



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Hubert Nowak

DKZP.WKZ2.442.154.2022.MSZ
KND/152/22/DKZP

Warszawa, .01.2024 r.

Starosta Mławski
Starostwo Powiatowe w Mławie
ul. Władysława Stanisława Reymonta 6
06-500 Mława
starostwo@powiatmlawski.pl

W odpowiedzi na pismo z dnia 11 grudnia 2023 r. (wpływ do Urzędu w dniu 14 grudnia 2023 r.), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej udzielenia zamówienia publicznego pn.: **Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach organizacyjnych powiatu Mławskiego** (znak postępowania: ZM.PUBL.272.1.2021), uprzejmie informuję, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w tym art. 86 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 2 w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, wskazanego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* z dnia 28 listopada 2023 r., przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ2.442.154.2022.MSZ.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów:

1. przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp¹ poprzez bezpodstawne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów działu III ustawy Pzp, a więc z zastosowaniem przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości, podczas gdy rodzaj i wartość zamówienia publicznego zobowiązywała zamawiającego do udzielenia zamówienia na podstawie przepisów działu II ustawy Pzp, co w efekcie doprowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w tym także z naruszeniem art. 86 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, będącym właściwym publikatorem dla przedmiotowego postępowania z uwagi na rodzaj i wartość zamówienia;

¹ Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

- art. 16 pkt 2 w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na stronach miniPortalu, przedmiarów robót uwzględniających remontu dachu w zakresie pięciu obiektów, czym należy uznać, że Zamawiający dopuścił się zaniechania udostępnienia SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania w pełnym zakresie, w konsekwencji czego postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone w sposób nieprzejrzysty.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia w zakresie wszystkich przywołanych powyżej naruszeń stwierdzonych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 grudnia 2023 r.*

Ad. 1)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wskazał, że: omyłkowo utożsamiał dostawę przedmiotowych paneli z robotą budowlaną obejmującą oprócz dostawy samych paneli, również dostawę pomp ciepła a także ich instalację. Zamawiający, rozumiejąc przytoczone w treści informacji o wyniku kontroli uprzedniej orzecznictwo, sugerował się również treścią załącznika II do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.). Zgodnie z treścią przywołanego dokumentu, zamawiający stoi na stanowisku, iż był uprawniony do stwierdzenia, że de facto ma do czynienia z robotami budowlanymi, ponieważ w ramach klasy 45.31. ujęto m. in. wykonanie instalacji w budynkach lub innych obiektach budowlanych, np. przewodów elektrycznych oraz osprzętu czy też elektrycznych systemów grzewczych. Zamawiający przyjął zatem, iż pod pojęciem „elektrycznych systemów grzewczych”, kryje się również wykonanie instalacji fotowoltaicznych.

Ad. 2)

W odniesieniu do drugiego naruszenia stwierdzonego w wyniku kontroli doraźnej, Zamawiający wskazał, że: W treści przedmiotowej informacji kontrolujący sformułował zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 w związku z art. 133 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 – w brzmieniu w dacie prowadzenia postępowania), dalej: ustawa PZP. Przywołany przepis stanowi, iż zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty.

Przywołaną powyżej zasadę przejrzystości w odniesieniu do czynności podejmowanych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu można ująć w następujący sposób. Otóż, wszelkie informacje o zamówieniu powinny zostać udostępnione wykonawcom jednolicie – na równych prawach, w miejscu i czasie podanym przez zamawiającego w zgodności ze wskazaniami ustawy PZP.

Przygotowana i udostępniana przez zamawiającego dokumentacja zamówienia nie może zawierać rozbieżnych informacji. Dla przejrzystości postępowania, niezbędne jest, aby wszelkie dane zawarte tak w ogłoszeniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostawały w wewnętrznej zgodności i spójności.

Gdy zamawiający wszczyną postępowanie o udzielenie zamówienia, powinien szczególnie zadbać o jednoznaczność udostępnianej dokumentacji i udzielanych informacji oraz przejrzystość postępowania, aby wszyscy wykonawcy zainteresowani udziałem w przetargu mieli zapewniony



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

równy dostęp do zamówienia (por wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1421/10).

Dalej Wnoszący zastrzeżenia stwierdził, że: Jak wynika z treści art. 133 ust. 1 bądź art. 280 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, strona internetowa prowadzonego postępowania, to strona na której zamawiający zapewnia bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia. Zatem jest to jedynie strona, za pośrednictwem której wykonawcy mogą pozyskać informację o warunkach zamówienia, czy o oczekiwaniach jakie zamawiający formuluje w kierunku potencjalnych wykonawców.

