

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 17 kwietnia 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych pismem z dnia 19 marca 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Jeziorany dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 marca 2020r. (znak: UZP/DKZP/DWKZ3/421/5(3)/20/DŁ) przeprowadzonej w zakresie zawarcia umowy z dnia 27 lutego 2019r. na dowóz uczniów z terenu Gminy Jeziorany objętych obowiązkiem szkolnym do przedszkoli, oddziałów przedszkolnych i szkół z okresem obowiązywania od dnia 1 marca 2019r. do dnia zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przepisów ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Członkowie: Ernest Klauziński

Małgorzata Rakowska

wyraża następującą opinię:

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

UZASADNIENIE

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli, zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP” lub „Kontrolujący”) kontrolą doraźną w przedmiocie umowy z dnia 27 lutego 2019r. dotyczącej dowozu uczniów z terenu Gminy Jeziorany objętych obowiązkiem szkolnym do przedszkoli, oddziałów przedszkolnych i szkół z okresem obowiązywania od dnia 1 marca 2019r. do dnia zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przepisów ustawy Pzp.

O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes UZP poinformował zamawiającego, tj. Gminę Jeziorany pismem z dnia 6 marca 2020 r., przesyłając Informację o wyniku kontroli.

W przesłanej zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli Prezes UZP wyjaśnił, że po przeprowadzeniu kontroli doraźnej na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”) stwierdził naruszenie przepisów art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezachowanie należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia i tym samym doprowadzenie do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Prezes UZP w uzasadnieniu Informacji o wyniku kontroli przedstawił ustalenia poczynione w trakcie kontroli:

W dniu 18 lutego 2019 r. zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 31 sierpnia 2018 r. (nr WD.272.15.2018) zawartej z wykonawcą: R. T. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą FASTER T. R., , mającej za przedmiot dowóz uczniów do placówek oświatowych zlokalizowanych na terenie Gminy Jeziorany. W związku z powyższym, Gmina Jeziorany zawarła z wykonawcą P. S., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usług Wielobranżowych „SKIBEL” P. S., na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, tj. z wyłączeniem przepisów określonych w tej ustawie, umowę z dnia 27 lutego 2019 r. na dowóz uczniów z terenu gminy Jeziorany objętych obowiązkiem szkolnym do przedszkoli, oddziałów przedszkolnych i szkół obowiązującej od 1 marca 2019 r. do dnia zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przepisów ustawy Pzp.

Kontrolujący wskazał ponadto, że jak wynika z przesłanego przez zamawiającego dokumentu z dnia 18 lutego 2019 r. dotyczącego szacowania wartości zamówienia, wartość zamówienia ustalono na okres od 1 marca 2019 r. do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przewozu uczniów, tj. na około dwa miesiące – 74.074,07 zł netto tj.

17.179,78 euro netto. Natomiast jak wynika z wyjaśnień zamawiającego z dnia 27 listopada 2019 r. Gmina Jeziorany za świadczenie usług na podstawie umowy z dnia 27 lutego 2019 r., tj. w okresie od 27 lutego 2019 r. do 18 lipca 2019 r., poniosła koszty w wysokości 196.480,00 zł netto, tj. 212.198,40 zł brutto.

Kolejno Prezes UZP wskazał, że zamawiający w dniu 28 lutego 2019 r. zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 550039381-N-2019 ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp na wykonanie usługi polegającej na dowozie uczniów z terenu Gminy Jeziorany objętych obowiązkiem szkolnym do przedszkoli, oddziałów przedszkolnych i szkół od 1 marca 2019 r. do zakończenia roku szkolnego 2018/2019.

Krajowa Izba Odwoławcza, dalej: „KIO”, wyrokiem z dnia 18 marca 2019 r., sygn. akt. KIO 397/19, nakazała zamawiającemu unieważnienie ww. postępowania. W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu zamawiający nie wykazał żadnej z przesłanek zawartych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a zastosowanie tego trybu w zaistniałych okolicznościach faktycznych jest ewidentnie nieprawidłowe, same zaś powołane okoliczności nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego, zamawiający w dniu 8 kwietnia 2019 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie, kontynuując realizację przedmiotu zamówienia na podstawie umowy z dnia 27 lutego 2019 r. zawartej z pominięciem przepisów ustawy Pzp.

