

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 28 grudnia 2020 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej z dnia 30 listopada 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24; 31-007 Kraków**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej zawartej w piśmie z dnia 18 listopada 2020 r. (znak: DKZP.WKZ3.444.2.2020.EG, dot. KNZ/2/2020/DKZP) na „Wykonanie robót związanych z modernizacją i przebudową budynku Uniwersytetu Jagiellońskiego przy ul. Reymonta 4 w Krakowie, polegających na zaadoptowaniu pomieszczeń wieży technologicznej na potrzeby Archiwum UJ”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Piotr Kozłowski
	Jolanta Markowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem było „Wykonanie robót związanych z modernizacją i przebudową budynku Uniwersytetu Jagiellońskiego przy ul. Reymonta 4 w Krakowie, polegających na zaadoptowaniu pomieszczeń wieży technologicznej na potrzeby Archiwum UJ”.

Z ustaleń dokonanych przez kontrolującego wynika, po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843, dalej: „ustawa Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, iż zamawiający naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki mimo nieprzewidzenia takiego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, a w konsekwencji naruszenie art. 10 i art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych.

Uzasadniając swoje stanowisko kontrolujący wskazał, iż w dniu 14 września 2017 r. zamawiający przekazał do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu dla zamówienia na wyłonienie wykonawcy w zakresie realizacji robót związanych z modernizacją i przebudową budynku Uniwersytetu Jagiellońskiego przy ul. Reymonta 4 w Krakowie w trybie przetargu nieograniczonego, tj. dla zamówienia podstawowego w stosunku do zamówienia w trybie z wolnej ręki będącego przedmiotem niniejszej kontroli. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 września 2017 r. pod numerem 2017/S 179-365780 oraz zgodnie z informacją zawartą w protokole postępowania pkt 6 ppkt 3 zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego od dnia 19 września 2017 r. do 20 października 2017 r.

Analiza przedmiotowego ogłoszenia pozwoliła na stwierdzenie, iż zamawiający nie przewidział w nim udzielenia zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2020 r. (...), kontrolujący zwrócił się do zamawiającego m.in. o wyjaśnienie, w jaki sposób zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2020 r. (...) zamawiający wyjaśnił, iż formularz ogłoszenia o zamówieniu dostępny w serwisie Ted eNotices nie zawiera odpowiedniego punktu dotyczącego informacji o możliwości udzielenia przewidzianych przez zamawiającego zamówień na podstawie art. 67. ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W związku z powyższym w ogłoszeniu nie ma zawartej tej informacji. Zostały one zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 14 września 2017 r., w pkt. 19 ust. 3 [...] „Zamawiający, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, przewiduje możliwość powtórzenia prac objętych niniejszym postępowaniem na warunkach analogicznych jak dla zamówienia podstawowego”.

Kontrolujący wskazał, iż zamawiający nie potwierdził zatem przewidzenia zamówienia uzupełniającego w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego.

W związku z powyższym, kontrolujący zważył, co następuje.

Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym. Zgodnie z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r., C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu aktualnym na dzień wszczęcia postępowania, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości.

Jednocześnie, stosownie do treści art. 41 pkt 15 ustawy Pzp w brzmieniu aktualnym na dzień wszczęcia postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej:

15) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień.

Tym samym kontrolujący uznał, iż dopuszczalność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp uzależniona jest m.in. od przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego możliwości udzielenia takiego zamówienia. Analiza stanu faktycznego przedmiotowej sprawy pozwoliła kontrolującemu na stwierdzenie, iż zamawiający nie przewidział udzielenia takiego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Ponadto, nie można uznać przewidzenia możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamieszczonej w SIWZ za równoznaczne z wypełnieniem przesłanki determinującej zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jeśli takie zamówienie nie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu pierwotnym.

Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 17 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 60/10) stwierdzając, że obowiązkiem zamawiającego, w sytuacji, gdy przewidywał udzielenie zamówień uzupełniających, było zamieszczenie stosownej treści w ogłoszeniu o zamówieniu. Konsekwencją braku ww. informacji jest niewątpliwie brak możliwości udzielenia przez zamawiającego zamówień uzupełniających.