W ocenie Zamawiającego: Kontrolujący arbitralnie przyjął, iż stroną internetową prowadzonego postępowania jest miniPortal, dostępny pod adresem <https://miniportal.uzp.gov.pl/>, co stoi w oczywistej sprzeczności np. z treścią ogłoszenia o zamówieniu, w treści którego, w pkt 3.1. „Adres strony internetowej prowadzonego postępowania”, zamawiający jednoznacznie wskazał: bip.powiatmlawski.pl.

Zamawiający podkreśla, iż w pkt 3.6. „Wymagania techniczne i organizacyjne dotyczące korespondencji elektronicznej” ogłoszenia o zamówieniu wskazał, zgodnie z opisem przedmiotowego pola tylko i wyłącznie wymagania techniczne i organizacyjne dotyczące korespondencji elektronicznej, a nie jak twierdzi kontrolujący nazwę strony internetowej prowadzonego postępowania.

Zdaniem Wnoszącego zastrzeżenia: Za całkowicie sprzeczne z postanowieniami ustawy PZP należy przyjąć uogólnienie dokonane przez kontrolującego, iż strona internetowa, za pośrednictwem której wykonawcy mogą, np. składać wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia, bądź oferty, jest równocześnie stroną internetową prowadzonego postępowania. Oczywiście jest to możliwe, ale w realiach prowadzonego postępowania nie miało miejsca.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż powyższe uogólnienie jest sprzeczne z brzmieniem art. 134 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 281 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Przywołane przepisy nakładają na zamawiającego dwa obowiązki:

- 1) wskazanie adresu strony internetowej prowadzonego postępowania
- 2) oraz – niezależnie do powyższego – adres na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z powyższego, już sam ustawodawca dopuszcza możliwość, iż są to dwie różne strony internetowe.

Jak zatem wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, która w tym zakresie jest jednoznaczna i precyzyjna, stroną internetową na której zamawiający zamieszczał wszystkie informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. specyfikację warunków zamówienia, a także wszelkie dokumenty do których w treści tejże specyfikacji się odwołuje, jest strona internetowa <https://bip.powiatmlawski.pl>. Tam też – zgodnie z przywołanymi przepisami ustawy PZP – zamawiający zamieścił, m. in. przedmiary robót, których udostępnienie zakwestionował kontrolujący.

Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż całkowicie odmiennym jest wskazanie ww. strony internetowej prowadzonego postępowania, a wskazanie sposobu doręczania zamawiającemu korespondencji elektronicznej. Rzeczywiście, należy ponownie wskazać, iż zamawiający dopuścił sposób komunikowania się wykonawców z zamawiającym za pośrednictwem miniPortalu, ale zgodnie z przywołanym już pkt 3.6. ogłoszenia o zamówieniu, służył on wyłącznie do komunikacji. Zamawiający poinformował jedynie wykonawców, iż posiadając konto



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

na ePUAP, zyskują oni dostęp do formularzy interaktywnych umożliwiających złożenie, zmianę, wycofanie oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji. Z przytoczonych powyżej, ale i w treści informacji pokontrolnej, cytatów nie wynika, iż zamawiający kiedykolwiek wskazał, iż na stronie miniPortalu zamieszczać będzie dokumenty zamówienia. Zatem, za całkowicie spójne i konsekwentne należy uznać wyjaśnienia zamawiającego udzielone w toku kontroli, iż zamieszczał wszelkie dokumenty, w tym sporne przedmiary robót, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na stronie <https://bip.powiatmlawski.pl>.

W ocenie Zamawiającego: Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem kontrolującego, iż „strona internetowa prowadzonego postępowania”, to wyłącznie platforma spełniająca przestanki ustawy PZP i właściwego rozporządzenia w sprawie środków elektronicznych, tj. w przypadku przedmiotowego postępowania strona miniPortal”.»Ponownie należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 133 ust. 1 ustawy PZP, rolą strony internetowej prowadzonego postępowania jest tylko i wyłącznie umożliwienie „bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do specyfikacji warunków zamówienia”, a nie jak rozszerzająco ujmuje kontrolujący również umożliwiającą „składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, które będą musiały być przekazane do zamawiającego przez system teleinformatyczny”. Jeżeli intencją ustawodawcy byłoby również umożliwienie wykonawcom, np. składanie ofert za pośrednictwem strony internetowej prowadzanego postępowania, bez wątplenia dałby temu wyraz z treści przepisu art. 133 ust. 1 ustawy PZP, natomiast skoro tego nie uczynił, to kontrolujący nie jest uprawniony do nakładania na zamawiającego dodatkowych obowiązków niewynikających z przepisów ustawy PZP.

