

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 24 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Justyna Tomkowska Agnieszka Trojanowska

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 3 września 2024 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych drogą elektroniczną w tym samym dniu) (znak sprawy: CUL/1632/2024) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: **Centrum Usług Logistycznych, ul. Słoneczna 37, 00-789 Warszawa** od wyniku kontroli doraźnej z dnia 22 sierpnia 2024 r. (znak: DKZP.WKZ3.442.26.2024.OL KND/25/24/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Prace remontowe i adaptacyjne w obiekcie Olimpia przy ul. Taborowej 8 w Poznaniu, w ramach umowy najmu z dnia 1 stycznia 2022 r. zawartej między Centrum Usług Logistycznych a Professional Poland Team sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu”*

wyraża opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

W odpowiedzi na wniosek z 6 lutego 2024 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w tym samym dniu) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwany dalej: „Prezesem UZP” wszczął postępowanie wyjaśniające w dniu 19 lutego 2024 r. (znak: DKZP.WKZ3.442.26.2024.OL KND/25/24/DKZP) stanowiące I etap kontroli doraźnej postępowania pn.: *„Prace remontowe i adaptacyjne w obiekcie Olimpia przy ul. Taborowej 8 w Poznaniu, w ramach umowy najmu z dnia 1 stycznia 2022 r. zawartej między Centrum Usług Logistycznych a Professional Poland Team sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu”* inaczej: *„Remont obiektu Olimpii przy ul. Taborowej 8 w Poznaniu”* prowadzonego przez Centrum Usług Logistycznych, ul. Słoneczna 37, 00-789 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

Z ustaleń kontroli doraźnej - pismo z 22 sierpnia 2024 r. (informacja o wyniku kontroli doraźnej znak: DKZP.WKZ3.442.26.2024.OL KND/25/24/DKZP) - wynikają następujące okoliczności. W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 28 i 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością i tym samym doprowadzenie do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W toku kontroli doraźnej ustalono, iż w dniu 12 sierpnia 2021 r. Centrum Usług Logistycznych w Warszawie zamieściło na stronie platformy zakupowej (<https://platformazakupowa.pl/transakcja/495502>), następujące ogłoszenie: *Centrum Usług Logistycznych szuka najemcy pomieszczeń restauracyjnych, wraz z urządzeniami, sprzętem gastronomicznym i kuchennym stanowiącym wyposażenie ww. pomieszczeń, zlokalizowanych w Hotelu położonym w Poznaniu przy ulicy Taborowej 8.* W załączniku do ww. ogłoszenia wskazano informacje dotyczące powierzchni do wynajmu Restauracji Olimpia oraz jej wyposażenia. W dniu 1 stycznia 2022 r. Centrum Usług Logistycznych w Warszawie bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarło umowę najmu, na mocy której powierzyło wykonawcy – Professional Poland Team sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wykonanie remontu sali restauracyjnej oraz części kuchennej (§ 2 ust. 5 zd. 3 Umowy). Zgodnie z § 2 ust. 1 Umowy, *na mocy niniejszej umowy Wynajmujący udostępnia Najemcy pomieszczenia restauracyjne wraz z urządzeniami, sprzętem gastronomicznym i kuchennym stanowiącym wyposażenie ww. pomieszczeń o łącznej powierzchni 386,68 m² zlokalizowane w Obiekcie OLIMPIA położonym w Poznaniu przy ul. Taborowej 8 z przeznaczeniem na prowadzenie działalności gastronomicznej (dalej: „Przedmiot najmu”). Wynajmujący oświadcza, iż otrzymał zgodę Skarbu Państwa – Komendanta Wojewódzkiego Policji w Poznaniu na oddanie Przedmiotu najmu*

w podnajem z przeznaczeniem na cel wskazany w [ust.] 1 (§ 2 ust. 2 Umowy). W myśl § 2 ust. 5 zd. 2 Umowy Najemca wykona remont Przedmiotu najmu na swój koszt tak, aby nadawał się do prowadzenia działalności gastronomicznej. Wyremontowana zostanie sala restauracyjna, w tym wymienione zostaną okładziny posadzki, wewnętrzna konstrukcja sufitów, okładziny ścian, zamontowane zostaną meble w zabudowie, ponadto wymieniona zostanie zabudowa meblarska baru i „wydawki” oraz wyremontowana część kuchenna, łącznie z wymianą wyposażenia stałego jak wentylacja, klimatyzacja (§ 2 ust. 5 z. 3 Umowy). Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony, na okres 3 lat, licząc od dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego, o którym mowa w § 2 ust. 4 tj. od dnia 1 stycznia 2022 r. do dnia 01 stycznia 2025 r. Z uwagi na fakt, iż nieruchomości, której część stanowi Przedmiot Najmu, została przekazana KWP Poznań w trwały zarząd na podstawie przepisów ustawy z dnia 21.07.1997 r. o gospodarce nieruchomościami, Strony ustalają, iż po upływie oznaczonego okresu Najmu Umowa przedłuża się automatycznie na dalszy czas określony w wymiarze 3 lat, chyba że w terminie jednego miesiąca poprzedzającego końcowy termin obowiązywania umowy, Wynajmujący złoży Najemcy pisemne oświadczenie o woli nieprzedłużania okresu trwania Umowy z uwagi na fakt nieuzyskania zgody trwałego zarządcy (§ 3 ust. 1 Umowy). Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 5 marca 2024 r. wskazał, że zakres prac koniecznych do realizacji w obiekcie Olimpia w Poznaniu został potwierdzony przez inspektora nadzoru robót budowlanych Pana J. G. notatką z dnia 20.08.2019 r. Z treści opinii technicznej z dnia 20 sierpnia 2019 r. sporządzonej przez Pana J. G. – inspektora nadzoru robót budowlanych, przedłożonej przez Zamawiającego w dniu 9 kwietnia 2024 r. wynika m.in., że parter budynku zajmuje pomieszczenie kuchni i restauracji. Drzwi wewnętrzne wiatrołapu uszkodzone, wymagają naprawy. Głównym problemem całego obiektu są przestarzałe wszystkie instalacje, których potrzeba wymiany powtarzana jest w poprzednich protokołach. Instalacja elektryczna wymaga wymiany z uwagi na przewody elektryczne z aluminium. Tablice rozdzielcze starego typu. Aby doprowadzić obiekt do wymogów zgodnie z obowiązującymi, zaostrzonymi przepisami należałoby zaprojektować od nowa instalacje ppoż, system oddymiania klatek, czujniki dymu, sygnalizacje alarmowe i hydranty. Problem jest z dużą awaryjnością instalacji wod.-kan. Główne piony tej instalacji przebiegają w brzdach technologicznych, które są zlokalizowane w słupach konstrukcyjnych w pomieszczeniu restauracji. Remont lub też modernizacja kuchni i restauracji ma sens tylko wtedy, kiedy zostaną doprowadzone nowe podejścia wod.-kan. od piwnic aż do I piętra bo te piony w słupach są obudowane. Całe pomieszczenie restauracji wymaga modernizacji pod kątem przepisów ppoż. Całkowity koszt modernizacji kuchni i restauracji jest możliwy po ustaleniu zakresu robót. Wskazana byłaby również aranżacja pomieszczeń restauracji. W dokumencie pn. Przybliżona wycena nakładów na remont restauracji sporządzonym w 2019