Podobne stanowisko przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 12 marca 2014 r. (KIO/KD 14/14) wskazując, że brak zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu jednoznacznej informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających uniemożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp i uzasadnia konieczność zastosowania jednego z trybów podstawowych (art. 10 ust. 1 Pzp), o ile nie zaistnieją przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie innym, niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony (art. 10 ust. 2 Pzp).

Jednocześnie w uchwale z dnia 12 marca 2014 r. (KIO/KD 14/14) Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, że nawet jeśli zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego, zamieścił na swojej stronie internetowej i w swojej siedzibie ogłoszenie o zamówieniu przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej to nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 41 pkt 15 ustawy Pzp nakazującego podanie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o zamiarze udzielenia zamówień uzupełniających.

Reasumując kontrolujący stwierdził, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji powyższego, zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył także art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, pismem z dnia 30 listopada 2020 roku poinformował, iż wnosi zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający wskazał, iż w dniu 14 września 2017 r. przekazał do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu na wyłonienie wykonawcy w zakresie realizacji robót związanych z modernizacją i przebudową budynku Uniwersytetu Jagiellońskiego przy ul. Reymonta 4 w Krakowie w trybie przetargu nieograniczonego, tj. dla zamówienia podstawowego w stosunku do kontrolowanego zamówienia w trybie z wolnej ręki. Przedmiotowe ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 19 września 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i w tym samym dniu zostało zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz jej załącznikami. W trakcie realizacji zamówienia - 23 października 2019 r - zamawiający zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki i przekazał do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zawiadomienie o wszczęciu postępowania w tym trybie, zawierające uzasadnienie faktyczne i prawne jego zastosowania.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo nieprzewidzenia takiego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, a w konsekwencji naruszenie art. 10 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 6) i art. 10 ustawy Pzp, zamawiający wskazał, co następuje.

Jak wskazał zamawiający w piśmie do Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych UZP z dnia 27.08.2020 r. formularz ogłoszenia o zamówieniu dostępny w serwisie Ted eNotices nie zawiera odpowiedniego punktu dotyczącego informacji o możliwości udzielenia przewidywanych przez zamawiającego zamówień na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. Stanowi to wyraz niedostosowania formularzy dostępnych w serwisie Ted eNotices do zapisów polskiej ustawy. Aczkolwiek, należy zauważyć, iż art. 11 ust. 7 ustawy Pzp wskazuje, iż: *Zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w akcie wykonawczym Komisji Europejskiej ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień wydanym na podstawie (...) i w konsekwencji ust. 7a ww. artykułu wskazuje: *Ogłoszenia przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń wskazanymi na stronie internetowej (...).* Jedynym miejscem, w którym można by zamieścić zapis dotyczący przewidywanych zamówień uzupełniających jest sekcja *Informacje dodatkowe*. Jednak jak sama nazwa wskazuje słowo*

„dodatkowe” zgodnie z definicją zawartą w Inny Słownik Języka Polskiego, wydawnictwo PWN 2000 oznacza „*takie, które dodano do innych, które nie są ich koniecznym uzupełnieniem*”, zatem odczytywane powinno być jako pomocnicze, uzupełniające, drugorzędne. Wobec tego informacje dodatkowe nie mogą być traktowane jako obligatoryjne. Takie rozumienie wyrażenia „dodatkowe” potwierdza obowiązujący wzór formularza ogłoszenia o zamówieniu, który narzuca pola (informacje) obowiązkowe, bez wypełnienia których nie można go zatwierdzić, a w konsekwencji opublikować, a pole „informacje dodatkowe” do takich pól obligatoryjnych nie należy.

Wobec powyższego zamawiający stwierdził, iż wypełnił obowiązek wskazany w ww. przepisie, gdyż przygotował ogłoszenie o zamówieniu zgodnie z wzorami standardowych formularzy dostępnymi w serwisie Ted eNotices.