Należy również podkreślić, iż co prawda art. 64 ustawy PZP wskazuje, iż zamawiający korzysta, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tylko z takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2023 r. poz. 57, z późn. zm.), z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych, i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu, lecz nie sposób treści tego przepisu odczytać w taki sposób, iż strona internetowa nie może stanowić medium udostępnienia dokumentacji zamówienia. Co więcej kontrolujący całkowicie pomija, iż zamawiający do komunikowania się z wykonawcami wskazał narzędzie, które również przez kontrolującego zostało uznane za interpelacyjne, tj. miniPortal.

Zatem, jak słusznie zauważył kontrolujący, „adres strony internetowej (przyp. prowadzonego postępowania) wskazanej w SWZ powinien jednak bezpośrednio prowadzić do pełnej SWZ, w tym dokumentów zamówienia, włącznie z tymi zawierającymi opis przedmiotu zamówienia jak PFU czy przedmiary”. Tak też było w przedmiotowym postępowaniu. Adres strony internetowej prowadzonego postępowania, tj. <https://bip.powiatmlawski.pl>, prowadził do pełnej dokumentacji. Jak wynika z dotychczasowej korespondencji zamawiający zamieścił tam niezbędne informacje, wskazane przez kontrolującego.

Zamawiający ponownie podkreśla, iż nigdzie w treści dokumentacji zamówienia nie wskazano, iż miniPortal stanowi stronę prowadzonego postępowania (por. pkt 3.1. ogłoszenia o zamówieniu).

Mając na względzie powyższe, Zamawiający stwierdził, że: całkowicie nie zgadza się z twierdzeniem kontrolującego, iż opisane w pkt 2 informacji o wyniku kontroli (...) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

budynkach organizacyjnych powiatu mławskiego” (znak postępowania: ZM.PUBL.272.1.2021), iż przedmiotowa okoliczność mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Skoro – jak sam wskazał kontrolujący – zamawiający posiada dowolność we wskazaniu strony internetowej prowadzonego postępowania, to jest to również jednoznaczne ze wskazaniem, iż nie musi być to miniPortal.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż: przywołane przez kontrolującego pismo z 30 czerwca 2021 r. wbrew jego stanowisku, potwierdza konsekwencję i spójność dokumentacji zamieszczonej na stronie prowadzonego postępowania. Wykonawca wskazuje bowiem, iż identyfikuje konieczność wymianu pokryć dachowych (de facto wynika to z udostępnionych przedmiarów oraz programu funkcjonalno-użytkowego), natomiast wykonawca nie znajduje w treści formularza ofertowego odrębnej pozycji do wyceny tego zakresu zamówienia. Ad vocem zamawiający podkreśla, iż dokumentację zamówienia tworzy nie tylko specyfikacja warunków zamówienia, lecz również pozostałe dokumenty zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Ponadto w przedmiotowym zamawiający wymagał od wykonawców wskazania ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, a nie poszczególnych składowych.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wnosi o odstąpienie od zarzutu sformułowanego w pkt 1 i 2 informacji o wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach organizacyjnych powiatu mławskiego” (znak postępowania: ZM.PUBL.272.1.2021), jako niezgodnego ze stanem faktycznym.

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

Ad. 1

W odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego wniesionych do pierwszego naruszenia, należy zakwestionować stanowisko Zamawiającego, wedle którego uznanie przedmiotowego zamówienia publicznego jako roboty budowlanej można uzasadnić tym, że: omyłkowo utożsamił dostawę przedmiotowych paneli z robotą budowlaną obejmującą oprócz dostawy samych paneli, również dostawę pomp ciepła a także ich instalację, jak również tym, że uprawnienie do uznania przedmiotowego zamówienia za robotę budowlaną można wywodzić na podstawie treści załącznika II do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.).