W dniu 16 kwietnia 2019 r. zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dowóz uczniów do przedszkoli, oddziałów przedszkolnych i szkół z terenu Gminy Jeziorany od podpisania umowy w 2019 r. do 31.12.2020 r. (rok szkolny: 2018/2019 – 2m, 2019/2020 – 10 m. i 2020/2021 – 4 m.)” publikując ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 538317-N-2019. Umowa w sprawie ww. zamówienia została zawarta 18 lipca 2019 r.

Uwzględniając powyższy stan faktyczny, Prezes UZP wskazał, że ustalenie przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, ma na celu - po pierwsze - określenie kwoty przewidywanego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. Po drugie zaś, ustalenie szacunkowej wartości zamówienia służy określeniu, czy zamawiający do jego udzielenia jest zobowiązany stosować przepisy ustawy Pzp, a jeżeli tak, to czy właściwy do przeprowadzenia postępowania będzie reżim obowiązujący w odniesieniu do zamówień o wartości równej lub przekraczającej równowartość kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp czy niższej niż tzw. progi unijne. Kwota stanowiąca szacunkową wartość zamówienia determinuje zatem dalszy sposób prowadzenia przez zamawiającego postępowania, a także kształtuje katalog praw i

obowiązków dotyczących zarówno zamawiającego, jak i wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu, warunkując takie kwestie jak miejsce publikacji ogłoszeń dotyczących zamówienia, możliwość zastosowania określonego trybu udzielania zamówień, czy też możliwość składania i dopuszczalny zakres środków ochrony prawnej. Zasady ustalania wartości zamówienia określają przepisy art. 32-35 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Przez „należytą staranność” generalnie należy rozumieć – zgodnie z cywilistyczną definicją tego pojęcia – staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, a zatem działanie z wykorzystaniem najlepszej wiedzy i doświadczenia osoby dokonującej tej czynności i z zachowaniem wszelkich reguł, jakie mogą mieć do niej zastosowanie. Dokonanie ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością oznacza zatem, że uwzględniono przy tej czynności wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na koszt realizacji danego zamówienia, wynikające z opisu jego przedmiotu.

Prezes UZP wskazał, że w niniejszej sprawie zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 74.074,07 zł netto. Wartość ta obejmowała okres dwóch miesięcy świadczenia usługi dowozu dzieci do szkół. W związku z tym, iż wartość zamówienia nie przekraczała progu określonego w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający zawarł umowę bez stosowania przepisów ustawy Pzp. Prezes UZP zauważył, że w niniejszym postępowaniu szacowanie wartości zamówienia zostało dokonane przez zamawiającego w oparciu o założenie, że wybór wykonawcy po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nastąpi w okresie dwóch miesięcy. Zdaniem Prezesa UZP szacowanie wartości zamówienia nie zostało przeprowadzone przez zamawiającego z należytą starannością. Nie można bowiem uznać, aby powyższe założenie zamawiającego było uzasadnione w świetle okoliczności faktycznych sprawy. Należy bowiem zauważyć, iż postępowanie przetargowe na dowóz dzieci do szkół zostało wszczęte 16 kwietnia 2019 r., czyli dopiero po 6 tygodniach od zawarcia umowy objętej niniejszą kontrolą. Jednocześnie samo postępowanie przetargowe było prowadzone przez zamawiającego około trzy miesiące – postępowanie zostało wszczęte 16 kwietnia 2019 r., natomiast umowa została zawarta 18 lipca 2019 r. Łączny zatem okres od zawarcia umowy z dnia 27 lutego 2019 r. do udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego wyniósł około 4 i pół miesiąca, natomiast od złożenia przez zamawiającego odstąpienia około 5 miesięcy. Nie było zatem podstaw do uznania, że okres przejściowy na zorganizowanie postępowania przetargowego wyniesie tylko 2 miesiące, w szczególności w sytuacji, kiedy średni czas trwania samego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego poniżej progów unijnych wynosi około 40 dni – (około 6 tygodni). Jednocześnie zamawiający