Działania zamawiającego były całkowicie zgodne z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, a należy podkreślić, iż mamy do czynienia z postępowaniem unijnym, tj. takim, którego wartość przekracza progi określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodność działań zamawiającego z zapisami dyrektywy nastąpiła w wymaganych obszarach:

- Udzielenie zamówienia dodatkowego mogło nastąpić z zastosowaniem procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji (art. 32 ust. 5 dyrektywy: 5, Procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do nowych robót budowlanych lub usług polegających na powtórzeniu podobnych robót budowlanych lub usług powierzonych wykonawcy, któremu ta sama instytucja zamawiająca udzieliła pierwotnego zamówienia, pod warunkiem, że takie roboty budowlane lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia na podstawie jednej z procedur zgodnie z art. 26 ust. 1. Podstawowy projekt musi wskazywać zakres ewentualnych dodatkowych robót budowlanych lub usług oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone. Możliwość zastosowania tej procedury musi być wskazana już w chwili ogłoszenia pierwszego projektu, a całkowita szacunkowa wartość dalszych robót budowlanych lub usług musi zostać uwzględniona przez instytucje zamawiające w zakresie stosowania przez nie przepisów art. 4. Procedura ta może być stosowana wyłącznie w okresie trzech lat od chwili zawarcia pierwotnej umowy),

- Ogłoszenie o zamówieniu podstawowym nr 2017/S 179-365780 z dnia 19.09.2017 r. zawierało wymagane elementy wskazane w Załączniku V do dyrektywy, CZĘŚĆ C Informacje, jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu (o którym mowa w art. 49), co potwierdza, iż zapisy formularza TED są dostosowane wprost do zapisów dyrektywy, a nie polskiego prawa.

W przeszłości problem ten był wskazywany wielokrotnie przez instytucje zamawiające, co zostało wyrażone w stanowisku Podsekretarza Stanu Ministerstwa Rozwoju Pawła Chorażego z dnia 25.08.2017 r. Wskazano w nim m.in., że „*istotą nieprawidłowości wskazywanej w lp. 12 załącznika do rozporządzenia Ministra Rozwoju : dnia 29 stycznia 2016 r, w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień/ (dalej: Rozporządzenie) (lp. II załącznika rozporządzenia zmieniającego) jest brak możliwości zdobycia przez potencjalnego wykonawcę pełnych, wiarygodnych, niewprowadzających w błąd informacji o zamówieniu i podjęcia decyzji o złożeniu oferty w odpowiedzi na spójne wewnętrznie wymagania zamawiającego. Wobec powyższego każdy tego typu przypadek należy oceniać indywidualnie biorąc pod uwagę, czy łącznie spełnione zostały następujące okoliczności:*

- *w dokumentach zamówienia zamieszczono wszelkie i wyczerpujące informacje o zamówieniu;*

- *w ogłoszeniu o zamówieniu udostępniono adres strony...”.*

W ślad za tym stanowiskiem zamawiający zauważył, iż informacja o możliwości udzielenia przewidywanych przez zamawiającego zamówień na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6) została zawarta w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, która wraz z ogłoszeniem o zamówieniu została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 14 września 2017 r. W samym ogłoszeniu o zamówieniu, w innych punktach formularza zamawiający odwoływał się do treści tejże specyfikacji, tak więc należy uznać, iż poprzez to odwołanie, informacja o planowanym zamówieniu uzupełniającym została pośrednio zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu.

Pragnę zauważyć, iż wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wynosiła ponad 70 000 000,00 zł netto. Jego realizacja przewidziana była na okres ponad 2,5 roku i dotyczyła licznych branż. Zatem jednoznacznie należy stwierdzić, iż potencjalni wykonawcy podejmując decyzję o przystąpieniu do postępowania przetargowego o tak znaczącej wartości nie mogli bazować tylko i wyłącznie na informacjach przekazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Zważywszy na ogólnikową i bardzo ograniczoną treść ogłoszenia o zamówieniu, w celu zapoznania się z pełnym zakresem przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, by w pełni rzetelnie przygotować ofertę, koniecznym było sięgnięcie do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jej załączników, a tam informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających była zawarta w pkt. 19) 3 SIWZ. Co więcej przy wskazanej wartości, zakresie i okresie realizacji zamówienia nie sposób uznać, iż decyzja o ewentualnym złożeniu oferty przez wykonawcę warunkowana była w jakikolwiek sposób możliwością realizacji w przyszłości ewentualnych zamówień uzupełniających.