r. przez Pana J. G. – inspektora nadzoru robót budowlanych (załączonym przez Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 9 kwietnia 2024 r.), wskazano co następuje.

Wykonywane usługi – czynności (robocizna netto)	Jed.	Ilość	Cena netto	Kwota
Demontaż paneli ściennych	m ²	200	35,00 zł	7 000
Demontaż paneli sufitowych	m ²	220	35,00 zł	7 700
Montaż sufitu podwieszanego na stelażu	m ²	220	80,00 zł	17 600
Montaż płyt G-K na stelażu ściany	m ²	200	35,00 zł	7 000
Wyglądanie ścian i sufitów gładź gipsowa	m ²	420	30,00 zł	12 600
Dwukrotne malowanie ścian i sufitów farbą emulsyjną	m ²	420	25,00 zł	10 500
Wyburzanie ściany wejściowej z luksferów	m ²	20	120,00 zł	2 400
Montaż ściany REI-30	m ²	20	200 zł	4 000
Montaż drzwi wewnętrznych z ościeżnicą EI-30	szt.	1	12 000 zł	12 000
Szlifowanie podłogi z zanieczyszczeń i polerowanie	m ²	220	15,00 zł	3 000
Demontaż starej instalacji wod.-kan. i montaż nowej	Mb	20	400 zł	8 000
Demontaż starej aluminiowej instalacji elektrycznej i oświetlenia	Mb		w zależności od wykonawcy	15 000
Montaż nowej instalacji elektrycznej i oświetlenia (halogeny, plafony, gniazda, kontakty)	Mb		w zależności od wykonawcy	20 000

W wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2024 r., Zamawiający wskazał, że w zakres zamówienia określonego w pozycji nr 21 planu zamówień na 2019 rok wchodziło: rozebranie sufitu z płyt metalowych (w tym demontaż konstrukcji i zawiesi sufitu), rozebranie ścian drewnianych z płyt wiórowo-cementowych, demontaż lamp, luster i kinkietów, rozebranie ścianki z luksferów, demontaż instalacji aluminiowej, wykonanie zabudowy ścian i słupów z płyt GK, wykonanie podwieszanych sufitów, wykonanie ścianki aluminiowej z drzwiami aluminiowymi, modernizacja rozdzielni elektrycznej, wykonanie instalacji oświetleniowej oraz montaż tablicy oświetleniowej. Zamawiający wskazał, że nie możemy obecnie ustalić czy

w przedmiotowym planie była ujęta część kuchenna z uwagi na fakt, że osoby odpowiedzialne za merytoryczne przygotowanie planu w zakresie remontu restauracji w Olimpii na 2019 r. od dawna nie pracują.

W treści ww. wyjaśnień Zamawiający wskazał również, że zgodnie z umową najmu najemca miał wykonać remont przedmiotu najmu w taki sposób, aby mogła być w nim prowadzona działalność gastronomiczna na odpowiednim poziomie. Prace remontowe dotyczyły sali głównej restauracyjnej. Kuchnia została tylko pomalowana. Zgodnie z § 5 ust.

1 Umowy Wynajmujący wyraża zgodę na wykonanie w udostępnionych Najemcy pomieszczeniach, o których mowa w § 2 ust. 1 powyżej prac remontowych i adaptacyjnych o łącznej wartości nieprzekraczającej 126.000,00 zł netto. Zakres konkretnych prac będzie uzgadniany z Wynajmującym. Rozliczenie nakładów i kosztów, poniesionych przez Najemcę w związku z realizacją działań określonych w ust. 1, nastąpi po protokolarnym odbiorze prac remontowych przez Wynajmującego i ustaleniu zakresu wykonanych prac remontowych przez Najemcę wraz z ustaleniem ich wartości (§ 5 ust. 2 Umowy).

Wszelkie dokonane usprawnienia budowlane i zainstalowane na trwale urządzenia i materiały stają się częścią składową budynku oraz pomieszczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1, w szczególności wszelkie instalacje w ścianach, wykonane przegrody budowlane (za wyjątkiem zewnętrznych końcowych urządzeń klimatyzacji i wentylacji oraz zabudowy meblowej stanowiącej wyposażenie sali restauracyjnej) – bez prawa Najemcy do ich demontażu i odbioru oraz bez prawa żądania zwrotu kosztów poniesionych w związku z ich dokonaniem. Zakres prac remontowych winien być odnotowany w książce obiektu (§ 5 ust. 3 Umowy).

Zgodnie z § 9 ust. 1 Umowy Strony ustalają, iż z tytułu niniejszej umowy Najemca zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Wynajmującego czynszu najmu w wysokości 4 000,00 złotych netto miesięcznie (słownie: cztery tysiące złotych netto 00/100). Strony ustalają, iż pierwszy czynsz płatny będzie przez Najemcę po protokolarnym odbiorze prac, o którym mowa w § 5 ust. 2. W myśl § 9 ust. 2 Umowy rozliczenie czynszu i opłat dodatkowych, o których mowa w ust. 2 nastąpi w ten sposób, iż wartość czynszu i opłat dodatkowych będzie kompensowana z należnością z tytułu prac, o których mowa § 5 ust. 1 – do czasu całkowitego skompensowania przedmiotowej należności. Niezależnie od należności, o której mowa w ust. 1, Najemca zobowiązany jest do uiszczenia opłat dodatkowych związanych z korzystaniem z Przedmiotu najmu, w tym za: a) centralne ogrzewanie, b) dostawy energii elektrycznej, c) dostawy wody i odprowadzanie ścieków, d) śmieci.