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgromadzony w sprawie materiał oraz stan prawny, nakazuje uznać, że zamówienie będące przedmiotem kontroli stanowi dostawę w rozumieniu definicji zawartej w art. 7 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wydaje się pomijać w swoim stanowisku przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia. Główny przedmiot zamówienia natomiast ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań objętych danym zamówieniem, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają dodatkowy



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i cel umowy. Inaczej mówiąc, pojęcie „główny przedmiot zamówienia” należy utożsamiać z głównym świadczeniem wykonawcy, natomiast zobowiązania drugorzędne ze świadczeniami ubocznymi. Świadczenia uboczne mają charakter instrumentalny względem świadczenia głównego, ponieważ służą jego realizacji lub go uzupełniają.²

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach, wskazując na objęcie zamówieniem również zadaniem oznaczonym kodem CPV 45311000-0 – *roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych*, polegającym na zainstalowaniu pomp ciepła, gołostownie, bez merytorycznego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego, zdaje się sugerować, że zadanie to stanowiło główny przedmiot zamówienia w rozumieniu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Prezesa UZP, taki sposób argumentowania nie zmienia oceny stanu faktycznego i prawnego dokonanego w wyniku kontroli.

Po pierwsze, należy przypomnieć za *Informacją o wyniku kontroli doraźnej*, że przedmiot zamówienia został opisany za pomocą następujących kodów CPV: 09331200-0 – *słoneczne moduły fotoelektryczne*; 45261215-4 – *pokrycie dachów panelami ogniw słonecznych*; 45310000-3 – *roboty instalacyjne elektryczne*; 45311000-0 – *roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych*; 45261910-6 – *kompleksowe przygotowanie podłoża pod montaż urządzeń*.

W toku przeprowadzonej kontroli doraźnej ustalono także, czego Prezes Urzędu nie kwestionuje, że roboty budowlane polegające na kompleksowym przygotowaniu podłoża pod montaż urządzeń były zadaniem koniecznym do zainstalowania paneli fotowoltaicznych na pięciu obiektach objętych zamówieniem, tj. ZS nr 1, ZS nr 3, ZS nr 4, LO im. Stanisława Wyspiańskiego, Bursa Szkolna. Jednakże jak wskazuje opis przedmiotu zamówienia, roboty budowlane wchodzące w skład zamówienia, polegające na remoncie dachu utożsamianym z kompleksowym przygotowaniem podłoża, stanowiły prace akcesoryjne względem dostawy i instalacji paneli fotowoltaicznych. Nadto, roboty te nie dotyczyły wszystkich obiektów objętych zamówieniem. Pozostałe bowiem obiekty, tj. ZS nr 2, Specjalny Ośrodek Szkolno Wychowawczy, Centrum Administracyjne do Obsługi Placówek Opiekuńczo-Wychowawczych w Kowalewie, Mławska Hala Sportowa nie wymagały kompleksowego przygotowania podłoża polegającego na naprawie dachu.

A zatem w stanie faktycznym kontrolowanej sprawy nie sposób uznać, że celem umowy był remont dachów. Istotnie, przygotowanie podłoża poprzez wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie dachu służy realizacji zadania polegającego na zainstalowaniu paneli fotowoltaicznych i był niezbędny do prawidłowej realizacji zadania na części budynków objętych zakresem zamówienia, ale to nie oznacza, że tym samym stanowi główny przedmiot zamówienia. Przeciwnie, remont ww. dachów odgrywał rolę drugorzędną, mając wyłącznie przygotować podłoże pod realizację dostawy.

Zamawiający nie miał więc podstaw uznać, że udzielane zamówienie stanowiło robotę budowlaną.

Po drugie, należy zakwestionować, aby Zamawiający mógł wywodzić takie wnioski odwołując się w swoim stanowisku do objęcia zamówienia kodem CPV 45311000-0 –

² Por. komentarz do art. 27 ust. 1 ustawy Pzp w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz.*, Wydanie II, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych. W ocenie Prezesa Urzędu zadanie polegające na zainstalowaniu paneli fotowoltaicznych, w tym pomp ciepła stanowi zadanie stricte instrumentalne względem dostawy paneli fotowoltaicznych.

Należy tutaj wskazać, że w myśl art. 7 pkt 4 ustawy Pzp, zamówienie na dostawy może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.

Stosowne jest tutaj również odwołanie się do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 maja 2016 r., sygn. akt II GSK 70/15, zgodnie z którym: *roboty budowlane związane z instalacją kolektorów słonecznych są świadczeniami mającymi - przy ich dostawie - charakter uboczny, dodatkowy, roboty te służą jedynie umożliwieniu korzystania z nabywanego urządzenia poprzez jego instalację. Instalacja stanowi, co prawda, element niezbędny do uruchomienia urządzenia, ale sama nie tworzy odrębnego celu zamówienia. To dzięki nabyciu kolektorów słonecznych oraz innych składników możliwe było ich rozmieszczenie i instalacja w budynkach mieszkalnych i użyteczności publicznej, gdyby nie nabycie tych urządzeń roboty budowlane nie miałyby miejsca. Niewątpliwie celem zamówienia było dostarczenie kolektorów słonecznych (mienia ruchomego), które bez szkody dla ich normalnego korzystania można przemieścić w inne miejsce.*