Zamawiający zauważył, iż istotą wykazanego uchybienia, jest brak możliwości zdobycia przez potencjalnego wykonawcę pełnych, wiarygodnych i niewprowadzających w błąd informacji o zamówieniu i podjęciu decyzji o złożeniu oferty w odpowiedzi na spójne wewnętrzne wymagania zamawiającego. Zatem każdy przypadek wystąpienia nieprawidłowości należy oceniać indywidualnie. W przedmiotowym postępowaniu brak informacji o zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu wynikał z niedostosowania formularzy dostępnych w serwisie Ted eNotices do zapisów ustawy Pzp oraz ich ograniczeń technicznych w zakresie ilości znaków możliwych do wpisania w poszczególnych sekcjach tego formularza. Zamawiający nie pominął tej informacji w sposób celowy, na co wskazuje fakt, iż zawarł ją w zapisach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, która została przekazana do publicznej wiadomości na stronie internetowej zamawiającego w tym samym dniu, w którym zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu. Informacja o wartości planowanych zamówień uzupełniających została także zawarta w sekcji 2 pkt. 4 protokołu z postępowania, który zgodnie z postanowieniami art. 96 ust. 3 Pzp jest jawny. Co więcej w ogłoszeniu o zamówieniu udostępniono adres strony internetowej zapewniający nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia. Warto zaznaczyć, iż ze względu na szeroki zakres i stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia podstawowego oraz obszerność dokumentacji stanowiącej Załącznik A do SIWZ, potencjalni wykonawcy nie byłoby w stanie z samej treści ogłoszenia o zamówieniu przewidzieć pełnego zakresu przygotowywanej przez siebie oferty. Koniecznym było zapoznanie się z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie oprócz szczegółowych informacji dotyczących przedmiotu zamówienia, warunków jego realizacji a także warunków udziału w postępowaniu i dokumentów niezbędnych do złożenia oferty, znalazła się informacja o planowanych zamówieniach uzupełniających. Zamawiający nie ograniczył zatem żadnemu potencjalnemu wykonawcy swobodnego dostępu do szczegółowych informacji dotyczących przedmiotowego zamówienia. Można zatem wywnioskować, iż nawet jeżeli uznać, iż naruszenie miało miejsce, to miało ono charakter techniczny, wynikający z przyczyn niezależnych od zamawiającego i nie miało wpływu na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, jak i na ostateczny wynik postępowania.

Zamawiający zauważył również, iż w wynikach kontroli nie zakwestionowano przesłanek udzielenia przez zamawiającego przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z postanowieniami art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zatem uznać należało, iż przedmiot zamówienia wpisał się w przesłanki wskazane w ww. artykule. Wykazano uchybienie mające charakter techniczny, wynikający z niedostosowania formularzy dostępnych w serwisie Ted eNotices do zapisów polskiej ustawy Pzp oraz ich ograniczeń technicznych, a więc z przyczyn niezależnych od zamawiającego. Co więcej zważywszy na

fakt, iż informacja o możliwych zamówieniach uzupełniających była zawarta w dokumentacji przetargowej, bez względu na wynik postępowania podstawowego, zamawiający tak samo potraktowałby wykonawcę, z którym podpisał umowę w sprawie realizacji zamówienia i docelowo udzieliłby mu zamówienia z wolnej ręki, na wskazany we wstępie przedmiot zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę na to, jaka była geneza zapisów art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Pierwotne brzmienie tego przepisu było następujące: *„w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego”*. Regulacja ta weszła w życie 24 października 2008 r. (Dz. U. z 2008 r. poz. 1058).

Jak wynika z treści uzasadnieni projektu tej ustawy *„W związku z uwagami Komisji Europejskiej w trybie zamówienia z wolnej ręki ulega zmianie przesłanka pozwalająca na udzielenie zamówienia uzupełniającego na roboty budowlane lub usługi (art. 67 ust. 1 pkt 6). Obecnie w celu skorzystania z możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest zobowiązany podać informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego. Rozwiązanie takie nie jest zgodne z dyrektywą 2004/18/WE, która wymaga, aby możliwość udzielania zamówień uzupełniających była wskazana w zaproszeniu do ubiegania się o realizację pierwszego projektu. Dla zapewnienia należytej przejrzystości w projekcie zaproponowano, aby powyższą informację zamawiający podawał w ogłoszeniu o zamówieniu”*.