W treści zawartego w dniu 6 lipca 2022 r. porozumienia do umowy najmu z dnia 1 stycznia 2022 r. wskazano, zważywszy, że: - Strony w dniu [1 stycznia 2022 r.] zawarły

Umowę, w ramach której Wynajmujący udostępnił Najemcy pomieszczenia restauracyjne wraz z urządzeniami, sprzętem gastronomicznym i kuchennym stanowiącym wyposażenie ww. pomieszczeń o łącznej powierzchni 386,68 m² zlokalizowane w obiekcie OLIMPIA położonym w Poznaniu przy ul. Towarowej 8 z przeznaczeniem na prowadzenie działalności gastronomicznej, - decyzją GN-XIX.68844.4.12.2018 Prezydenta Miasta Poznania z dnia 26 kwietnia 2022 r. orzeczono o wygaśnięciu trwałego zarządu sprawowanego przez KWP Poznań nad nieruchomością, w której znajduje się przedmiot najmu, - zgodnie z art. 46 ustawy o gospodarce nieruchomościami Umowa ulega rozwiązaniu po upływie 3 miesięcy od dnia wygaśnięcia trwałego zarządu, - nie nastąpił protokolarny odbiór prac remontowych przez Wynajmującego, o których mowa w § 5 Umowy. Zgodnie z § 1 ww. Porozumienia rozliczenie, o którym mowa w § 5 ust. 2 Umowy nastąpi po zawarciu przez Strony nowej umowy najmu. Do czasu zawarcia nowej umowy najmu Najemca upoważniony jest do korzystania z Przedmiotu najmu w celu realizacji zobowiązań ujętych w § 6 ust. 3 i 4 umowy najmu.

Najemca pismem z dnia 27 października 2023 r. w związku z przedłużającą się procedurą zawarcia nowej umowy najmu nieruchomości położonej w Poznaniu przy ul. Taborowej 8 (Olimpia), złożył oświadczenie, iż dotychczasowy najemca użytkujący lokal na podstawie porozumienia z dnia 06 lipca 2022 r. chciałby rozwiązać to porozumienie z jednoczesnym rozliczeniem poniesionych przez niego nakładów na przedmiot najmu – zgodnie z pozycjami przedłożonych wcześniej kosztorysów powykonawczych.

Na mocy porozumienia zawartego w dniu 31 października 2023 r. pomiędzy Centrum Usług Logistycznych IGB z siedzibą w Warszawie a Professional Poland Team Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu Wynajmujący wyraził zgodę na wykonanie przez Najemcę w udostępnionych mu pomieszczeniach prac remontowych i adaptacyjnych. Najemca wykonał w udostępnionych pomieszczeniach prace remontowe i adaptacyjne o łącznej wartości 477 714,02 zł netto. Umowa uległa rozwiązaniu w trybie art. 46 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Nie nastąpił protokolarny odbiór prac remontowych przez Wynajmującego. Strony w dniu 6 lipca 2022 r. zawarły porozumienie do Umowy, zgodnie z którym rozliczenie prac miało nastąpić po zawarciu nowej umowy najmu (dalej: „Porozumienie”), procedura uzyskania zgody KGP na zawarcie nowej umowy przedłużyła się. Według § 1 ww. Porozumienia Strony zgodnie postanawiają z dniem 31 października 2023 r. rozwiązać łączące Strony Porozumienie.

Zgodnie z § 2 ust. 1 ww. Porozumienia Najemca oświadcza, że przysługuje mu w stosunku do Wynajmującego roszczenie w wysokości 477 714,02 zł netto z tytułu wykonania prac remontowych i adaptacyjnych w pomieszczeniach restauracyjnych zlokalizowanych w obiekcie Olimpia w Poznaniu przy ul. Taborowej 8. Najemca oświadcza, iż

powyższa kwota wyczerpuje wszelkie roszczenia Najemcy w stosunku do Wynajmującego o zapłatę należności za wykonane prace adaptacyjne i remontowe i zrzeka się w stosunku do Wynajmującego powyższych roszczeń ponad kwotę 477 714,02 zł netto.

Wynajmujący oświadcza, iż na dzień 31.10.2023 r. przysługuje mu w stosunku do Najemcy roszczenie o zapłatę czynszu najmu oraz opłat dodatkowych za media w wysokości 132 673,92 zł netto (§ 2 ust. 1 Porozumienia).

W związku z rozwiązaniem Porozumienia Strony niniejszym postanawiają dokonać rozliczenia roszczenia przysługującego Najemcy, o którym mowa w ust. 1 z roszczeniem przysługującym Wynajmującemu, o którym mowa w ust. 2 w ten sposób, iż: 1) Najemca uznaje należność wynajmującego, o której mowa w pkt 2 i pomniejsza swoją należność za wykonane prace adaptacyjne i remontowe do kwoty 345 040,10 zł netto, 2) Należność najemcy brutto w kwocie 424 399,32 zł, będzie kompensowana z należnością brutto przysługującą Wynajmującemu z tytułu bezumownego korzystania z pomieszczeń restauracyjnych w wysokości 6 397,56 zł netto (18,00 zł za m² x 355,42 m²) miesięcznie do czasu zawarcia nowej umowy najmu; opłaty dodatkowe za media będą płatne przez Najemcę odrębnie na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wynajmującego poczynawszy od listopada br., 3) w sytuacji zawarcia przez Strony umowy najmu będzie ona określała zasady wzajemnych rozliczeń Stron z tytułu roszczeń przysługujących Stronom – Wynajmującemu z tytułu czynszu najmu, Najemcy z tytułu prac adaptacyjnych i remontowych, 4) w przypadku nieuzyskania zgody KGP na zawarcie umowy najmu Najemca zobowiązuje się opuścić pomieszczenia w terminie 90 dni od dnia otrzymania wezwania w tym zakresie natomiast Wynajmujący zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Najemcy nieskompensowanych należności przysługujących Najemcy za wykonane prace remontowe. Jednocześnie, wskazał, iż na pytanie Kontrolującego czy Zamawiający przed zawarciem umowy najmu z dnia 01.01.2022 r., dokonał szacowania wartości zamówienia, o którym mowa w § 2 ust. 5 Umowy, zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 28 i n. ustawy Pzp), jeśli nie - proszę o wyjaśnienie podstawy ustalenia przyjętego w Umowie limitu wartości prac remontowych i adaptacyjnych, tj. kwoty 126 000,00 zł netto (wskazanej w § 5 ust. 1 zd. 1 Umowy), Zamawiający udzielił w dniu 9 kwietnia 2024 r. odpowiedzi, iż Centrum Usług Logistycznych nie szacowało wartości, o której mowa w paragrafie 2 ust. 5 Umowy, kwotę 126 000,00 zł wpisano do umowy na podstawie wartości ujętej w planie zamówień publicznych na 2019 r., taka była wartość niezbędnych prac remontowych w Restauracji w naszej ocenie. W poz. 21 planu zamówień publicznych na 2019 r. wskazano następujące informacje: określenie przedmiotu zamówienia: remont restauracji Olimpia Poznań, CPV – 454421100-8, 45310000-3, 45311200-2, 45450000-6, rodzaj: robota budowlana, szacunkowa wartość zamówienia w PLN (netto): 128 000, wartość w euro 29 686, 67, planowana data wszczęcia postępowania: III kwartał, proponowany tryb udzielenia

