



Warszawa, dnia

2022 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ3.442.39.2021.JB
KND/44/21/DKZP

Pan

Szanowny Panie Prezesie,

W odpowiedzi na pismo z dnia 5 stycznia 2022 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych drogą elektroniczną dnia 5 stycznia 2022 r.) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie inwentaryzacji i ekspertyz ciągów SN i linii 110 kV oraz stacji GPZ, RPZ, RS, SN/SN i SN/nN z terenu eksploatacji PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość*, przeprowadzonego przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość w imieniu i na rzecz Zamawiającego – PGE Dystrybucja S.A., uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia:

- art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp2004”);
- art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004;
- art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004;
- art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z §2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128);
- art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004,

wykazanych odpowiednio w pkt 1, 3, 4, 5, 6 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 23 grudnia 2021 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.39.2021.JB. Jednocześnie Prezes Urzędu uwzględnia zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 a w konsekwencji – naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004, wykazanego w pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie:

1. art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez zmianę postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy bez spełnienia przesłanek uzasadniających taką zmianę;
2. art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez włączenie do zakresu zamówienia zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, a w konsekwencji – naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
3. art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez ustalenie wartości zamówienia wcześniej aniżeli 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia;
4. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp2004 przez dwóch członków komisji przetargowej oraz przez osobę, która podpisała umowę w sprawie zamówienia publicznego;
5. art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z §2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) poprzez wskazanie w pkt 2 ppkt 5 protokołu postępowania niezgodnej z prawdą daty ustalenia wartości zamówienia;
6. art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004 poprzez wskazanie w pkt 4 lit. A pkt 1 protokołu postępowania, iż członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenie określone w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, podczas gdy dwóch członków komisji nie złożyło przedmiotowych oświadczeń.

Pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

- 1) *Art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej „ustawa Pzp2004”) poprzez zmianę postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy bez spełnienia przesłanek uzasadniających taką zmianę.*

Zmiany postanowień zawartej umowy Zamawiający tłumaczy przede wszystkim okolicznościami, których Zamawiający nie mógł przewidzieć. Zmiany postanowień zawartej umowy, tj. zawarcie aneksu nr 1, odbyły się z powodu wewnętrznych procedur obowiązujących w Spółce, czyli konieczności wystąpienia do Zarządu Spółki z wnioskiem o wyrażenie zgody na zaciągnięcie zobowiązania wobec przekroczenia uprzednio udzielonej zgody, a czas na oczekiwanie tej zgody wynosił 20 dni. Najkorzystniejsza oferta złożona w toku postępowania przewyższała kwotę pierwotnie przeznaczoną na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia co zgodnie z zasadami korporacyjnymi wymuszało konieczność uzyskania zgody zarządu Spółki na zaciągnięcie zobowiązania w wyższej niż pierwotnie zakładano kwocie. Należy podzielić zatem pogląd wyrażony w wyroku WSA we Wrocławiu III SA/Wr 680/17 z dnia 24 stycznia 2018 r., iż „(...) zasadom pzp nie sprzeciwiają się takie zmiany umowy, których przyczyny w takim samym są uzasadnione w stosunku do każdego wykonawcy, który zostałby wybrany i z tego względu nie oznaczają preferencji żadnego z nich”. Przedłużające się postępowanie przetargowe uzasadniało zmianę terminu realizacji zadania

niezależnie od tego, który podmiot zostałby wybrany w wyniku przetargu, podczas gdy o samym wyborze decydowała wyłącznie oferowana cena. Co więcej Zamawiający miał prawo przypuszczać, iż rozpoczynając postępowanie przetargowe 10 kwietnia 2019 r., umowa zostanie podpisana w trakcie trwania związania wykonawców złożoną ofertą tj. do 17 lipca 2019 r., zaś podpisana została 30 lipca 2019 r. co również uzasadnia przedłużenie okresu realizacji przedmiotu zamówienia i pozwala uznać, iż taka zmiana nastąpiłaby w stosunku do każdego z wykonawców, niezależnie od wyboru.