musi przeznaczyć czas na przygotowanie postępowania o zamówienie publiczne oraz przeznaczyć określony margines czasu na ewentualne przedłużenie postępowania w związku np. zmianami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też złożeniem odwołania. Tym samym, przyjęty przez zamawiającego okres dwóch miesięcy do szacowania wartości zamówienia nie może być uznany za dokonany z należytą starannością.

W opinii Prezesa UZP o braku zachowania należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówienia przez zamawiającego świadczą również postanowienia zawartej umowy z dnia 27 lutego 2019 r. zgodnie z § 2 ust. 3 ww. umowy, umowa została zawarta na czas określony od 1 marca 2019 r. do dnia zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przewozu uczniów na terenie gminy Jeziorany z wykonawcą wyłonionym w trybie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem pomimo przyjęcia okresu dwóch miesięcy za podstawę szacowania wartości zamówienia w umowie nie znalazły się zapisy uwzględniające to szacowanie i tym samym określające datę jej zakończenia. Termin umowy nie został zatem określony za pomocą konkretnej daty, czy też zdarzenia o charakterze prawnym, który w sposób precyzyjny wskazywałby okres obowiązywania umowy, uwzględniający szacowanie wartości zamówienia. Przeciwnie postanowienie § 2 ust. 3 ww. umowy wskazują, iż w istocie sam zamawiający nie wiedział na jaki okres zawiera umowę. Trudno zatem uznać, iż zamawiający wykazał się należytą starannością przy szacowaniu wartości zamówienia.

Prezes UZP podkreślił, że zamawiający pomimo przekroczenia progu bagatelności określonego w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp kontynuował realizację umowy z dnia 27 lutego 2019 r. bez stosowania ustawy Pzp. Tym samym, przedstawione przez zamawiającego wyliczenia nie uwzględniały pełnego okresu obowiązywania umowy oraz całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotowego zamówienia. Zamawiający za świadczenie usług na podstawie umowy z dnia 27 lutego 2019 r., w okresie jej obowiązywania, przeznaczył 196.480,00 zł netto, tj. 212.198,40 zł brutto. Z powyższego wynika, iż jej wartość prawie trzykrotnie przewyższyła wartość szacunkową zamówienia ustaloną przez zamawiającego. Kontrolujący zauważył ponadto, że okoliczność, iż postępowanie w trybie z wolnej ręki na przedmiotowe usługi zostało unieważnione, nie uzasadniało kontynuowania przez zamawiającego realizacji zamówienia publicznego na podstawie umowy zawartej z wykonawcą wybranym z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp. Podkreślił również fakt, iż postępowanie w trybie z wolnej ręki zostało zakwestionowane przez KIO, bowiem w ocenie Izby w niniejszym postępowaniu zamawiający nie wykazał żadnej z przesłanek zawartych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a zastosowanie tego trybu w zaistniałych okolicznościach faktycznych jest ewidentnie nieprawidłowe, same zaś powołane okoliczności

nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (tak: wyrok KIO z dnia 18 marca 2019 r., sygn. akt. KIO 397/19).

Kontrolujący podkreślił, że okoliczność, iż zamawiający nie miał pewności, jak długo potrwa wybór wykonawcy na podstawie przepisów ustawy Pzp, nie zwalnia go z obowiązku, o którym mowa w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. akt KIO/KD 26/17 zamawiający powinien należycie oszacować wartość zamówienia. Czynność oszacowania wartości zamówienia jest podstawowym elementem całej procedury przygotowawczej planowanego postępowania, gdyż od ustalonej wartości zamówienia zależy zakres obowiązków zamawiającego przy udzielaniu zamówienia, a także wybór przepisów właściwych do zastosowania w danym postępowaniu. Czynność ta ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może się od niej zwolnić, nawet jeśli ustalenie takiej wartości nastęrcza zamawiającemu trudności.