zamówienia: przetarg nieograniczony. Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 5 marca 2024 r. wskazał, że *plan zamówień na rok 2019 został opracowany na podstawie analizy i rozeznania cen rynkowych podobnych usług, dostaw i robót budowlanych.*

W odpowiedzi na prośbę Urzędu z dnia 4 czerwca 2024 r. o przekazanie kopii dokumentu, na który powołał się Zamawiający w piśmie z dnia 05.03.2024 r., w odpowiedzi na pismo Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19.02.2024 r., tj.: dokumentu zawierającego analizę i rozeznanie cen rynkowych podobnych usług, dostaw i robót budowlanych, będącego podstawą opracowania Planu zamówień publicznych CUL na rok 2019 r. – dla poz. 21 tego planu (remont Restauracji Olimpia - Poznań), Zamawiający wskazał, że *nie dysponuje dokumentem w formie pisemnej z dokonanej analizy i rozeznania cen rynkowych.* Jednocześnie, wskazał, że na pytanie Kontrolującego o wskazanie związku przedmiotowej sprawy z następującymi sprawami cywilnymi: XVI GC 478/16, 2) XVI GC 439/17, 3) XVII GC 278/19, 4) V GNc 1903/16, na które powołał się Zamawiający w piśmie z dnia 09.04.2024 r. i w piśmie z dnia 05.03.2024 r. (cyt.: *Z uwagi na przegranie przez CUL procesów sądowych (w czterech innych sprawach), w których wykonawca dokonywał prac ponad zakres wskazany w umowie zawartej w ramach przepisów prawa zamówień publicznych CUL, mimo braku akceptacji zaistniałej sytuacji, z uwagi na wysokie ryzyko przegrania przedmiotowej sprawy na drodze sądowej i wysokie koszty z tym związane, podjął decyzję o dokonaniu rozliczeń przedmiotowych prac*), Zamawiający udzielił w dniu 18 lipca 2024 r. odpowiedzi, iż *wskazane przez CUL sprawy o charakterze podobnym do stanu faktycznego niniejszej sprawy pozostają w związku z niniejszą sprawą na tle ekonomicznym, bowiem jak wynika z przedłożonych orzeczeń i doświadczenia procesowego CUL niniejsza sprawa była skazana na niepowodzenie procesowe (fakt Wykonania prac ponad Zakres wskazany w umowie jest bezsporny), a mając na uwadze powołaną powyżej treść statutu CUL, zapobieżenie procesowi sądowemu w niniejszej sprawie pozwoliło CUL uniknąć nie tylko wieloletniego procesu sądowego, ale także „zaoszczędzić” koszty procesu na poziomie min. 36 000 zł.*

Wyjaśnił, iż o konieczności zastosowania przepisów ustawy Pzp, w szczególności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp, decyduje zawarcie przez ten podmiot umowy, która wskazuje cechy zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 7 pkt 32) ustawy Pzp przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw i usług.

Przez umowę odpłatną należy rozumieć porozumienie, w którym obie strony wykonują jakiegokolwiek świadczenie na rzecz drugiej strony, poprzez które następuje przysporzenie korzyści materialnych. Przysporzenie, a zatem odpłatność może być realizowana nie tylko przez zapłatę kwoty pieniężnej, ale również przez m.in. potrącenie wzajemnych wierzytelności. W sytuacji gdy zamawiający zawiera umowę najmu i chce jednocześnie uzyskać świadczenie w postaci robót budowlanych w przedmiocie najmu, wówczas nabywa on roboty budowlane. Potrącenie kwot należnych z tytułu czynszu najmu z kwotą należną podmiotowi, któremu zlecono wykonanie prac remontowych i adaptacyjnych w przedmiocie najmu stanowi o ich odpłatności (§ 9 ust. 1 z. 3 Umowy).

Zamawiającym, w rozumieniu art. 7 pkt 31 ustawy Pzp, przedmiotowe prace remontowe i adaptacyjne sali restauracyjnej i części kuchennej w obiekcie Olimpia było Centrum Usług Logistycznych w Warszawie. Zamawiający jako instytucja gospodarki budżetowej, stosownie do treści art. 9 pkt 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 305, z późn. zm., w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia Umowy), należy do jednostek sektora finansów publicznych. Zatem zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, Centrum Usług Logistycznych w Warszawie posiada status zamawiającego publicznego a więc podmiotu zobowiązanego do stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 7 pkt 21) ustawy Pzp przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz.Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.), zwanego dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Analiza załącznika II. Wykaz rodzajów działalności, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 6 lit. a) do dyrektywy 2014/24/UE (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65) w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, pozwala ustalić, iż prace polegające na wymianie: okładziny posadzki, wewnętrznej konstrukcji sufitów, okładziny ścian należy zakwalifikować do Działu 45: Budownictwo – obejmującego budowę nowych budynków i obiektów, remonty i ogólne naprawy, Grupa – 45.4: Wykonywanie robót budowlanych wykończeniowych, Klasa – 45.43: Wykonywanie podłóg i ścian, obejmująca układanie, wyklejanie, wieszanie lub instalowanie w budynkach lub innych obiektach budowlanych: - ceramicznych, betonowych lub kamiennych okładzin ściennych lub posadzek, - parkietów i innych posadzek drewnianych

oraz dywanów i linoleum, - w tym także z wykładziny z gumy lub tworzyw sztucznych, - okładzin ściennych lub posadzek z lastryka, marmuru, granitu lub łupka, - tapet, kod CPV: 45430000.