Zatem uprawnione jest stwierdzenie, iż była to zmiana nieistotna z punktu widzenia ustawy pzp.

Kolejną okolicznością, której Zamawiający nie mógł przewidzieć była ogłoszona pandemia koronawirusa i obostrzenia wynikające z rozporządzeń i zaleceń dotyczących m.in. zgromadzeń, sposobu pracy, ograniczeń w przemieszczaniu się osób itp. Podkreślić należy ponadto, że zadanie było aneksowane w zakresie wydłużania terminów, bez zmiany warunków finansowych.

Przed wszystkim jeśli chodzi o aneks nr 2 oraz nr 3, które były zawierane w związku z wystąpieniem pandemii Covid-19 należy zwrócić uwagę, iż aneks nr 2 został zawarty 2 kwietnia 2020 r. podczas, gdy art. 15r stanowiący podstawę prawną zawierania aneksów z uwagi na pandemię, został dodany do ustawy tzw. covidowej w dniu 31 marca 2020 r. (data ogłoszenia i data wejścia w życie Dz. U. 2020 poz. 568). Zgodnie z ww. przepisem strony umowy w sprawie zamówienia publicznego niezwłocznie informują się wzajemnie o wpływie okoliczności związanych z COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy dołączając do tej informacji oświadczenia lub dokumenty. Ustawodawca nie zdefiniował co należy rozumieć pod pojęciem okoliczności związanych z Covid-19 jednakże wydaje się, iż to stwierdzenie powinno być intepretowane jak wszelkie okoliczności związane z wystąpieniem tej choroby. Podkreślić zatem należy, iż Zamawiający podejmował działania na podstawie nowo wprowadzanych przepisów prawnych. Należy zatem zauważyć, iż wykonawcy jak i Zamawiającemu przyszło działać w nowych, niespotykanych dotychczas warunkach życia gospodarczego i prawnego.

W ówczesnym momencie kiedy został ogłoszony na terenie RP stan epidemii skutkujący w zasadzie całkowitym zamknięciem życia społecznego i gospodarczego do maja 2020 r. trudno było przewidywać w jaki sposób te zmienione okoliczności wpłyną na realizację przedmiotowej umowy. Nie sposób zatem pominąć w ocenie zachowań podjętych przez Zamawiającego w ówczesnym okresie tego bezprecedensowego zdarzenia jakim wówczas wydawała się pandemia, a zwłaszcza konsekwencji które mogła wywołać, a które wówczas były nieznane i niemożliwe do przewidzenia. Co więcej, jak powyżej wskazano, stan prawny dotyczący tzw. ustawy covidowej ulegał dynamicznym zmianom, których interpretacja i właściwa ocena nie był możliwa w zasadzie z dnia na dzień. W inny sposób można oceniać tamte zdarzenia patrząc z dzisiejszej perspektywy, a inaczej kiedy rozwój zdarzeń był niemożliwy do przewidzenia.

Wskazać należy, iż wykonawca argumentował wnioski o przedłużenie terminu realizacji zamówienia konkretnymi okolicznościami, które nie sposób było pominąć i uznać, iż pozostają bez wpływu na możliwość terminowego wykonania zamówienia, tj. utrudnione możliwości przemieszczania się pracowników, problem z dostępnością miejsc noclegowych.

- 2) Art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 2004 poprzez włączenie do zakresu zamówienia zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, a w konsekwencji – naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie

unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przed wszystkim należy zauważyć, iż ustawa Pzp 2004 nie nakłada na zamawiającego obowiązku podziału zamówienia na części.

"Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty (...) nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum" (wyr. KIO z 16.2.2012 r., KIO 249/12). Co wymaga podkreślenia, Kontrolujący całkowicie pominął kwestię, iż ustawa Pzp2004 dopuszcza możliwość uczestnictwa w ramach ubiegania się o udzielenie zamówienia w formie konsorcjum lub podwykonawstwa.