Powyższe wnioski odnoszą się również do zadania polegającego na instalacji pomp ciepła. Należy wskazać, że instalacja pomp ciepła jest zadaniem akcesoryjnym wobec ich dostawy, a nadto zadanie to nie dotyczyło wszystkich obiektów objętych zamówieniem. Zgodnie z SWZ³, zainstalowanie pomp ciepła miało mieć miejsce w 2 z 9 obiektów objętych zakresem zamówienia publicznego, tj.: w Zespole Szkół nr 1 i w Centrum Administracyjnym do Obsługi Placówek Opiekuńczo-Wychowawczych w Kowalewie.

Warto nadmienić, ani dokumentacja postępowania ani wyjaśnienia Zamawiającego, nie wskazują, aby celem umowy było zainstalowanie pomp ciepła.

Reasumując, należy stwierdzić, iż w powyższych okolicznościach faktycznych oraz prawnych, przedmiotowe zamówienie stanowiło dostawę, a Zamawiający obowiązany był prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w reżimie przepisów Pzp właściwym dla tego rodzaju zamówienia.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymuje stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 28 listopada 2023 r. naruszenie przepisów przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów działu III ustawy Pzp, a więc z zastosowaniem przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości, podczas gdy rodzaj i wartość zamówienia publicznego zobowiązywała zamawiającego do udzielenia zamówienia na podstawie przepisów działu II ustawy Pzp, co w efekcie doprowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w tym także z naruszeniem art. 86 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, będącym właściwym publikatorem dla przedmiotowego postępowania z uwagi na rodzaj i wartość zamówienia.

³ Zob. Rozdział II pkt 3 SWZ *Zakres przedmiotu zamówienia*.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Na marginesie należy zauważyć, że w toku tej kontroli po raz kolejny Zamawiający prezentuje odmienne stanowisko w zakresie sklasyfikowania rodzaju przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w wyjaśnieniach skierowanych do Urzędu w piśmie z dnia 13 marca 2023 r. wskazał, że przedmiot zamówienia został sklasyfikowany jako dostawa. Dla uzasadnienia powyższego Zamawiający wyjaśnił, m.in. że: *Zamawiający podejmując przedmiotową decyzję kierował się ogólnie przyjętym przez doktrynę poglądem opierającym się na wciąż zachowującym aktualność wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 maja 2016 r. (sygn. akt II GSK 70/15). Zgodnie z powyższym, zamówienie publiczne będące przedmiotem niniejszej kontroli obejmowało nabycie kolektorów słonecznych, czyli ich dostawę. W związku z tym, że zamówienie obejmowało także instalację kolektorów słonecznych, a także naprawę bądź wymianę pokrycia dachowego jedynie w miejscu instalacji kolektorów, analizie poddano możliwość zakwalifikowania tych prac jako robót budowlanych.*

Z kolei, w piśmie z dnia 20 września 2023 r. Zamawiający wskazał, że: *opisując przedmiot zamówienia, zgodnie z jego treścią, a także stanowiskiem prezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych, określał warunki zamówienia biorąc pod uwagę fakt, że ma do czynienia z dostawą paneli fotowoltaicznych, natomiast towarzyszące im roboty budowlane traktował jako roboty towarzyszące, służące jedynie realizacji zasadniczego celu prowadzonego postępowania.*

Niemniej jednak dokonując finalnie wyboru procedury zamawiający odniósł wartości o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r, Prawo zamówień publicznych do robót budowlanych, przyjmując iż to właśnie bez wykonania przedmiotowych robót osiągnięcie celu zamówienia, tj. posadowienie i bezpieczne użytkowanie ogniw fotowoltaicznych będzie niemożliwe.

W opinii Prezesa Urzędu, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy nie sposób również mówić o omyłkowym utożsamieniu dostawy paneli z robotami budowlanymi. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu⁴ określił, że zamówienie stanowią usługi, natomiast zgodnie z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia⁵ przedmiot zamówienia stanowią dostawy. W toku postępowania wyjaśniającego Zamawiający wskazał na omyłkową rozbieżność dotyczącą rodzaju zamówienia i szczegółowo objaśnił, że przedmiot zamówienia stanowią dostawy. Mimo to, Zamawiający udzielił zamówienia w reżimie prawnym właściwym dla zamówień krajowych, podczas gdy wartość szacunkowa przedmiotowych dostaw zobowiązywała go do przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i udzielenia zamówienia z zastosowaniem przepisów działu II ustawy Pzp, właściwego dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, co stanowi naruszenie przepisów art. 86 ust. 1 ustawy Pzp i n. przepisów odnoszących się do ogłoszenia postępowania.