Prace polegające na montażu mebli w zabudowie, wymianie zabudowy meblarskiej baru i „wydawki” należy zakwalifikować do Działu 45 – Budownictwo, Grupa – 45.4 Wykonywanie robót budowlanych wykończeniowych, Klasa 45.42 – Zakładanie stolarki budowlanej, obejmująca: - zakładanie niewytworzonych we własnym zakresie drzwi, okien oraz ościeżnic drzwiowych i okiennych, kuchni do zabudowy, klatek schodowych, wyposażenia sklepów itp. wykonanych z drewna lub innych materiałów, - elementy wykończenia wnętrz, jak np. sufity, drewniane okładziny ścian, ścianki działowe itd., kod CPV: 45420000.

Prace polegające na wymianie wyposażenia stałego jak wentylacja i klimatyzacja należy zakwalifikować do Działu 45 – Budownictwo, Grupa – 45.3 Wykonywanie instalacji budowlanych, Klasa 45.33 – Wykonywanie instalacji ciepłych, wodnych, wentylacyjnych i gazowych, obejmująca m.in. instalacje urządzeń wentylacyjnych lub klimatyzacyjnych, CPV: 45330000.

Zatem analiza załącznika II do dyrektywy 2014/24/UE pozwala ustalić, iż prace polegające na wymianie okładziny posadzki, wewnętrznej konstrukcji sufitów, okładziny ścian, montażu mebli w zabudowie, wymianie zabudowy meblarskiej baru i „wydawki” oraz remont części kuchennej, łącznie z wymianą wyposażenia stałego jak wentylacja, klimatyzacja (§ 2 ust. 5 Umowy) należy zakwalifikować jako roboty budowlane.

Zgodnie z § 5 ust. 1 Umowy zakres konkretnych prac remontowych i adaptacyjnych miał być uzgadniany z Zamawiającym. Przepisy ustawy Pzp stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 zł, przez zamawiających publicznych (art. 2 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp). Zgodnie z art. 28 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżać wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Zatem zamawiający ma obowiązek dołożenia należytej staranności przy dokonywaniu czynności ustalania wartości zamówienia. Właściwe ustalenie wartości zamówienia ma doniosłe znaczenie dla prawidłowego zakwalifikowania zamówienia jako zamówienia powyżej lub poniżej wartości, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp (sytuacji, kiedy ustawy nie stosuje się) czy powyżej lub poniżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp (procedura

krajowa lub unijna), jak również na dalszych etapach postępowania. Ustalenie wartości zamówienia stanowi czynność przygotowawczą postępowania i determinuje dalsze działania zamawiającego zmierzające do udzielenia zamówienia (uchwała KIO z dnia 17 kwietnia 2020 r., sygn. akt: KIO/KD 18/20).

Zatem mimo braku obowiązku stosowania ustawy Pzp z powodu wartości planowanego zamówienia zamawiający winien w pierwszej kolejności, stosując zasady szacowania z art. 28 i n. ustawy Pzp ustalić wartość planowanego zamówienia. Dopiero gdy zamawiający ustali, że wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w art. 2 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, może nie stosować jej dalszych postanowień (uchwała KIO z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO/KD 14/16). Pojęcie należytej staranności definiuje art. 355 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740, w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia Umowy), w którym wskazano, że dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Wzorzec należytej staranności powinien mieć charakter obiektywny. Ustalenie wartości zamówienia z należyta starannością oznacza wybór właściwej metody dokonania takiego szacunku oraz zastosowanie adekwatnych technik ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy. Miara należytej staranności jest jej rzetelność prowadząca do ustalenia wartości zamówienia w kwocie możliwie najbliższej cenie rynkowej danego zamówienia /(red.) H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, s. 201, Warszawa 2023, wyd. II/. Zatem wartość szacunkowa zamówienia ma być przede wszystkim wartością realną, tj. jak najbardziej odpowiadającą rzeczywistej rynkowej wartości przedmiotu zamówienia. (wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 802/15).

W odniesieniu do zamówień na roboty budowlane ustawodawca w art. 34 ust. 1 ustawy Pzp przewidział szczególne warunki szacowania wartości tego rodzaju zamówień. Zgodnie ze wskazanym przepisem wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie: 1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2023 r. poz. 682, 553 i 967); 2) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia,

metody i podstawy: 1) sporządzania kosztorysu inwestorskiego, 2) obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym - uwzględniając dane techniczne, technologiczne i organizacyjne, mające wpływ na wartość zamówienia (art. 34 ust. 2 ustawy Pzp).

Zgodnie z powyższym, Zamawiający w momencie szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane powinien dysponować dokumentacją techniczną określającą opis przedmiotu zamówienia, która umożliwi ustalenie wartości zamówienia na roboty budowlane z należytą starannością. W stanie faktycznym sprawy określona w § 5 z. 1 Umowy maksymalna wartość prac remontowych i adaptacyjnych, tj. 126 000, 00 zł netto, nie może zastąpić obowiązku ustalenia wartości przedmiotowego zamówienia z należytą starannością.

Jak wskazał Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia 2024 r. kwotę 126 000,00 zł netto *wpisano do umowy na podstawie wartości ujętej w planie zamówień publicznych na 2019 r.* W poz. 21 *Planu zamówień publicznych dla CUL na 2019 r.* z dnia 11 lutego 2019 r. dla *remontu restauracji Olimpia Poznań* wskazano kwotę 128 000,00 zł netto. Z kolei z dokumentu pn. *Przybliżona wycena nakładów na remont restauracji*, dalej: *Przybliżona wycena*, sporządzonego w 2019 r. przez Pana J.G. – inspektora nadzoru robót budowlanych wynika, że przybliżona kwota na remont restauracji to 126 800,00 zł netto.