Zamiarem Zamawiającego było otrzymanie usługi całościowej, tj. kompleksowej usługi polegającej na dostarczeniu wyników skanowania laserowego wraz z usługą wykonania i dostarczenia ortofotomapy powierzchniowej. Zamawiający przyjął, że należy pozyskać dane w wersji szerokiej, dzięki której uzyska nowe możliwości w zakresie usprawnienia szeroko rozumianego zarządzania majątkiem sieciowym w obszarach eksploatacji, modernizacji i rozwoju – w tym m.in:

- wsparcie procesu eksploatacji - pozwala mu „widzieć” w rzeczywistym otoczeniu stan urządzeń;*
- wykorzystanie mapy w planowanym od lat do uruchomienia w Oddziale Systemu Informacji Geograficznej zwanego dalej GIS (było jednym z głównych założeń pozyskania ortofotomapy) jako spójnego, jednorodnego podkładu mapowego, gdzie bardzo ważnym czynnikiem jest fakt, że pozyskana ortofotomapa została wykonana w ciągu krótkiego okresu (więc można przyjąć, że jest jednorodna czasowo i w pozyskana w bardzo dobrej rozdzielczości – niedostępnych w usługach typu google maps, czy geoportal) - i nie jest „poszatkowana wiekowo” jak (czasami nawet niedostępna lub pracująca z wielkimi problemami) ortofotomapa google czy geoportal;*
- umożliwienie łatwego sprawdzenia położenia istniejących urządzeń energetycznych w systemach klasy GIS czy programach otwartych typu Qgis obrazując wiarygodnie lokalizację w terenie na aktualnej ortofotomapie;*
- sprawdzenie ewentualnych kolizji projektowanej sieci z drzewami, terenami utwardzonymi obiektami, które często nie występują na innych mapach;*
- umożliwienie monitorowania zmian w bezpośrednim sąsiedztwie urządzeń (nie tylko zadrzewienie, ale również zabudowa czy też zmieniająca się infrastruktura drogowa, w tym szczególnie drogi niższych klas: polne, nieutwardzone, które zmieniają parametry w wyniku przebudowy);*
- ułatwiona identyfikacja i ocena prawidłowości zaprojektowania trasy pod kątem kierunku przyszłej zabudowy/zalesienia czy też powstawania innych obiektów, o których wiedza okazuje się niezbędna na etapie projektowania urządzeń elektroenergetycznych;*

- możliwość sprawdzenia otoczenia przyłączanego obiektu czy projektowania urządzeń pod kątem istniejących dróg dojazdowych itp.;
- weryfikacja lub też łatwiejszy wybór potencjalnych korytarzy, którymi można będzie prowadzić warianty przebiegu nowej sieci, uwzględniając potencjalne przeszkody i istniejące utrudnienia;
- w przypadku awarii znacząco ułatwi zaplanowanie dojazdu do urządzeń i obiektów energetycznych (łatwo sprawdzić czy droga, jeśli w ogóle taka jest, jest utwardzona, wystarczająco szeroka na przejazd niezbędnych środków technicznych do odbudowy).

Posiadanie ortofotomapy z wielu oblotów wykonanych w przedziałach czasowych umożliwia zapis historyczny lokalizacji, stanu urządzeń, obiektów (dane te będzie można wykorzystać w przyszłości w postępowaniach sądowych, których liczba przecież nie maleje).

Należy dodać, że mając na celu nieograniczanie konkurencyjności przy opracowywaniu zakresu przedmiotowego zamówienia, nie wszystkie funkcjonalności brane były pod uwagę. Zamawiający odstąpił od skanowania/wykonania zdjęć w technologii rejestracji wyładowań niezupełnych (takie też są możliwości). Zamawiający nie wziął również pod uwagę wektoryzowania przebiegu linii kablowych. Zamawiający uważa, że wykonanie ortofotomapy powierzchniowej daje realne wyniki i możliwości w pozyskaniu tego typu danych łącznie. Można stwierdzić, że wykorzystywanie ortofotomapy podnosi jakość informacji w oparciu, o którą zarządza się majątkiem sieciowym Zamawiającego.