Ad. 2

Odnosząc się do zastrzeżeń skierowanych wobec naruszenia opisanego w pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, na wstępie należy zauważyć, że punktem spornym jest możliwość uznania za stronę internetową prowadzonego postępowania, o której mowa w art. 133

⁴ Ogłoszenie z dnia 22 czerwca 2021 r., nr 2021/BZP 00090435/01.

⁵ Ogłoszenie nr 510434981 – N – 2021 z dnia 18.08.2021 r.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

ust. 1 ustawy Pzp, stronę Biuletynu Informacji Publicznej Zamawiającego (<https://bip.powiatmlawski.pl>).

Należy stwierdzić, że nie ulega wątpliwości, że decyzja, która strona internetowa będzie stroną prowadzonego postępowania ustawodawca pozostawił zamawiającemu. Swoboda jednakże zamawiającego nie może w tym zakresie być mylona z dowolnością. Ustawodawca zastrzegł bowiem w przepisach art. 64 ustawy Pzp oraz w art. 68 ustawy Pzp, a także we właściwym akcie wykonawczym, tj. w § 11 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (dalej jako: „Rozporządzenie”), jakie wymagania powinna spełniać strona internetowa będąca „stroną internetową prowadzonego postępowania”.

Zgodnie z § 11 Rozporządzenia środki komunikacji elektronicznej w postępowaniu lub konkursie służące do odbioru dokumentów elektronicznych zawierających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3 ustawy Pzp, oferty oraz prace konkursowe, spełniają wymagania, o których mowa w art. 68 ustawy Pzp, oraz dodatkowo muszą spełniać wymagania przewidziane dla systemu teleinformatycznego w rozumieniu art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne odpowiadające minimalnym wymaganiom określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne; zapewniać zachowanie poufności i integralności danych w ramach wymiany i przechowywania tych dokumentów.

Zatem za stronę internetową prowadzonego postępowania można uznać wyłącznie system teleinformatyczny, który umożliwi elektroniczną komunikację pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, w tym m.in. składanie oferty, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie. Takie narzędzie musi być niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne.⁶ Za oczywiste należy uznać, że strona Biuletynu Informacji Publicznej Zamawiającego takich wymagań nie spełnia.

Stąd, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że: *Jeżeli intencją ustawodawcy byłoby również umożliwienie wykonawcom np. składanie ofert za pośrednictwem strony internetowej prowadzonego postępowania, bez wątplenia dałby temu wyraz z treści przepisu art. 133 ust. 1 ustawy PZP, natomiast skoro tego nie uczynił, to kontrolujący nie jest uprawniony do nakładania na zamawiającego dodatkowych obowiązków niewynikających z przepisów ustawy PZP.*

Należy tutaj zwrócić uwagę, że pojęcie strony internetowej prowadzonego postępowania pojawia się również w innych przepisach ustawy Pzp. Przepis art. 222 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przepis art. 222 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający,

⁶ Zob. kom. do art. 64 w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz.*, Wydanie II, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o: 1) nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte; 2) cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Strona internetowa prowadzonego postępowania nie służy więc udostępnianiu jedynie dokumentów zawierających informacje o warunkach zamówienia, jak twierdzi Zamawiający.

Jednocześnie, w tym miejscu należy zakwestionować zarzut Wnoszącego zastrzeżenia, że: *Kontrolujący arbitralnie przyjął, iż stroną internetową prowadzonego postępowania jest miniPortal*. Przytoczone przepisy ustawy i aktów wykonawczych do tej ustawy przesądzały jednoznacznie, że stroną taką jest system teleinformatyczny, na którym odbywa się komunikacja w postępowaniu między jego stronami, tj. w przypadku kontrolowanego postępowania strona miniPortalu. Powyższego nie zmienia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym fakt, iż Zamawiający sprzecznie z wyżej przywołanymi przepisami wskazał w treści ogłoszenia o zamówieniu, w pkt 3.1., że *Adres strony internetowej prowadzonego postępowania*, to bip.powiatmlawski.pl.

