanowiska obu stron zawarte są w: informacji o wyniku kontroli doraźnej z 21 września 2015 r., zastrzeżeniach Gminy Lublin z 30 września 2015 r. oraz odpowiedzi Prezesa UZP na zastrzeżenia z 15 października 2015 r.

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

Na wstępie Izba stwierdza, że zgadza się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przedstawionym w informacji o wyniku kontroli.

Przedstawiona w informacji o wyniku kontroli doraźnej z 21 września 2015 r. oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia z 15 października 2015 r. argumentacja jest tak obszerna, że nie wymaga szczególnego uzupełnienia, niecelowe jest także jej powtarzanie. Izba jedynie zwróci więc uwagę na kilka kwestii.

Zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. i ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy tej nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu.

Nie było między stronami sporne, że przepis ten przenosi na grunt prawa polskiego uregulowanie dyrektywy 2004/18/WE zawarte w art. 16 lit. a, zgodnie z którym dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi mających na celu nabycie lub dzierżawę, bez względu na sposób finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości albo praw do nich; niemniej jednak dyrektywa obejmuje umowy o świadczenie usług finansowych, zawarte w dowolnej formie, równocześnie, przed lub po zawarciu umowy nabycia lub dzierżawy.

W motywie 24. preambuły do tej dyrektywy wskazano zaś, że w ramach usług zamówienia na nabycie lub najem nieruchomości lub praw do takich nieruchomości posiadają pewne specyficzne cechy, które sprawiają, iż zasady udzielania zamówień publicznych nie mają w tym przypadku zastosowania.

Zdaniem Izby cel wprowadzenia takiego wyłączenia jest oczywisty – jeśli bowiem zamawiający pragnie zakupić, wydzierżawić lub wynająć konkretny grunt, budynek, czy lokal, będzie on miał konkretnego właściciela lub właścicieli, zatem niemożliwa jest tu konkurencja przy poszukiwaniu podmiotu, z którym zawarta zostanie umowa.

Zdaniem Izby brzmienie artykułu 16 lit. a dyrektywy 2004/18/WE, choć, niestety, nie zostało na grunt polskiej ustawy przeniesione w tak czytelny sposób, jest przesądzające dla interpretacji art. 4 pkt 3 lit. i ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym i kwalifikacji działań Gminy Lublin w przedmiotowej sprawie. Otóż w art. 16 lit. a dyrektywy wskazano wprost, że wyłączenie stosowania procedur udzielania zamówień publicznych dotyczy nabycia lub dzierżawy (na gruncie polskiego prawa – najmu) istniejących budynków lub innych nieruchomości (niż gruntowe i budynki) albo praw do nich, czyli m.in. najmu. W stosunku do nieruchomości gruntowych ustawodawca nie poczynił takiego zastrzeżenia, gdyż z założenia one istnieją, natomiast przy budynkach oraz innych budowlach zostało wskazane wprost, że nie chodzi o obiekty przyszłe – w takim wypadku bowiem wielu inwestorów czy przedsiębiorców budowlanych mogłoby taki obiekt wykonać.

Przy czym fakt, że art. 4 pkt 3 lit. i ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawiera przesłanki „istniejącego budynku” nie oznacza, że przepisy krajowe zezwalają na szerszy zakres wyłączeń, niż prawo unijne – nie byłoby to dopuszczalne, gdyż prawo krajowe musi być stanowione w granicach prawa unijnego.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje ani nie reguluje odrębnie najmu, zatem zastosowanie do interpretacji art. 4 pkt 3 lit. i ustawy Prawo zamówień publicznych mają przepisy art. 659 i nast. Kodeksu cywilnego, które wskazują m.in. czym w ogóle jest najem.

Co do samej treści kwestionowanej umowy z 7 sierpnia 2014 r. – ani Prezes UZP, ani Izba nie neguje faktu, że zawarta przez Gminę Lublin umowa posiada elementy typowe dla umowy najmu, czy też, że najem budynku lub jego części był celem jej zawarcia. Izba podziela jednak stanowisko Prezesa UZP, że umowa ta nie jest jedynie umową najmu budynku lub jego części. I nie wystarczy nazwać umowy „umową najmu”, by się taką stała – zawsze znaczenie ma przede wszystkim to, co swoim zakresem obejmuje.