Ortofotomapa powinna być traktowana jako powiązana technologicznie z uwagi na to, że chcieliśmy mieć szeroki pogląd na przebieg istniejących sieci elektroenergetycznych (SN i 110kV) oraz linii projektowanych na rzeczywistym podkładzie ortofotomapy.

Dodatkowo pozyskane przy tym zadaniu ortofotomapy miały także posłużyć jako wkład do planowanego w najbliższej przyszłości uruchomienia GIS w Oddziale Zamość. Zamawiający miał na celu uzyskanie wszystkich możliwych danych i ich kompatybilność z dostarczonym z zadaniem oprogramowaniem. Ponadto, podkreślenia wymaga fakt, iż w dotychczasowej praktyce Zamawiającego tego typu zamówienie zawsze podlegało agregacji i wynikało to z rzeczywistej potrzeby zamawiającego.

Przykładem kompleksowego realizowania inwestycji są inwestycje drogowe, gdzie występuje całe spektrum robót inżynierskich wykonywanych przez jeden podmiot realizujący (Wykonawcę). Realizacja takich zadań jest możliwa dzięki dopuszczeniu realizacji w ramach zawiązanych konsorcjów lub przy wykorzystaniu podwykonawców do realizacji poszczególnych zakresów prac, co w tym przypadku było przez Zamawiającego dopuszczone przez co zarzut ograniczenia możliwości realizacji zadania jest w ocenie Zamawiającego bezpodstawny. Realizacja zadania w sposób kompleksowy, w ocenie Zamawiającego, spowodowała zmniejszenie kosztów łącznych jej realizacji ponieważ część kosztów ponoszonych przez wykonawcę stanowią koszty wspólne realizacji co przy podziale zadania obciążałoby każde zadanie indywidualnie zwiększając koszty jego realizacji.

Wymaga podkreślenia, iż ustawa pzp nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, w oderwaniu od innego podstawowego jej celu, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów.

Przyznać należy, iż dla naruszenia normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp2004 wystarczające będzie uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji, co nie zwalnia jednak

z obowiązku wykazania, iż prawdopodobieństwo ograniczenia konkurencji jest realne. Temu zaś kontrolujący nie podołał albowiem nie wykazano w treści informacji o wynikach kontroli, iż rzeczywiście takie zachowanie zamawiającego wpłynęło lub mogło wpłynąć realnie na ograniczenie konkurencji na rynku – nie wskazano konkretnych argumentów.

Obiektywne potrzeby Zamawiającego bardzo szczegółowo wskazano powyżej, zaś Zamawiający nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży.

- 3) Art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez ustalenie wartości zamówienia wcześniej aniżeli 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.*

Zarzut ustalenia wartości zamówienia wcześniej aniżeli 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania Zamawiający wyjaśnia tym, że Zamawiający nie uregulował wewnętrznie sporządzania odrębnego dokumentu z szacowania wartości zamówienia. Szacowanie wartości zamówienia zawarte było we wniosku zakupowym, niestety w analizowanym przypadku zostało omyłkowo wpisane przez pracownika sporządzającego wniosek z datą 19.10.2018 r. Zamawiający uznał ustne zapewnienia Inicjatora wniosku zakupowego złożone w dniu wpływu wniosku zakupowego do Wydziału Zamówień w Oddziale Zamość (tj. 14.02.2019 r.), że ustalona wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia pozostawała aktualna na dzień jego wpływu, czyli 14.02.2019 r.

- 4) Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004. poprzez zaniechanie złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp2004 przez dwóch członków komisji przetargowej oraz przez osobę, która podpisała umowę w sprawie zamówienia publicznego.*