Co więcej, należy za *Informacją o wyniku kontroli doraźnej* wskazać, czego Zamawiający także nie kwestionuje, że w treści SWZ przyjęto, że komunikacja postępowaniu o udzielenie zamówienia będzie odbywać się na stronie miniPortalu, przyjmując że: *W niniejszym postępowaniu komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywa się za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy eZamawiający pod adresem <https://miniportal.uzp.pl>*.

Powyższe nakazuje uznać, że jeżeli Zamawiający przyjął, że postępowanie prowadzone jest na stronie internetowej miniPortalu, to co za tym idzie Zamawiający mógł i powinien mieć świadomość wynikających z tego implikacji prawnych, w szczególności, że stroną internetową prowadzonego postępowania w tej sytuacji jest strona ww. miniPortalu.

Tym samym, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że w realiach prowadzonego postępowania nie miało miejsca ustanowienie strony miniPortalu, jako strony internetowej prowadzonego postępowania.

Mając na uwadze powyższe, w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w okolicznościach faktycznych i prawnych kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Wnoszący zastrzeżenia błędnie utożsamił ze stroną internetową prowadzonego postępowania, o której mowa w art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, stroną internetową swojego Biuletynu Informacji Publicznej (<https://bip.powiatmlawski.pl>).

Powyższe nakazuje uznać, że stosownie do przepisów art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający powinien zapewnić na stronie miniPortalu pełny dostęp do SWZ, a więc także przedmiary robót, stanowiące część opisu przedmiotu zamówienia, które zostały zamieszczone tylko na stronach BIP zamawiającego.

Należy tutaj wskazać, za treścią *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, że bez wątpienia ustawa Pzp odróżnia adres strony internetowej prowadzonego postępowania od adresu strony internetowej, o której mowa w art. 134 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Stosownie



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

do art. 134 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający zamieszcza w SWZ adres strony internetowej prowadzonego postępowania, a także adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Bez wątpienia, stroną, o której mowa w pkt 2 art. 134 ust. 2 ustawy Pzp, może zostać ustalona strona internetowa BIP Zamawiającego.

Jak podkreślono w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, powyższe oznacza, że Zamawiający mógł dodatkowo udostępnić ww. dokumentów lub informacji również na swojej stronie internetowej. Wymaga jednocześnie podkreślenia, że zamieszczenie dokumentów postępowania jedynie na stronie internetowej zamawiającego nie zastępuje ich udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Należy także zaznaczyć, że adres strony internetowej wskazanej w SWZ powinien bezpośrednio prowadzić do pełnej SWZ, w tym dokumentów zamówienia, włącznie z tymi zawierającymi opis przedmiotu zamówienia jak PFU czy przedmiary. Tymczasem podany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ adres <https://bip.powiatmlawski.pl> nie stanowił bezpośredniej ścieżki dostępu do dokumentacji postępowania. Wskazany adres prowadzi jedynie do strony głównej BIP Zamawiającego, a więc wbrew opinii Zamawiającego, nie jest to adres dokładny, tj. stanowiący bezpośrednią ścieżkę dostępu do dokumentacji postępowania.

Jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, Zamawiający nie był konsekwentny w udostępnianiu dokumentów zamówienia. W kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający, w zakresie zadania obejmującego remont dachu, nie zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na stronie miniPortalu, pełnej specyfikacji warunków zamówienia, obejmującej przedmiary robót uwzględniające remont dachu dla obiektów: (1) Liceum Ogólnokształcącego im. St. Wyspiańskiego w Mławie; (2) Zespołu Szkół nr 1 w Mławie; (3) Zespołu Szkół nr 3 w Mławie; (4) Bursy Szkolnej w Mławie, (5) Zespołu Szkół nr 4 w Mławie. Dokumenty te zostały zamieszczone wyłącznie na stronie www.bip.powiatmlawski.pl w dniu 30 czerwca 2021 r. Należy podkreślić, że PFU, stanowiący główny dokument opisu przedmiotu zamówienia w zakresie remontu dachu, Zamawiający zamieścił wyłącznie na stronie miniPortalu.

Nie znajduje więc potwierdzenia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy twierdzenie Zamawiającego, że stroną internetową, na której Zamawiający zamieszczał wszystkie informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. specyfikację warunków zamówienia, a także wszelkie dokumenty do których w treści tejże specyfikacji się odwołuje, jest strona internetowa <https://bip.powiatmlawski.pl>. Należy zauważyć, że nie zostały tam zamieszczone inne dokumenty zawierające opis przedmiot zamówienia, takie jak Program funkcjonalno-użytkowy, pn. *Budowa instalacji pomp ciepła na terenie obiektów należących do Powiatu Mławskiego* oraz Program funkcjonalno-użytkowy pn. *Budowa instalacji fotowoltaicznych na terenie obiektów należących do Powiatu Mławskiego*, które to Zamawiający zamieścił jednak na miniPortalu.