Kontrolujący podkreślił, że z przekazanego przez zamawiającego dokumentu dotyczącego szacowania wartości zamówienia z dnia 18 lutego 2019 r. wynika, iż skorzystał on z regulacji przewidzianej w art. 6a ustawy Pzp, jednak jak wskazał Prezes UZP, wbrew twierdzeniom zamawiającego przepis ten nie może jednak stanowić podstawy udzielenia niniejszego zamówienia. Zgodnie z art. 6a ustawy Pzp w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. Zamawiający ma zatem możliwość do zastosowania przepisów właściwych dla wartości pojedynczej części zamówienia w przypadku, gdy zamówienie udzielane jest w częściach. Z udzielaniem zamówienia w częściach mamy do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający z góry przewiduje zakres całego zamówienia i możliwe jest jego jednorazowe udzielenie, lecz ze względów organizacyjnych, technicznych, gospodarczych podejmuje decyzję o dokonywaniu zakupów sukcesywnie. Podjęcie decyzji o udzielaniu zamówienia w częściach jest zawsze wynikiem wcześniejszego planu Zamawiającego o udzielaniu zamówień sukcesywnie – jest w stanie przewidzieć jego rozmiar oraz zakres i decyduje się na udzielanie zamówień w częściach. Jeżeli natomiast określone zamówienia mają charakter nieprzewidywalny, każde następne zamówienie o tym samym przedmiocie, należy potraktować jako zamówienie odrębne, a nie część zamówienia. Natomiast jak wskazał Prezes UZP z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego, wynika, że przedmiotowe zamówienie miało charakter nieprzewidywalny (wynikało z odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z dnia 31 sierpnia 2018 r., nr WD.272.15.2018). Jednocześnie zauważył, iż z okoliczności faktycznych sprawy nie wynika, aby zamawiający planował

udzielenie zamówienia objętego umową z dnia 27 lutego 2019 r. jako część określonego zamówienia. Tym samym, przepis art. 6a ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania w przedmiotowej sprawie.

Mając na uwadze powyższe Prezes UZP stwierdził, iż Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz nie zachował należytej staranności przy ustaleniu wartości zamówienia i tym samym doprowadził do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 marca 2020 r. wskazał, że po rozwiązaniu umowy (oświadczeniem zamawiającego o odstąpieniu) z firmą FASTER, dokonał szacowania w oparciu o zasady określone w ustawie Pzp, uwzględniając rodzaj i charakter zamówienia oraz okres na jaki przewidywał zawarcie umowy. Podkreślił, że zgodnie z art. 39 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (tj. Dz. U. 2019 poz. 1148) dowóz dzieci do szkoły jest ustawowym obowiązkiem Gminy. Od chwili rozwiązania umowy z firmą FASTER do chwili wyboru nowego wykonawcy zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, Gmina miała obowiązek zapewniania dowozu dzieci. W konsekwencji, w tym tzw. okresie przejściowym, zawarto umowę na świadczenie usługi dowozu do czasu wyłonienia wykonawcy na dowóz dzieci w trybie przewidzianym w ustawie Pzp.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że zakładał, iż czasem niezbędnym na wyłonienie wykonawcy jest okres 2 miesięcy, czyli 8 tygodni. W wyniku kontroli Prezes UZP stwierdził natomiast, że okres ten jest stanowczo za krótki, argumentując, iż zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018r (str. 38) — „czas trwania samego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego poniżej progów unijnych wynosi około 40 dni — (około 6 tygodni)”. Zamawiający odnosząc się do powyższego wskazał, że przyjęty przez niego okres jest okresem dłuższym niż wynika to ze sprawozdania Prezesa UZP, zatem nie był on okresem zaniżonym. Tym samym analiza sprawozdania jasno wskazywała, iż uznanie okresu przyjętego do szacowania (2 miesiące) — jest prawidłowa.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że pierwotnie rozpoczął procedurę z wolnej ręki, aby wybrać wykonawcę w trybach przewidzianych w ustawie Pzp, jednakże z uwagi na treść wyroku KIO, postępowanie w dniu 8 kwietnia 2019r. zostało unieważnione i rozpoczęto czynności związane z przygotowaniem procedury wyboru wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego, w tym prace nad dokumentacją przetargową. Zdaniem zamawiającego, Prezes UZP rozpatruje nienależytą staranność przy szacowaniu post factum przez pryzmat całego okresu przebiegu wszystkich procedur zmierzających do wyboru wykonawcy na dowóz