Zaniechanie złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp2004 przez dwóch członków komisji przetargowej wynikało z niezamierzonego działania, zaś brak oświadczenia osoby która podpisała umowę w sprawie zamówienia wynikało z braku jasnych interpretacji co do definicji pojęcia zakończenia postępowania przetargowego. Przyjmując, że postępowanie kończy się z chwilą wyboru oferty, to czynność tylko i wyłącznie podpisania umowy przez umocowaną osobę, która nie wykonywała żadnych czynności w przeprowadzonym postępowaniu, zdaniem Zamawiającego nie wymagała podpisania ww. oświadczenia. Dotychczasowa praktyka zamawiających, usankcjonowana opiniami UZP, wskazywała, że w sytuacji gdy osoba podpisująca umowę nie wykonywała czynności w postępowaniu, nie musiała składać oświadczeń o bezstronności w trybie art. 17 ustawy Pzp2004. Wywodząco to dodatkowo z definicji legalnej „postępowania”, które zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp nie obejmowało czynności zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Tymczasem UZP w opinii prawnej „Nowe podejście do badania konfliktu interesów” wskazuje, że czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których odnosi się art. 17 ust. 1 ustawy Pzp2004, będą w szczególności czynności związane z wyborem oferty najkorzystniejszej, odrzuceniem oferty, wykluczeniem wykonawców, oceną spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, badaniem ofert – dokonywane od momentu wszczęcia postępowania (które stanowi publikacja ogłoszenia o zamówieniu lub przestanie zaproszenia do składania ofert lub zaproszenia do negocjacji) do chwili udzielenia zamówienia publicznego (rozumianego jako podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Powyższa opinia zmieniła dotychczasowe podejście Urzędu Zamówień Publicznych do przedmiotowej kwestii. Do chwili wydania nowej opinii UZP uznawał, że osoba, która

nie wykonywała żadnej czynności w postępowaniu, a tylko podpisywała umowę, nie musi podpisywać oświadczenia z art. 17 ust. 2 Pzp2004, a momentem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty.

Jak wskazuje powyższe, treść zapisów ustawy Pzp2004 się nie zmieniała w tym zakresie, zmieniała się ich ocena i interpretacja. Poglądy doktryny na tą okoliczność w dalszym ciągu są różne i tak np. „Zdaniem autora, art. 17 nie obejmuje czynności podpisania umowy, gdyż nie jest to czynność wykonywana w postępowaniu, lecz po jego zakończeniu. Zatem osoba podpisująca umowę, ale niewykonywająca żadnej innej czynności w postępowaniu, nie ma obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2”. – tak Jerzy Pieróg w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”. Wydanie 15. 2019.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający stoi na stanowisku, iż osoba podpisująca umowę, nie miała obowiązku składania oświadczenia z art. 17 ustawy Pzp2004.

- 5) *Art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2016 r. poz. 1128) poprzez wskazanie w pkt 2 ppkt 5 protokołu postępowania niezgodnej z prawdą daty ustalenia wartości zamówienia.*

Postawiony zarzut Zamawiający wyjaśnia oczywistą omyłką przy sporządzaniu protokołu, która polegała na błędnym wpisaniu daty wniosku zakupowego (03.01.2019 r.), zamiast faktycznej daty szacowania, co pozostawało bez wpływu na wynik postępowania.

- 6) *Art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004 poprzez wskazanie w pkt 4 lit. A pkt 1 protokołu postępowania, iż członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenie określone w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, podczas gdy dwóch członków komisji nie złożyło przedmiotowych oświadczeń.*

Zamawiający wyjaśnia, iż błędne wskazanie w pkt. 4 lit. A pkt 1 protokołu, iż wszyscy członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenie określone w art. 17 ust 2 ustawy Pzp2004, wynikało z niezamierzonego niedopatrzenia co jednocześnie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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 naruszeń wskazanych w pkt 1, 3, 4, 5, 6 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie zasługuje na uwzględnienie.

Względem argumentacji Zamawiającego dot. naruszenia, o którym mowa w **pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej** należy wskazać co następuje.