Zwrócił uwagę, że wartość prac remontowych i adaptacyjnych została określona w Umowie na podstawie określonej w *Planie zamówień publicznych dla CUL na 2019 rok* orientacyjnej wartości zamówienia dla remontu restauracji Olimpia - Poznań. Należy podkreślić, że orientacyjna wartość zamówienia stanowi przypuszczalną wartość planowanych robót budowlanych, dostaw lub usług, ustalaną w momencie sporządzania planu postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Natomiast czym innym jest wartość szacunkowa zamówienia, o której mowa w art. 28 ustawy Pzp, ustalana z należytą starannością w terminie określonym w art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, dopiero gdy zamawiający określi jakiego zamówienia będzie udzielać oraz jaka będzie jego wielkość i zakres. Tym samym, określenie wartości prac remontowych i adaptacyjnych na podstawie orientacyjnej wartości zamówienia określonej w *Planie zamówień publicznych dla CUL na 2019 rok* nie może być uznane za dokonane z należytą starannością.

Co istotne, od chwili sporządzenia *Planu zamówień publicznych dla CUL na 2019 r.*, tj. od dnia 11 lutego 2019 r. do momentu zawarcia Umowy w dniu 1 stycznia 2022 r. upłynęły prawie 3 lata. W tym czasie gwałtownej zmianie uległy warunki gospodarcze, mające wpływ na ustalenie wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia. Epidemia covid-19, czynniki inflacyjne, popyt i podaż (pogarszające się warunki gospodarcze wyhamowały rynek usług budowlanych i inwestycje budowlane) i spowodowały w krótkim czasie wzrost cen

materiałów budowlanych, wzrost cen robocizny (w związku z brakiem pracowników). Zamawiający powinien uwzględnić ww. obiektywne okoliczności ustalając wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, czego Zamawiający w sprawie nie uczynił.

Zamawiający ustalając wartość szacunkową zamówienia, powinien także wziąć pod uwagę pełny zakres przedmiotu zamówienia. W stanie faktycznym sprawy zakres prac remontowych i adaptacyjnych określony w § 2 ust. 5 Umowy został rozszerzony w stosunku do zakresu prac remontowych i adaptacyjnych określonego dla *Planu zamówień publicznych dla CUL na 2019 r.* (zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2024 r. dotyczącymi zakresu zamówienia określonego w poz. nr 21 *Planu zamówień publicznych dla CUL na 2019 r.*) oraz w *Przybliżonej wycenie*, o następujące prace remontowe i adaptacyjne: montaż mebli w zabudowie, wymiana zabudowy meblarskiej baru i „wydawki”, wymiana w części kuchennej wyposażenia stałego jak klimatyzacja i wentylacja. Tym samym należy uznać, że określenie wartości Umowy na podstawie wartości z *Planu zamówień publicznych dla CUL na 2019 r.*, która została ustalona dla zakresu zamówienia nie obejmującego ww. prac remontowych i adaptacyjnych, nie może być uznane za dokonane z należytą starannością. W sprawie niewątpliwym jest, że Zamawiający określając wartość Umowy z dnia 1 stycznia 2022 r. na podstawie *Planu zamówień publicznych dla CUL na 2019 rok* nie uwzględnił ani aktualnych na dzień zawarcia Umowy realiów rynkowych ani pełnego zakresu prac remontowych i adaptacyjnych określonych w Umowie, miał na celu ustalenie wartości przedmiotowego zamówienia poniżej progu stosowania ustawy Pzp, a tym samym dążył do jej obejścia. Powyższe potwierdza również okoliczność, że łączna wartość zrealizowanych prac remontowych i adaptacyjnych wyniosła 477 714,02 zł netto (587 588,24 zł brutto), a więc wartość udzielonego zamówienia niemal czterokrotnie przewyższyła jego wartość określoną przez Zamawiającego w Umowie. Podkreślił, że zakres zrealizowanych prac remontowych, jak wskazał Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2024 r., obejmował zasadniczo remont restauracji, a remont kuchni ograniczył się wyłącznie do pomalowania ścian. Zatem powyższe potwierdza dobitnie nierealność wskazanej przez Zamawiającego w Umowie wartości prac remontowych i adaptacyjnych, które zgodnie z § 2 ust. 5 Umowy obejmowały swoim zakresem także remont części kuchennej, łącznie z wymianą wyposażenia stałego jak wentylacja, klimatyzacja. Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego wyrażonych w wyjaśnieniach z dnia 5 marca 2024 r., iż *celem i zamiarem CUL było wyłącznie wynajęcie pomieszczeń restauracyjnych* oraz, że *głównym przedmiotem Umowy najmu jest wynajem pomieszczeń restauracji, a główny przedmiot umowy jest decydujący dla oceny charakteru prawnego umowy i ustalenia czy mają zastosowanie przepisy ustawy prawo zamówień publicznych*, należy stwierdzić, że w stanie faktycznym sprawy nie mają zastosowania przepisy art. 24-27 ustawy Pzp (określające na podstawie

jakich przepisów udziela się zamówień mieszanych), w tym reguły stosowania przepisów ustawy Pzp właściwe ze względu na główny przedmiot zamówienia, tj. taki, który jest głównym celem zamawiającego i jego pierwotnym zamiarem (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Wybór podmiotu, któremu Zamawiający oddał do używania pomieszczenia restauracji w obiekcie Olimpia w Poznaniu, które Zamawiający wynajmował od Skarbu Państwa - Komendanta Wojewódzkiego Policji w Poznaniu (zgodnie z § 2 ust. 2 Umowy: *Wynajmujący oświadcza, iż otrzymał zgodę Skarbu Państwa – Komendanta Wojewódzkiego Policji w Poznaniu na oddanie Przedmiotu najmu w podnajem z przeznaczeniem na cel wskazany w [ust.] 1*), nie stanowi zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający nie nabywał samą tą czynnością dostaw, usług lub robót budowlanych, a jedynie dysponował wynajmowanym mieniem. W sytuacji gdy zamawiający chciał jednocześnie uzyskać świadczenie w postaci robót budowlanych w przedmiocie najmu, wówczas nabywał on roboty budowlane. Potrącenie kwot należnych z tytułu czynszu najmu z kwotą należną podmiotowi, któremu zlecono wykonanie prac remontowych i adaptacyjnych w przedmiocie najmu stanowi o ich odpłatności (§ 9 ust. 1 z. 3 Umowy).

