



Warszawa, dnia

2021 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ2.442.28.2021.JC
KND/33/21/DKZP

.....

X.Y.

Burmistrz

Gminy Różan

Plac Obrońców Różana 4

06-230 Różan

W odpowiedzi na pismo z dnia 20 września 2021 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w tym samym terminie) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbieranie i zagospodarowywanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Różan (znak postępowania: PIOŚ.271.12.2020)*, przeprowadzonego przez Gminę Różan, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1 pkt 1 i 2 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”), i §1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowej Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450) wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 7 września 2021 r. przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ2.442.28.2021.JC).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 7 ust. 3 w zw. z art. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1 pkt 1 i 2 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”), i §1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowej Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450) poprzez nieprawidłowe ustalenie szacunkowej wartości zamówienia, prowadzące do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp2004 właściwych dla zamówień o wartości równej lub wyższej aniżeli kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, a w efekcie do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp2004.

Zamawiający pismem z dnia 20 września 2021 r. wniósł zastrzeżenia w zakresie ww. naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej. Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej zakwestionował wyłącznie skutek stwierdzonego w wyniku kontroli naruszenia. W jego ocenie bowiem wykazane naruszenie nie miało faktycznego wpływu na wynik postępowania. Analiza wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego obejmujących usługi będące przedmiotem kontrolowanego postępowania prowadzi bowiem – zdaniem Zamawiającego – do wniosku, że w organizowanych przez Gminę Różan przetargach brały udział te same, krajowe a nawet lokalne podmioty. W szczególności Zamawiający wskazał, że *postępowanie, pomimo tzw. „procedury krajowej”, zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z nieregulowanym dostępem podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty. Zatem argument ograniczenia kręgu potencjalnych usługodawców, w tym konkretnym postępowaniu, ma znaczenie bagatelne, a nawet marginalne. Ponadto ocena i wybór oferty została dokonana prawidłowo i z poszanowaniem przepisów PZP właściwych dla ustalonej ułomnie wartości szacunkowej zamówienia. Dlatego – w ocenie Zamawiającego - wykazane w Informacji naruszenie ma znikomy stopień szkodliwości. Nie doszło do uszczuplenia środków publicznych, a działanie zamawiającego miało charakter nieumyślny i niezamierzony, co potwierdzają wcześniej złożone pisemne wyjaśnienia, przedstawiające przyjęty sposób oszacowania wartości zamówienia.*

Zamawiający w konkluzji ww. pisma z dnia 20 września br. wniósł o uwzględnienie powyższej argumentacji oraz o odstąpienie od nałożenia kar przewidzianych w art. 611 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli uprzejmie informuję, co następuje.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający nie kwestionuje ustaleń faktycznych ani ich oceny prawnej zawartych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej. W ocenie Zamawiającego jednakże wykazane naruszenie dotyczące ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, w wyniku którego do przeprowadzenia postępowania zastosowano przepisy ustawy Pzp2004 właściwe dla postępowań o wartości niższej niż tzw. progi unijne, nie miało faktycznego wpływu na wynik postępowania, ponieważ postępowanie prowadzone było w trybie konkurencyjnym (przetargu nieograniczonego), zaś z dotychczasowego doświadczenia Zamawiającego wynika, że udziałem w postępowaniach na usługi stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia zainteresowane są podmioty krajowe (a nawet lokalne).

Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić - naruszenie stwierdzone w wyniku przeprowadzonej kontroli w ocenie Kontrolującego jest bez wątpienia istotne i bynajmniej nie sprowadza się do pojedynczego uchybienia proceduralnego, pozbawionego praktycznego znaczenia dla wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwnie, ma ono wręcz znaczenie systemowe - skutkiem ustalenia szacunkowej wartości zamówienia w sposób nieprawidłowy (zaniżony) było bowiem niezastosowanie całego szeregu przepisów ustawy Pzp2004 ustanawiających ramy proceduralne obowiązujące w stosunku do udzielania zamówienia o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne. W szczególności dotyczy to przepisów przewidujących obowiązek zamieszczania ogłoszeń dotyczących tego rodzaju postępowań w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ustanawiających dłuższe terminy składania ofert, dłuższe terminy wnoszenia odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również brak przedmiotowego ograniczenia zakresu czynności, na które przysługuje odwołanie (zgodnie z art. 180

ust. 2 ustawy Pzp2004 odwołanie w postępowaniach o wartości mniejszej aniżeli kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 przysługują wyłącznie wobec czynności wymienionych enumeratywnie w tym przepisie). Powyższe w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp2004 (jak również z prawodawstwem unijnym, obowiązującym w stosunku do zamówień publicznych o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne).