W zakresie wyjaśnień dotyczących zawarcia aneksu nr 1 do umowy w sprawie zamówienia publicznego należy wskazać, iż Zamawiający nie może powoływać się na reguły rządzące jego wewnętrzną organizacją dla uzasadnienia spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp2004, co zostało podkreślone już w treści *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*. Dodać należy, iż to Zamawiający podjął ryzyko związane z określeniem terminu realizacji umowy datą dzienną, co w kontekście niemożności uznania przedłużania się postępowania o udzielenie zamówienia za okoliczność nieprzewidywalną, nie pozwala na przyjęcie, iż zaistniała podstawa do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy

Pzp2004. Względem argumentu Zamawiającego odnoszącego się do potencjalnego braku zróżnicowania sytuacji wykonawców z uwagi na przedłużenie terminu realizacji umowy, a tym samym nieistotnego charakteru przedmiotowej zmiany w kontekście art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp2004 należy odwołać się do argumentacji przedstawionej już w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (str. 8-9), gdzie uzasadniono istotny charakter zmian polegających na przedłużeniu terminu realizacji zamówienia. Należy wskazać, iż jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający podjął decyzję o zawarciu aneksu nr 1 na podstawie informacji uzyskanych od samego wykonawcy, a tym samym brak jest podstaw do uznania, iż przyczyny, które wykonawca wskazał jako stanowiące uzasadnienie dla przedłużenia terminu realizacji zadania znalazłyby zastosowanie względem każdego innego wykonawcy, inny wykonawca mógł bowiem mimo wszystko zrealizować umowę w pierwotnym terminie bez względu na przedłużający się uprzednio etap wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również niezależnie od warunków pogodowych czy kwestii zajętości stref lotniczych, biorąc pod uwagę ich zasadniczo przewidywalny charakter, uzasadniony argumentacją przedstawioną w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (str. 5). Należy bowiem zauważyć, iż dla oceny równego traktowania wykonawców w kontekście dopuszczalności zmiany umowy ma znaczenie nie tyle samo wystąpienie określonego zdarzenia, ale wpływ tego zdarzenia na sytuację poszczególnych wykonawców. W szczególności należy podkreślić, iż wykonawcy jako podmioty profesjonalne, składając ofertę i akceptując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinni mieć świadomość przyjęcia ryzyka wiążącego się z określeniem terminu realizacji umowy datą dzienną oraz braku podstaw do bezwarunkowego przedłużenia tego terminu tylko czy głównie z uwagi na fakt przedłużania się czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na marginesie wskazać należy, iż ustawodawca nie określił w ramach ustawy Pzp2004 dla postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego maksymalnego terminu na przeprowadzenie postępowania, co oznacza, iż pojęcie „przedłużania się” ma charakter subiektywny i jako takie tym bardziej nie może stanowić samodzielnej okoliczności nieprzewidywalnej tudzież okoliczności uzasadnionej w takim samym stopniu względem każdego wykonawcy. Ponadto podkreślić należy, iż to Zamawiający jako gospodarz postępowania decyduje w największym stopniu o tempie dokonywania poszczególnych czynności w postępowaniu, Zamawiający nie wskazał zaś na żadne obiektywne czynniki ze względu na które nie zawarł umowy w odpowiednim okresie, co pozostawiłoby wykonawcy właściwy margines czasowy na realizację umowy w pierwotnym terminie. Zauważyć także należy, iż istnieje rozbieżność pomiędzy długością przedłużenia się postępowania w uznaniu Zamawiającego (jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego zawartych na str. 2 pisma z dnia 5 stycznia 2022 r. była to różnica pomiędzy dniem 17 lipca 2019 r. a 30 lipca 2019 r., tj. 13 dni) a długością przedłużenia terminu realizacji umowy aneksem nr 1, tj. 3 miesiące, której to rozbieżności Zamawiający nie wytłumaczył.

W zakresie wyjaśnień dotyczących zawarcia aneksu nr 2 i 3 do umowy w sprawie zamówienia publicznego należy odwołać się do twierdzeń Kontrolującego zawartych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (str. 5-7), podkreślając w szczególności fakt uregulowania przez ustawodawcę w treści ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t. j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1842 z późn. zm., dalej: „ustawa COVID”) zasad zmiany terminu wykonania umowy z uwagi na okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 oraz wiążące się z tym obowiązki informacyjne po stronie zamawiającego i wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, iż celem szczegółowego uregulowania danej kwestii jest wyłączenie ewentualnej arbitralności i dowolności w zakresie przedłużania terminu realizacji umowy, z tego też względu ustawodawca przewidział