Jak się zatem okazuje nowa regulacja, która przecież miała doprowadzić do zgodności ustawy Pzp z treścią Dyrektywy była z nią niespójna. W art. 3 Dyrektywy wskazano, że Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu m. in. w przypadku nowych robót polegających na powtarzaniu podobnych robót lub usług powierzonych wykonawcy, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły pierwotnego zamówienia, pod warunkiem, że takie roboty pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, zgodnie z procedurą otwartą lub ograniczoną.

Możliwość zastosowania tej procedury musiała być wskazana w zaproszeniu do ubiegania się o realizację pierwszego projektu, a całkowita wartość zamówienia na kolejne

roboty budowlane winna być uwzględniona przez instytucję zamawiającą w zakresie stosowania przez nią przepisów art. 7 (kwoty progowe zamówień publicznych).

Procedura ta może być stosowana wyłącznie w okresie trzech lat od chwili udzielenia pierwotnego zamówienia.

Z powyższego wynika, że założeniem dyrektywy było odejście od konieczności publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a tymczasem polski ustawodawca wprowadził obowiązek wskazania możliwości udzielenia zamówień uzupełniających, a od 28 lipca 2016 r. zamówień podobnych, właśnie w ogłoszeniu. Trudno uznać przedmiotową zmianę za dostosowanie przepisów krajowych do regulacji unijnych. Co istotne, również i obecnie obowiązująca Dyrektywa 2014/24/UE uprawnia zamawiającego do udzielania zamówień w trybie niekonkurencyjnym w przypadku, gdy przedmiot zamówienia stanowią nowe roboty budowlane. Oprócz konieczności wykazania przez zamawiającego, iż roboty te polegają na powtórzeniu podobnych robót budowlanych powierzonych wykonawcy, któremu ten sam zamawiający udzielił pierwotnego zamówienia, zamawiający musi dodatkowo udowodnić, iż takie roboty budowlane lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, a jednocześnie już podstawowy projekt musi wskazywać zakres ewentualnych dodatkowych robót budowlanych lub usług, a także konkretyzować warunki, na jakich zostaną one udzielone. Warunkiem udzielenia takiego zamówienia jest dodatkowo wykazanie, iż możliwość zastosowania tej procedury była wskazana już w chwili ogłoszenia pierwszego projektu. Przy czym zwrócić należy uwagę, iż chodzi o wskazanie procedury w chwili ogłaszania projektu, a nie zawarcie informacji o przewidywanych robotach podobnych w samym ogłoszeniu, gdyż zapis dyrektywy pozwalał przecież na pominięcie ogłoszenia.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z treści tego przepisu wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W przedmiotowej sprawie nie można mówić o naruszeniu powyższych zasad. Postępowanie zostało opublikowane w unijnych publikatorze, zatem dostęp do niego mieli także wykonawcy spoza Polski. Ze względu na ograniczenia techniczne formularzy ogłoszeń w serwisie Ted eNotices, informacje przekazywane przez zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak i pozostałych warunków realizacji umowy są zamieszczane w ogłoszeniu o zamówieniu w skróconej wersji. Zatem potencjalny wykonawca chcąc poznać rzeczywisty rozmiar planowanego zamówienia musiał sięgnąć do SIWZ i jej załączników, a tam informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających była zawarta.

W dniu 23 października 2019 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Zgodnie z postanowieniami art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający w dniu 23.10.2019 r., pismem oznaczonym numerem prowadzonego postępowania, przekazał do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, które zawierało uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Stosownie do treści art. 180 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, wykonawcom przysługiwało prawo do wniesienia odwołania od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego, w tym wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, z czego żaden z wykonawców nie skorzystał.

Zamawiający ponownie podkreślił, że wykonawcy przygotowują ofertę na podstawie szczegółowych informacji zawartych w załącznikach do SIWZ. Nie było przecież możliwe oszacowanie wartości i zakresu robót budowlanych przedmiotowego postępowania jedynie na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu. Oznacza to, że brak w treści ogłoszenia informacji o zamiarze udzielenia dalszych zamówień w trybie z wolnej ręki nie mógł doprowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Każdy z potencjalnych wykonawców miał równe szanse w uzyskaniu zamówienia podstawowego, a w konsekwencji i późniejszego zamówienia z wolnej ręki.