Ponadto odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, wyrażonego w wyjaśnieniach z dnia 18 lipca 2024 r., że *zapobieżenie procesowi sądowemu w niniejszej sprawie pozwoliło CUL uniknąć nie tylko wieloletniego procesu sądowego, ale także „zaoszczędzić” koszty procesu na poziomie min. 36 000 zł*, należy stwierdzić, iż powyższa okoliczność pozostaje bez wpływu na ocenę zasadności stwierdzonych naruszeń w przedmiotowej sprawie. Mając na uwadze powyższe należy uznać, że Centrum Usług Logistycznych w Warszawie udzielając przedmiotowego zamówienia było zobowiązane do stosowania ustawy Pzp. Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada wyrażona ww. przepisie, przy uwzględnieniu zasady legalizmu działania zamawiającego, nakłada na zamawiającego obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe oraz uwzględniając ustalenia dotyczące stanu faktycznego sprawy, w tym wyjaśnienia Zamawiającego należy stwierdzić, że Zamawiający poprzez brak ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością i tym samym doprowadzenie do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp naruszył art. 28 i 29 ust. 1 ustawy Pzp a w konsekwencji naruszył art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia z 3 września 2024 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych drogą elektroniczną w tym samym dniu) (znak sprawy: CUL/1632/2024) do wyników kontroli doraźnej, w których podniósł co następuje. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający, nie później niż w terminie 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego przez uprawniony organ, sporządzają plan postępowań o udzielenie zamówień, jakie przewidują przeprowadzić w danym roku finansowym. Zgodnie z art. 23 ust. 3 pkt 4) ustawy Pzp plan zamówień publicznych zawiera orientacyjną wartość zamówienia. Orientacyjna wartość zamówienia nie jest równoznaczna wartości zamówienia. Orientacyjna wartość zamówienia jest przypuszczalną wartością planowanych robót budowlanych, dostaw lub usług i do jej ustalenia Zamawiający może wykorzystać informacje dotyczące podobnych zamówień udzielonych w latach ubiegłych czy też pozyskane wskutek rozeznania rynku. Podstawą ustalenia orientacyjnej wartości zamówienia nie musi być również opis przedmiotu zamówienia, opisany zgodnie z przepisami art. 99 i dalszych ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, wskazał, iż Centrum Usług Logistycznych w momencie sporządzania planu zamówień publicznych na 2019 rok nie był zobowiązany do zastosowania art. 34 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem art. 34 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy szacowania wartości zamówienia, a nie szacowania orientacyjnej wartości zamówienia na potrzeby sporządzenia planu zamówień publicznych. Centrum Usług Logistycznych ani w 2021 roku ani w 2022 roku nie planował remontu obiektu Olimpia przy ulicy Taborowej 8 w Poznaniu, na dowód czego w załączeniu przedkładał plan zamówień publicznych Centrum Usług Logistycznych na rok 2021 i na rok 2022, który nie uwzględniał ww. prac. Intencją Centrum Usług Logistycznych było tylko wynajęcie lokalu w celu zapewnienia wyżywienia gościom obiektu Olimpia przy ulicy Taborowej 8 w Poznaniu, na potwierdzenie czego Centrum Usług Logistycznych ponownie dołącza treść ogłoszenia z dnia 12 sierpnia 2021 roku. O powyższym fakcie świadczy również treść projektu umowy, która miała być zawarta z najemcą oraz wniosek do trwałego zarządcy nieruchomości, w której znajduje się będące przedmiotem umowy pomieszczenie. Zatem wskazać należy, iż wartość szacunkowa zamówienia nie była przez Centrum Usług Logistycznych szacowana, ponieważ jak należy podkreślić intencją Centrum Usług Logistycznych nie było przeprowadzanie remontu. W ocenie Centrum Usług Logistycznych głównym przedmiotem umowy był najem lokalu a nie prace remontowe. O powyższym świadczą opisane powyżej okoliczności oraz fakt, iż wartość prac remontowych wskazanych w umowie w stosunku do wartości umowy najmu była niższa. Centrum Usług Logistycznych wskazało, iż prace remontowe mógł przeprowadzić tylko najemca bowiem ze względów technicznych, organizacyjnych ekonomicznych i całościowych tylko on mógł określić w jaki sposób należy dostosować przedmiot umowy

najmu do prowadzonej przez siebie działalności. Mając powyższe na uwadze, zdaniem Centrum Usług Logistycznych nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Prezes UZP w odpowiedzi z 17 września 2024 r. (znak: DKZP.WKZ3.442.26.2024.OL KND/25/24/DKZP) na zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą doraźną wskazał, iż podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 28 i 29 ust. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 22 sierpnia 2024 r.

W pierwszej kolejności wskazał, iż podniesione przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej argumenty zmierzające do wykazania braku obowiązku stosowania przez Zamawiającego art. 34 ust. 1 ustawy Pzp do ustalenia orientacyjnej wartości zamówienia dla remontu restauracji Olimpia - Poznań wskazanej w poz. 21 w *Planie zamówień publicznych dla CUL na 2019 rok*, nie odnoszą się do stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 22 sierpnia 2024 r. naruszenia, jakim był brak ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością i tym samym doprowadzenie do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj.: naruszenie art. 28 i 29 ust. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem ww. argumentacja Zamawiającego jest bezprzedmiotowa, jako nie dotycząca istoty stwierdzonego naruszenia. W treści zastrzeżeń zamawiający wskazał, iż *wartość szacunkowa zamówienia nie była przez CUL szacowana, ponieważ jak należy podkreślić intencją CUL nie było przeprowadzanie remontu*. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli o konieczności zastosowania przepisów ustawy Pzp, w szczególności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp, decyduje zawarcie przez ten podmiot umowy, która wskazuje cechy zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 7 pkt 32) ustawy Pzp przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw i usług. Przez umowę odpłatną należy rozumieć porozumienie, w którym obie strony wykonują jakiekolwiek świadczenie na rzecz drugiej strony, poprzez które następuje przysporzenie korzyści materialnych. Przysporzenie, a zatem odpłatność może być realizowana nie tylko przez zapłatę kwoty pieniężnej, ale również przez m.in. potrącenie wzajemnych wierzytelności. Tym samym w okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający do wyboru wykonawcy był obowiązany zastosować ustawę Pzp. O ile bowiem do umowy najmu nie stosuje się ustawy Pzp, to w analizowanej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, gdy w istocie zawarta umowa najmu zmierzała do uzyskania robót budowlanych. Potrącenie kwot należnych z tytułu czynszu najmu z kwotą należną podmiotowi, któremu zlecono wykonanie prac

remontowych i adaptacyjnych stanowi o ich odpłatności (§ 9 ust. 1 z. 3 Umowy). Zatem zawarta w dniu 1 stycznia 2022 r. Umowa bez stosowania ustawy Pzp, w istocie dotyczyła zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Nadto wskazał, że brak przewidzenia przedmiotowego remontu w planie postępowań o udzielenie zamówień na 2022 r., nie zwalniał Zamawiającego z obowiązku ustalenia z należytą starannością jego wartości (art. 28 ustawy Pzp). Co więcej, stosownie do treści art. 23 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zapewnić aktualność planu postępowań o udzielenie zamówień także w sytuacji gdy zamawiający zmienia swoje *plany zakupowe* po zamieszczeniu planu.