obowiązek wzajemnego informowania się stron umowy o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy oraz dołączenie do informacji określonych oświadczeń lub dokumentów. Jak wykazano w treści *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, wykonawca V nie wskazał jednakże na żadne okoliczności, o których mowa w art. 15r ust. 1 ustawy COVID, nie może bowiem za taką okoliczność zostać uznany sam fakt ogłoszenia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego oraz zaleceń Ministra Zdrowia dotyczących dystansu społecznego bez wskazania na związek powyższych z należytym wykonaniem umowy. Jednocześnie wskazać należy na nieproporcjonalny okres wydłużenia terminu realizacji umowy na podstawie aneksu nr 2 i 3, wynoszący 10 miesięcy, podczas gdy pierwotny termin realizacji umowy wynosił 5 miesięcy, zaś z uwzględnieniem aneksu nr 1 – 8 miesięcy. Stwierdzić należy, iż z ogólnikowych wyjaśnień Zamawiającego przekazanych w toku kontroli, z uwzględnieniem treści pisma wykonawcy V z dnia 27 maja 2020 r. nie sposób wywieść uzasadnienia dla tak daleko idącej zmiany w zakresie terminu realizacji umowy. Należy zauważyć, iż wydłużenie terminu realizacji umowy w związku z powołaniem się wykonawcy na okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 nastąpiło zarówno na podstawie aneksu nr 2 z dnia 2 kwietnia 2020 r., jak również aneksu nr 3 z dnia 8 czerwca 2020 r., przy czym co najmniej aneks nr 3 został zawarty w warunkach obowiązywania ustawy COVID już od kilku miesięcy, co wyłącza możliwość powoływania się na nieznaną prawo w zakresie obowiązku uzasadnienia wpływu okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie podkreślić należy, iż niezależnie od kwestii dotyczących prawidłowości zawarcia aneksu nr 2 oraz aneksu nr 3 do umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadność zarzutu naruszenia art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 potwierdza co najmniej wykazana uprzednio niezgodność aneksu nr 1 z przepisami ustawy Pzp2004 w zakresie wydłużenia terminu realizacji umowy, który to aneks nie był związany z okolicznościami regulowanymi treścią ustawy COVID.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez zmianę postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy bez spełnienia przesłanek uzasadniających taką zmianę, Zamawiający naruszył art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Względem argumentacji Zamawiającego dot. naruszenia, o którym mowa w **pkt 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej** należy wskazać co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 9 ust. 1 ustawy Pzp2004, *postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej*. W toku kontroli Zamawiający przekazał kopię protokołu postępowania, w którego pkt 2 ppkt 5 wskazano, iż wartość zamówienia została ustalona w dniu 3 stycznia 2019 r. Ponadto Zamawiający przekazał kopię wniosku zakupowego z dnia 3 stycznia 2019 r., z którego treści wynika, iż *ustalenia wartości zamówienia dokonano w dniu 19-10-2018 r. wg średniego kursu złotego w stosunku do euro wynoszącego: 4,3117*. Na tej podstawie, biorąc pod uwagę także wyjaśnienia Zamawiającego przekazane w toku kontroli stwierdzono, iż czynność ustalenia wartości zamówienia została w rzeczywistości dokonana w dniu 19 października 2018 r., to jest wcześniej aniżeli 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. W tym względzie nie zasługuje na uznanie argumentacja Zamawiającego zawarta w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazująca na omyłkowy charakter zawarcia daty 19 października 2018 r. we wniosku zakupowym biorąc pod uwagę fakt, iż sam Zamawiający w toku kontroli pismem z dnia