Dodatkowo, należy wskazać, iż od momentu możliwości zapoznania się z pismem Podsekretarza Stanu Ministerstwa Rozwoju Pawła Chorażego z dnia 25.08.2017 r., które było adresowane do instytucji zaangażowanych we wdrażanie funduszy europejskich i przesłane do wiadomości m.in. Prezesa UZP – zamawiający, w kolejnych unijnych postępowaniach, stosuje rekomendacje zawarte w tym piśmie, poprzez zamieszczanie informacji, które nie są ujęte w dedykowanych sekcjach formularza dostępnego w serwisie TED e-notice, w sekcji Informacje dodatkowe, np. postępowanie (...).

Podsumowując zamawiający podkreślił, że w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania i udzielenia zamówienia nie doszło do naruszenia zasad dokonywania wydatków publicznych określonych w art. 44 ust. 3 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniósł o przyjęcie i uwzględnienie powyższych zastrzeżeń.

Kontrolujący, w całości podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 18 listopada 2020 roku.

Kontrolujący, odnosząc się do argumentacji przywołanej przez zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej stwierdził, co następuje.

W pierwszej kolejności kontrolujący wskazał, iż nie może znaleźć uznania argumentacja zamawiającego dotycząca niedostosowania treści formularzy dostępnych w serwisie Ted eNotices do treści ustawy Pzp. Nawet bowiem w sytuacji, jeśli formularz ten nie przewiduje odrębnej sekcji na wpisanie informacji o planowanym zamówieniu polegającym na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, należy uznać, iż informacja ta powinna zostać zawarta w ramach sekcji, w której zamawiający może samodzielnie wpisać określone informacje, w szczególności w sekcji Informacje dodatkowe. Znajduje to swoje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w treści uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2010 r., sygn. KIO/KU 60/10, gdzie wskazano: Ponadto, z treści art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ZamPublU jednoznacznie wynika, że warunkiem udzielenia zamówień uzupełniających jest m.in. zamieszczenie informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu. Treść ww. przepisów nie pozostawia wątpliwości, iż obowiązkiem Zamawiającego, w sytuacji, gdy przewidywał udzielenie zamówień uzupełniających, było zamieszczenie stosownej treści w ogłoszeniu o zamówieniu. Argumentu dla zaniechania powyższego nie może stanowić brak stosownej rubryki w formularzu ogłoszenia o zamówieniu - formularz ogłoszenia zawiera wiele pól, w których możliwe jest zamieszczenie takiej informacji mimo braku wyraźnego wskazania w tytule poszczególnych punktów. Konsekwencją braku ww. informacji jest niewątpliwie brak możliwości udzielenia przez zamawiającego zamówień uzupełniających. Należy uznać, iż w zakresie obowiązku zamieszczenia informacji o planowanym zamówieniu w trybie z wolnej ręki w ogłoszeniu o zamówieniu powyższe twierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej zachowuje swą aktualność także w ramach obecnie obowiązującego stanu prawnego. Tym samym nie zasługuje na uwzględnienie teza zamawiającego, jakoby słownikowa interpretacja pojęcia „Informacje dodatkowe” wykluczała możliwość zamieszczenia tego rodzaju informacji w tej sekcji. Należy podkreślić, iż przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie precyzuje sekcji ogłoszenia, w której zamawiający powinien zamieścić informację o zamówieniu polegającym na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, co pozwala na pewien zakres dowolności w wyborze właściwej sekcji, jednakże przy spełnieniu generalnego wymogu przewidzenia tego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego.