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach wskazuje również, że: *przywołane przez kontrolującego pismo z 30 czerwca 2021 r. wbrew jego stanowisku, potwierdza konsekwencję i spójność dokumentacji zamieszczonej na stronie prowadzonego postępowania.*



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Wykonawca wskazuje bowiem, iż identyfikuje konieczność wymianu pokryć dachowych (*de facto* wynika to z udostępnionych przedmiarów oraz programu funkcjonalno-użytkowego), natomiast wykonawca nie znajduje w treści formularza ofertowego odrębnej pozycji do wyceny tego zakresu zamówienia. Ad *voce*m zamawiający podkreśla, iż dokumentację zamówienia tworzy nie tylko specyfikacja warunków zamówienia, lecz również pozostałe dokumenty zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Ponadto w przedmiotowym zamawiający wymagał od wykonawców wskazania ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, a nie poszczególnych składowych.

W ocenie Prezesa Urzędu, powyższa uwaga Zamawiającego potwierdza, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie remontu dachu znajduje się tak w przedmiarach robót, jak i w PFU, które udostępniono w odmiennych miejscach.

Należy wyjaśnić, że w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* pismo z dnia 30 czerwca 2021 r.⁷ zostało przywołane celem podkreślenia, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie remontu dachu nie wynikał wprost z treści samego dokumentu SWZ, ale zawierał się przede wszystkim w PFU oraz przedmiarach robót, stanowiących integralną część SWZ, które to dokumenty Zamawiający rozproszył między stroną miniPortalu a stroną BIP.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że potencjalnym wykonawcom nie został udostępniony pełen dokument zamówienia. Bowiem przedmiary do ww. PFU zawierały opis przedmiotu zamówienia w zakresie remontu dachu, o którym w SWZ w pkt: II.3.1.d, II.3.3.b., II.3.4.b, II.3.5.b, II.3.9.b (tj. *kompleksowe przygotowanie podłoża pod montaż urządzeń*), a więc stanowiący jego nieodzowną część, w związku z art. 134 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że argument Zamawiającego dotyczący wymagania od wykonawców wskazania ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, a nie poszczególnych składowych, nie ma znaczenia dla oceny sprawy. Istotnie, w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* wskazano, że przedmiary robót były niezbędne do prawidłowej wyceny zamówienia, ale właśnie z uwagi na to, że składały się na opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie i zawierały szacunkowe wielkości prac budowlanych polegających na remoncie dachu, opisanych w PFU.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że wbrew opinii Zamawiającego, naruszenia opisane w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, stwierdzono na stanu faktycznego podstawie prawidłowo ustalonego, w szczególności w oparciu o przekazaną przez Zamawiającego dokumentację postępowania, wyjaśnienia Zamawiającego oraz stan strony internetowej BIP Zamawiającego i strony miniPortalu prowadzonego postępowania.

W tej sytuacji wywód Wnoszącego zastrzeżenia dotyczący zasady przejrzystości należy uznać za nieadekwatny. Nie może być bowiem mowy o zachowaniu zasady przejrzystości, o której mowa w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp wtedy, gdy dokumentacja postępowania zawierająca opis przedmiotu zamówienia nie zostaje udostępniona potencjalnym wykonawcom w pełny sposób na stronie internetowej prowadzonego postępowania, którą

⁷ Tj. pismo z dnia 30 czerwca 2021 r. stanowiące wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, skierowany do Zamawiającego na podstawie art. 284 ust. 1 ustawy Pzp, przekazane do Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

w przypadku kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia była strona miniPortalu.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymuje stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 28 listopada 2023 r. naruszenie przepisów art. 16 pkt 2 w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na stronach miniPortalu, przedmiarów robót uwzględniających remontu dachu w zakresie pięciu obiektów, czym należy uznać, Zamawiający dopuścił się zaniechania udostępnienia SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania w pełnym zakresie, w konsekwencji czego postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone w sposób nieprzejrzysty.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 8 stycznia 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 24/23) wyraziła opinię, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp, Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach organizacyjnych powiatu Mławskiego** (znak postępowania: ZM.PUBL.272.1.2021),

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 24/23).

Załączniki:

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 24/23).