dzieci. Nie można zgodzić się z powyższym faktem i odniesieniem przyjętego okresu do stanu faktycznego, który nastąpił po zdarzeniu — czyli ustalaniu szacowania wartości.

Odnosząc się do stanowiska Prezesa UZP, że unieważnienie procedury z wolnej ręki nie uzasadniało kontynuacji umowy będącej przedmiotem zamówienia wskazał, że rozwiązanie przedmiotowej umowy przy braku rozstrzygnięcia procedury przetargowej, sztucznie skutkowałaby zawarciem nowej umowy, bowiem konieczne jest zachowanie „ciągłości świadczenia”. Podkreślił, że Gmina nie może pozwolić sobie na brak zapewniania dowozu dzieci do szkół, gdyż wiązałoby się to nie tylko z brakiem realizacji nałożonego na nią ustawowego obowiązku, ale również z narażeniem bezpieczeństwa i życia dzieci. Zamawiający podkreślił, że świadczenie usługi dowozu dzieci jest usługą powtarzającą się okresowo i wiadomo, że w trakcie trwania roku szkolnego musi być ona świadczona. W przedmiotowym stanie faktycznym w chwili szacowania wartości w dniu 18 lutego 2019 r. zaistniał okres, w którym wypowiedziano umowę dotychczasowemu wykonawcy, następnie z zamówieniem na okres przejściowy i okresem, na który zostanie zwarta umowa po wyborze wykonawcy w trybie ustawy Pzp. Zatem w roku 2019 mamy do czynienia z 3 częściami jednej usługi. Uwzględniając powyższe w notatce z szacowania z 18 lutego 2019r powołano się na art. 6a ustawy Pzp w odniesieniu do wartości zamówienia przejściowego. W opinii zamawiającego w sposób prawidłowy skorzystał z regulacji zawartej w art. 6a ustawy Pzp, bowiem przepis ten stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji pozwala zamawiającemu, w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, na zastosowanie wobec danej części zamówienia przepisów właściwych dla jej wartości, a zatem elastyczniejszych procedur przewidzianych przepisami prawa krajowego, w sytuacji gdy wartość danej części zamówienia nie przekracza wskazanych w art. 6a kwot, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że wybierając usługę na rok szkolny 2019/2020 nie zakładał podziału zamówienia, powyższe było skutkiem rozwiązania umowy z wykonawcą, co spowodowało konieczność realizacji usługi w pozostałym okresie roku szkolnego.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2020r. Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli, nie uwzględniając zastrzeżeń Zamawiającego.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń Prezes UZP, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazał je w dniu 3 kwietnia 2020r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko i argumentację Prezesa Urzędu i przyjmuje je za własne. Nie powielając szczegółowej argumentacji przedstawionej przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia, Izba wskazuje, że zgodnie art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy Pzp. Oznacza to, że również opinia Krajowej Izby Odwoławczej ogranicza się do oceny prawidłowości stwierdzonego w toku kontroli naruszenia przepisów ustawy Pzp, w kontekście zgłoszonych przez zamawiającego zastrzeżeń.