Nie można podzielić argumentu Zamawiającego, że skoro z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego wynikało, że w organizowanych przez niego postępowaniach dotyczących usług zagospodarowywania i odbioru odpadów komunalnych z reguły brały udział te same podmioty i są to podmioty krajowe, to można przyjąć domniemanie, że byłoby tak również w przypadku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Po pierwsze, nie ma żadnej możliwości zweryfikowania trafności tego przypuszczenia – Zamawiający nie jest w stanie udowodnić, że w przypadku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie złożyłyby oferty również inne podmioty, aniżeli te, które zwykle brały udział w organizowanych przez niego postępowaniach na przedmiotowe usługi (zwłaszcza że, jak wynika z informacji dostępnych na stronie internetowej Zamawiającego, postępowania te w kilku poprzednich latach ogłaszane były również w publikatorze krajowym¹).

Po drugie, nawet gdyby uznać powyższe twierdzenie za prawdopodobne, nie mogłoby to stanowić powodu do odstąpienia od stwierdzenia naruszenia przepisów (ze względu na jego „nieistotność” lub – jak pisze Zamawiający „znikomą szkodliwość”), ponieważ przepisy ustawy Pzp nie dają Kontrolującemu żadnej podstawy do takiego działania. W przypadku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu większej wartości, w publikatorze europejskim, kontrolowane postępowanie znalazłoby się automatycznie w zasięgu zainteresowania znacznie większego kręgu podmiotów, aniżeli w przypadku zamieszczenia ogłoszenia w publikatorze krajowym. Hipotetycznie możliwe byłoby zatem złożenie ofert przez inny (większy) krąg wykonawców i obowiązek zapewnienia tej możliwości wynikał w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy z przepisów ustawy Pzp2004 oraz wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych. Uznanie tego rodzaju okoliczności za pozbawione znaczenia dla wyniku postępowania (nieistotne) stałoby w sprzeczności z przewidzeniem w przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych odmiennych reżimów udzielania zamówień w zależności od wartości zamówienia, jak również z wyodrębnieniem czynności wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej jako czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 289)².

Należy również zauważyć, że dokonując oceny, czy w danym przypadku stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania każdorazowo należy wziąć pod uwagę rodzaj naruszenia, etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na którym nastąpiło i okoliczności faktyczne danej sprawy. Bezpośredni wpływ na wynik postępowania mogą mieć przykładowo naruszenia dotyczące oceny złożonych ofert lub oceny w zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców – nieprawidłowości w tym zakresie mogą bowiem skutkować przyznaniem bądź nie przyznaniem punktów ofertom na podstawie określonych

¹ Np. ogłoszenie o zamówieniu z dnia 20 grudnia 2019 r. opublikowane w BZP pod nr 638273-N-2019, ogłoszenie o zamówieniu z dnia 17 kwietnia 2019 r. opublikowane w BZP pod nr 538866-N-2019, ogłoszenie o zamówieniu z dnia 23. 11. 2017 r. opublikowane w BZP pod numerem 621116-N-2017.

² Zob. art. 17 ust. 1 pkt 2 i 5 tej ustawy.

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert, a tym samym wpływać na ranking ofert oraz na dokonany wybór najkorzystniejszej oferty (lub unieważnienie postępowania). Z kolei w odniesieniu do naruszeń mających miejsce na wcześniejszym etapie postępowania (przed złożeniem i oceną ofert), dotyczących przykładowo czynności szacowania wartości zamówienia lub sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, wpływ tych naruszeń na wynik postępowania nie będzie mógł siłą rzeczy być oceniany przez pryzmat sposobu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (która następuje dopiero w późniejszym etapie postępowania), tylko przez pryzmat oceny prawidłowości czynności poprzedzających składanie ofert. Wadliwość postępowania na tym etapie, skutkująca nieuzasadnionym w świetle przepisów ustawy ograniczeniem lub wyłączeniem konkurencji, skutkuje wpływem na wynik postępowania niezależnie od oceny prawidłowości późniejszych czynności dokonywanych w tym postępowaniu.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli. Zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie wykazanego naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp2004 i §1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowej Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450), przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Stosownie do art. 610 ust. 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 11 października 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 20/21) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że *zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie*. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp2004 Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Odbieranie i zagospodarowywanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Różan*.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 20/21).

Załącznik:

odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 20/21).