Kontrolujący podkreślił, co zostało także zaznaczone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 listopada 2020 r., że postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki ma charakter szczególny i wyjątkowy, a przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle. Wysoki stopień formalizmu uzasadnia przede wszystkim fakt, iż postępowanie w trybie z wolnej ręki z natury rzeczy stanowi odstępstwo od generalnej zasady konkurencyjności w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, a wyjątki nie podlegają interpretacji rozszerzającej. Jednocześnie wskazać należy, iż w polskim systemie prawnym funkcjonuje dyrektywa pierwszeństwa wykładni językowej w demokratycznym państwie prawa (m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., sygn. akt III CZP 110/09), co oznacza, iż co do zasady w przypadku, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni, nie zachodzi konieczność sięgania po dyrektywy celowościowe. Należy uznać, iż treść art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w zakresie przesłanki dotyczącej obowiązku przewidzenia zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego jest jasna i brak jest podstaw do odwołania się do innych aniżeli literalna dyrektyw wykładni. W szczególności zasadne jest przyjęcie, iż ze względu na wyjątkowy charakter trybu z wolnej ręki ustawodawca uregulował przesłanki jego zastosowania wyczerpująco, w taki sposób, aby ograniczyć możliwość arbitralnej ich interpretacji. Tym samym nie może znaleźć uznania argument zamawiającego odwołujący się do faktu umieszczenia informacji o możliwości udzielenia zamówień na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako substytutu umieszczenia tej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż dokumenty te nie są tożsame w rozumieniu ustawy Pzp. Potwierdza to także treść cytowanej uprzednio uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2010 r., sygn. KIO/KU 60/10, w której Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała analogicznej argumentacji zamawiającego, podkreślając konieczność zamieszczenia stosownej treści konkretnie w ogłoszeniu o zamówieniu.

W związku z twierdzeniami przywołanymi powyżej nie sposób także uznać, iż przedmiotowe naruszenie przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania, stanowi ono bowiem o niewypełnieniu przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki, co przesądza o niedopuszczalności zastosowania tego trybu. Taka interpretacja znajduje swoje potwierdzenie w cytowanej także w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 listopada 2020 r. uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2014 r., sygn. KIO/KD 14/14, gdzie wskazano, że brak zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu jednoznacznej informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających uniemożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ZamPublU i uzasadnia konieczność zastosowania jednego z trybów podstawowych (art. 10 ust. 1 ZamPublU), o ile nie zaistnieją przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie innym, niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony (art. 10 ust. 2 ZamPublU).

Kontrolujący za bezprzedmiotowe uznał twierdzenia zamawiającego odwołujące się do braku spójności pomiędzy regulacją ustawy Pzp a treścią Dyrektywy. Nawet bowiem w sytuacji jeżeli odnośny przepis Dyrektywy nie statuuje wyraźnego obowiązku umieszczenia danej informacji w treści ogłoszenia o zamówieniu, brak jest podstaw do uznania,

iż uszczegółowienie tego rodzaju aspektów proceduralnych w ramach prawa krajowego stanowi nieprawidłową transpozycję Dyrektywy.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, kontrolujący wskazał, iż naruszenie tego przepisu stanowi konsekwencję stwierdzonego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i związane jest także z naruszeniem art. 10 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych, co tym samym przesądza o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie kontrolujący podkreślił, iż zgodnie z treścią art. 161 ust. 2 ustawy Pzp, odnoszącego się do kontroli Prezesa Urzędu, celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Tym samym stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp w ramach kontroli doraźnej Prezesa Urzędu jest niezależne od ewentualnego naruszenia zasad dokonywania wydatków publicznych określonych w ustawie o finansach publicznych, czego ustalenie pozostaje poza zakresem kompetencji Prezesa Urzędu.

Wobec powyższego kontrolujący podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 listopada 2020 r.

Analizując, zgromadzony w ramach prowadzonego postępowania kontrolnego materiał, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż stanowisko kontrolującego, uznać należało za zasadne, a co za tym idzie, naruszenie wskazywane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 18 listopada 2020 roku, zostało bezsprzecznie wykazane.

Zdaniem Izby, co prawda uchybienie zamawiającego nie miało charakteru kategorycznego, albowiem zamawiający zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, co oznacza, że miało ono charakter publiczny i transparentny, jednakże samo naruszenie wskazywanych przez kontrolującego przepisów nastąpiło.

Skoro zatem, bezwzględnie obowiązujące przepisy, nakazują zamawiającemu określone zachowanie, w przedmiotowym postępowaniu zamieszczenie określonych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu, to zamawiający miał obowiązek takie informacje, we wskazywanym dokumencie postępowania, zamieścić.

Krajowa Izba Odwoławcza w całości podzieliła stanowisko kontrolującego, dlatego też zbędne było przytaczanie argumentacji, prezentowanej przez Prezesa UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący

Członkowie

.....