Z zasady swobody umów wynika, że strony mogą swobodnie kształtować wzajemne stosunki czy przedmiot umowy, w tym jedną umową objąć więcej niż jeden łączący ich stosunek prawny albo dodać do niego elementy wykraczające poza *essentialia negotii* jednej z umów nazwanych. Tak, zdaniem Izby, było i w tym przypadku, a sporna umowa zawiera istotne postanowienia, które świadczą o tym, że przedmiotem umowy nie jest jedynie najem w rozumieniu art. 659 i nast. Kodeksu cywilnego.

Jak bowiem stanowi art. 659 § 1 Kodeksu cywilnego przez umowę najmu wynajmujący zobowiązuje się oddać najemcy rzecz do używania przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a najemca zobowiązuje się płacić wynajmującemu umówiony czynsz. Natomiast z zawartej umowy wynika, że obowiązki wynajmującego są znacznie szersze, a Gmina Lublin *de facto* zamawia wykonanie (wybudowanie) budynku, który następnie ma wynająć. Sam budynek ewidentnie jest budowany na zamówienie Gminy, gdyż w innym przypadku inwestor w ogóle by go nie wybudował albo wybudował w innym czasie i w inny sposób, niż o parametrach wskazanych przez Gminę i z nią uzgodnionych. Przy czym należy podkreślić, że budowa budynku jest warunkiem *sine qua non*, to jest warunkiem, bez którego przyszedł najem w ogóle nie może dojść do skutku, nie można więc uznać, że jest on pobocznym czy mało istotnym elementem umowy.

I nie ma tu, zdaniem Izby, znaczenia, że Gmina Lublin formalnie nie jest inwestorem ani zakres zaangażowania Gminy w sam przebieg procesu budowlanego (stworzenie projektu, nadzór nad robotami budowlanymi itd.), czy też to, że na etapie budowy nie będzie współfinansowała inwestycji. Nie ma również znaczenia, kto był inicjatorem umowy, czy samego pomysłu, aby zamówienie zrealizować właśnie w taki sposób, istotne jest jedynie to, że finalnie umowa została zawarta.

Nie można też powiedzieć, że po stronie xxx albo zamawiającego nie nastąpi przysporzenie, a to, że nastąpi ono w roku 2017 i później, nie jest istotne. Po stronie Gminy Lublin będzie to prawo do korzystania z nieruchomości lub jej nabycie. Po stronie xxx przychody z tytułu czynszu (obecnie zostały ono oszacowane na kwotę 70.264.320,00 złotych netto plus ewentualna waloryzacja), a także, ewentualnie, cena jego zbycia. Przy czym należy zauważyć, że strony ustaliły już cenę sprzedaży budynku poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia (art. 536 § 1 Kodeksu cywilnego), tj. wyceny rzeczoznawców, a xxx zobowiązał się do sprzedaży tego budynku na żądanie Gminy. Zresztą, zdaniem Izby, nie bez powodu umowa została zawarta w formie aktu notarialnego (Rep. A xxx), chociaż do zawarcia umowy najmu wystarczająca jest zwykła forma pisemna (art. 660 Kodeksu cywilnego).

Z związku z powyższym Izba uznała, że Gmina Lublin naruszyła art. 4 pkt 3 lit. i ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie, a w konsekwencji także art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie widzi potrzeby zarzucania naruszenia innych przepisów ustawy, gdyż – ze względu na niezastosowanie ustawy w ogóle – Gmina Lublin naruszyła znacznie więcej przepisów niż dotyczące jedynie braku stosownego ogłoszenia czy wyboru trybu postępowania. Przy czym Izba nie neguje możliwości, by Gmina Lublin, skoro nie zamierzała finansować samych robót budowlanych, także w inny sposób ukształtowała stosunki z potencjalnym wykonawcą, to jest przewidziała inny rodzaj umowy, niż wynikający bezpośrednio z ustawy Prawo zamówień publicznych, np. koncesję na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. z 2015 r., poz. 113), czy ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. z 2015 r., poz. 696). Jednak również one przewidują zastosowanie pewnych procedur, których Gmina Lublin nie dopełniła.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....