Natomiast odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, *iż prace remontowe mógł przeprowadzić tylko najemca bowiem ze względów technicznych, organizacyjnych ekonomicznych i całościowych tylko on mógł określić w jaki sposób należy dostosować przedmiot umowy najmu do prowadzonej przez siebie działalności*, należy wskazać, że powyższe okoliczności mają charakter irrelevantny z punktu widzenia stwierdzonych naruszeń, bowiem pozostają bez wpływu na obowiązek stosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym art. 28 i 29 ust. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze Zamawiający w przedmiotowej sprawie naruszył art. 28 i 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością i tym samym doprowadził do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszył art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 610 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 610 ust. 3 ustawy Pzp wydać niniejszą uchwałę.

Izba ustaliła, że stan faktyczny został w toku kontroli ustalony prawidłowo i nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Kwestią sporną była ocena prawna stwierdzonych przez Prezesa UZP naruszeń w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, tj. przepisów art. 28 i 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością i tym samym doprowadzenie do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W tym zakresie, Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w Informacji o wynikach kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszone przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli doraźnej, należy uznać, iż w przedmiotowej sprawie istniały uzasadnione podstawy do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów. Izba w pełni podzieliła argumentację Prezesa UZP wyrażoną w szczególności w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli, uznając ją za własną. Z tej przyczyny ograniczy się jedynie do podkreślenia pewnych zasadniczych kwestii.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że należy zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa UZP, że o konieczności zastosowania przepisów ustawy Pzp, czyli przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp, decyduje zawarcie przez ten podmiot umowy, która wskazuje cechy zamówienia publicznego. Niewątpliwie, zgodnie z art. 7 pkt 32) ustawy Pzp przez zamówienie rozumie się umowę odpłatną zawieraną między Zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez Zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw i usług. Przez umowę odpłatną należy rozumieć porozumienie, w którym obie strony wykonują jakiegokolwiek świadczenie na rzecz drugiej strony, poprzez które następuje przysporzenie korzyści materialnych. Przysporzenie, a zatem odpłatność może być realizowana nie tylko przez zapłatę kwoty pieniężnej, ale również przez m.in. potrącenie wzajemnych wierzytelności, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

W efekcie Zamawiający do wyboru wykonawcy był obowiązany zastosować ustawę Pzp. O ile bowiem do umowy najmu nie stosuje się ustawy Pzp, to w przedmiotowej sprawie, w istocie zawarta umowa najmu zmierzała do uzyskania robót budowlanych. Potrącenie kwot należnych z tytułu czynszu najmu z kwotą należną podmiotowi, któremu zlecono wykonanie prac remontowych i adaptacyjnych stanowi bezsprzecznie o ich odpłatności (§ 9 ust. 1 z. 3 umowy). Zatem zawarta w dniu 1 stycznia 2022 r. umowa bez stosowania ustawy Pzp, w istocie dotyczyła zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Dodatkowo, nieprzewidzenie remontu w planie postępowań o udzielenie zamówień na 2022 r. nie mogło skutkować zwolnieniem Zamawiającego z obowiązku ustalenia z należytą starannością jego wartości zgodnie z art. 28 ustawy Pzp, tym bardziej, że art. 23 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający ma obowiązek zapewnić aktualność planu o udzielenie zamówień także gdy Zamawiający zmienia swoje plany zakupowe po zamieszczeniu planu.

Izba także wskazuje, że od dnia sporządzenia Planu zamówień publicznych dla Zamawiającego na 2019 r. (11 lutego 2019 r.) do momentu zawarcia umowy w dniu 1 stycznia 2022 r. minęło prawie 3 lata, uległy więc zmianie warunki gospodarcze. W efekcie powyższe okoliczności Zamawiający był zobowiązany uwzględnić przy ustaleniu wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia, czemu nie sprostał. Świadczy to również bezsprzecznie o tym, że Zamawiający nie ustalił wartości szacunkowej zamówienia z należytą starannością. Dodatkowo potwierdza to także okoliczność, że łączna wartość zrealizowanych prac remontowych i adaptacyjnych wyniosła 477 714,02 zł netto (587 588,24 zł brutto), a więc wartość udzielonego zamówienia niemal czterokrotnie przewyższyła jego wartość określoną przez Zamawiającego w umowie (126.000,00 zł netto – na podstawie wartości wpisanej w planie zamówień publicznych na 2019 r.).

Nadto, konieczne jest wskazanie na przepisy z Rozdziału 4 ustawy Pzp dotyczące stosowania przepisów ustawy do zamówień o charakterze mieszanym. Należy bowiem zauważyć, że remont i najem nie musiały być poddane jednemu zamówieniu, niewątpliwie były to zamówienia podzielne (okoliczność notoryjna). Zamawiający mógł wobec tego wykonać remont, a następnie udzielić najmu, ale jeśli zdecydował się na objęcie obu elementów jednym zamówieniem, to zamówienie to miało charakter mieszany i zastosowanie mają przepisy art. 24 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 3 pkt 5 ustawy Pzp.

W rezultacie, jeżeli Zamawiający nie podzielił zadania osobno na najem niepodlegający przepisom ustawy Pzp i osobno na remont podlegający ustawie jako robota budowlana, to zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie część, do której nie stosuje się przepisów ustawy oraz część do której mają zastosowanie przepisy ustawy, to stosuje się przepisy właściwe dla części do której mają zastosowanie przepisy ustawy, niezależnie od wartości części, do której nie stosuje się przepisów ustawy.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 610 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....