24 lutego 2021 r. (wpływ do Urzędu w dniu 24 lutego 2021 r.) poinformował, iż *szacowania wartości zamówienia dokonał inicjator wniosku zakupowego w oddziale Spółki w dniu 19.10.2018 roku [...]*. Względem faktu ustnego potwierdzenia aktualności wartości szacunkowej zamówienia na dzień 14 lutego 2019 r., nawiązując do tezy Kontrolującego przedstawionej już w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* należy ponownie zaznaczyć, iż tego rodzaju działanie nie sanuje formalnego naruszenia dyspozycji przepisu art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający potwierdził w toku kontroli, że wartość zamówienia w rzeczywistości została ustalona w okresie wcześniejszym, aniżeli dopuszczony treścią przepisu art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004. Analogicznie przywołać należy przedstawione w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* twierdzenie o braku możliwości uznania dnia złożenia ustnych zapewnień inicjatora wniosku zakupowego za rzeczywisty dzień ustalenia wartości zamówienia, bowiem z dostępnej Kontrolującemu dokumentacji postępowania, uwzględniając w szczególności wnioski zakupowe z dnia 3 stycznia 2019 r. wynika, iż proces ustalania wartości zamówienia zakończył się najpóźniej w dniu sporządzenia danego wniosku zakupowego, który to dzień również przekroczył 3-miesięczny okres wyznaczony treścią art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez ustalenie wartości zamówienia wcześniej aniżeli 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający naruszył art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Względem argumentacji Zamawiającego dot. naruszenia, o którym mowa w **pkt 4 Informacji o wyniku kontroli doraźnej** należy wskazać co następuje.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego należy wskazać, iż opinia Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Nowe podejście do badania konfliktu interesów” została wydana w roku 2018, podczas gdy postępowanie o udzielenie zamówienia będące przedmiotem kontroli zostało wszczęte w kwietniu 2019 r., co oznacza, iż Zamawiający miał czas, aby zapoznać się z interpretacją przepisów ustawy Pzp2004 w kontekście obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 przez osobę podpisującą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie należy podkreślić, iż aspekt braku zamierzonego działania w kontekście niezłożenia oświadczenia przez dwóch członków komisji przetargowej nie stanowi okoliczności sanującej przedmiotowe zaniechanie, ze względu na jego formalny charakter.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez zaniechanie złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp2004 przez dwóch członków komisji przetargowej oraz przez osobę, która podpisała umowę w sprawie zamówienia publicznego, naruszony został art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004.

Względem argumentacji Zamawiającego dot. naruszenia, o którym mowa w **pkt 5 Informacji o wyniku kontroli doraźnej** należy wskazać co następuje.

Należy wskazać, iż dany zarzut ma charakter formalny, niepodlegający ocenie w kwestii ewentualnej nieumyślności działania Zamawiającego, co oznacza, iż sam fakt zaistnienia niezgodności treści protokołu postępowania ze stanem faktycznym musi zostać uznany za naruszenie przedmiotowego przepisu ustawy Pzp2004.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez wskazanie w pkt 2 ppkt 5 protokołu postępowania niezgodnej z prawdą daty ustalenia wartości zamówienia, Zamawiający naruszył art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z §2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia

26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128).

Względem argumentacji Zamawiającego dot. naruszenia, o którym mowa w **pkt 6 Informacji o wyniku kontroli doraźnej** należy wskazać co następuje.

Analogicznie jak powyżej, dany zarzut ma charakter formalny, niepodlegający ocenie w kwestii ewentualnej nieumyślności działania Zamawiającego, co oznacza, iż sam fakt zaistnienia niezgodności treści protokołu postępowania ze stanem faktycznym musi zostać uznany za naruszenie przedmiotowego przepisu ustawy Pzp2004.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez wskazanie w pkt 4 lit. A pkt 1 protokołu postępowania, iż członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenie określone w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, podczas gdy dwóch członków komisji nie złożyło przedmiotowych oświadczeń, Zamawiający naruszył art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 2 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 3/22) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie naruszeń:

- art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004;
- art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004;
- art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004;
- art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z §2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004,

wykazanych odpowiednio w pkt 1, 3, 4, 5, 6 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, nie zasługują na uwzględnienie.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 2 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 3/22) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie wykazanego w pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji – naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 zasługują na uwzględnienie.

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie uwzględni zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w zakresie wykazanego w pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji – naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004.

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 3/22).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 3/22).