Odnosząc się do argumentacji zawartej w zastrzeżeniach, podkreślenia wymaga kwestia, że zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Stosownie do treści ust. 2 ww. przepisu Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Właściwe oszacowanie wartości zamówienia ma doniosłe znaczenie dla prawidłowego zakwalifikowania zamówienia jako zamówienia powyżej lub poniżej wartości, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp (sytuacji, kiedy ustawy nie stosuje się) czy powyżej lub poniżej progów określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (procedura krajowa lub unijna), jak również na dalszych etapach postępowania. Ustalenie wartości zamówienia stanowi zatem czynność przygotowawczą postępowania i determinuje dalsze działania zamawiającego zmierzające do udzielenia zamówienia.

W niniejszej sprawie, nie ulega wątpliwości, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 74.074,07 zł netto, która obejmowała tylko okres dwóch miesięcy świadczenia usługi dowozu dzieci do szkół. Podkreślić natomiast należy, że zamawiający ustalając wartość szacunkową zamówienia obowiązany jest objąć pełny okres świadczenia usługi, a w tym przypadku zakładając realny termin do udzielenia zamówienia nowemu wykonawcy. Tym samym, taki okres powinien obejmować czas na przygotowanie

postępowania o zamówienie publiczne, okres samej procedury oraz czas związany z zawarciem umowy z wybranym wykonawcą. Zamawiający powinien przeznaczyć dodatkowo określony margines czasu na ewentualne przedłużenie postępowania w związku np. zmianami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też złożeniem odwołania do KIO. Powyższą okoliczność potwierdza stan faktyczny niniejszej sprawy, w którym ustalono, iż zamawiający postępowanie przetargowe prowadził dłużej niż cały okres przyjęty przez niego na wyłonienie nowego wykonawcy – około trzy miesiące. Jednocześnie łączny okres od zawarcia umowy z dnia 27 lutego 2019 r. do udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego wyniósł około 4 i pół miesiąca, natomiast od złożenia przez Zamawiającego odstąpienia około 5 miesięcy. Izba stoi na stanowisku, że w stanach faktycznych, kiedy zamawiający nie jest w stanie w sposób pewny ustalić jaki będzie potrzebny okres czasu na wyłonienie nowego wykonawcy, to winien przyjąć do szacunkowej wartości zamówienia wartość zamówienia do daty, kiedy dana usługa ma trwać. Nadto w sprawie niewątpliwym jest, że zamawiający szacując wartość zamówienia na okres dwumiesięczny, co w postępowaniach jest zazwyczaj terminem nierealnym miał na celu ustalenie wartości zamówienia poniżej progu stosowania ustawy Pzp, a tym samym dążył do jej obejścia. Na poparcie takiego stanowiska jednoznacznie wskazuje zestawienie faktów, z których wynika, że zamawiający za świadczenie usług na podstawie umowy z dnia 27 lutego 2019 r., w okresie jej obowiązywania, przeznaczył 196.480,00 zł netto, tj. 212.198,40 zł brutto, a więc wartość udzielonego zamówienia prawie trzykrotnie przewyższyła jego wartość szacunkową ustaloną przez Zamawiającego.

Izba w składzie orzekającym stwierdziła ponadto, że zamawiający w niniejszej sprawie w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 6a ustawy Pzp. Podkreślić należy, że podjęcie decyzji o udzielaniu zamówienia w częściach jest zawsze wynikiem wcześniejszego planu zamawiającego o udzielaniu zamówień sukcesywnie. Natomiast z okoliczności faktycznych sprawy nie wynika, aby zamawiający planował udzielenie zamówienia objętego umową z dnia 27 lutego 2019 r. jako część określonego zamówienia, co wprost wynika z treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, w których zamawiający wskazał, że wybierając usługę na rok szkolny 2019/2020 nie zakładał podziału zamówienia, a powyższe było skutkiem rozwiązania umowy z wykonawcą, co spowodowało konieczność realizacji usługi w pozostałym okresie roku szkolnego.

Mając na względzie, że zamawiający nie podważył ustaleń dotyczących właściwej szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP o naruszeniu przez zamawiającego art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zawarcie umowy z wykonawcą, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Pzp.

Sygn. akt: KIO/KD 18/20

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....