

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 11. 02. 2016 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zamawiającego z dnia 11 lutego 2016 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Burmistrza Gminy Nowogard Plac Wolności, 72 – 200 Nowogard**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 stycznia 2016 roku znak nr UPZ/DKD/DWKZ/421/60(4)/15/AR KND/32/15/DK

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia na „*Świadczenia usług prawniczych związanych z procesem partnerstwa publiczno-prywatnego w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodą i zbiorowego odprowadzania ścieków w Gminie Nowogard w latach 2012 - 2015*”

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Emil Kawa</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Magdalena Grabarczyk</b>
	<b>Ewa Kisiel</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie**

**U z a s a d n i e**

Zamawiający Gmina Nowogard prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług prawniczych związanych z procesem partnerstwa publiczno – prywatnego w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków w Gminie Nowogard w latach 2012 – 2015.

W tym zakresie Zamawiający zawarł trzy umowy: **I.** umowa z dnia 31 maja 2012 r., zmieniona aneksem z dnia 19 lutego 2013 r. – brak stosowania Pzp, **II.** umowa z dnia 15 kwietnia 2014 r. – brak stosowania ustawy Pzp, **III.** umowa z dnia 2 stycznia 2015 r.,

zmieniona aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r. – zawarta w oparciu o przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Odnosząc się skrótowo w zakresie ww. umów wskazać należy, że Zamawiający na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp zawarł z Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. bez stosowania przepisów ustawy Pzp dwie umowy, tj. umowę z dnia 31 maja 2012 r., zmienioną aneksem z dnia 19 lutego 2013 r. na świadczenie usług związanych z wyborem modelu świadczenia na terenie Gminy Nowogard usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków (I umowa), oraz umowę z dnia 15 kwietnia 2014 r., której przedmiotem było świadczenie usług doradczych związanych z zawarciem i wdrożeniem umowy partnerstwa publiczno – prywatnego oraz umowy dzierżawy pomiędzy Gminą Nowogard a partnerem prywatnym (II umowa).

Z kolei w dniu 2 stycznia 2015 r. Zamawiający zawarł, jak wskazał w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2015 r. w trybie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, z Kancelarią Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Poznaniu umowę obejmującą świadczenie usług prawnych, polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, zmienioną aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r. (III umowa). Jednocześnie, w ww. wyjaśnieniach Zamawiający wskazał, że z uwagi na okoliczność, iż ww. zamówienie publiczne nie przekraczało wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, można by przyjąć, iż ustawy Pzp do jego udzielenia się nie stosowało. Zauważyć również należy, iż w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o udzieleniu ww. zamówienia publicznego. Dodać należy, że Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. oraz Kancelaria Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Poznaniu są podmiotami blisko współpracującymi ze sobą i to ww. Kancelaria, która w ramach postępowania o zawarcie I umowy złożyła swoją ofertę, zarekomendowała do wykonania usług konsultingowych w ramach tejże umowy Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k., którą to rekomendację Zamawiający uwzględnił.

Jeśli chodzi o wartość ww. umów to wskazać należy, że Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2015 r. podanych na wezwanie Prezesa Urzędu wskazał wartości poszczególnych usług w ramach każdej z ww. umów, co znalazło odzwierciedlenie na stronie pierwszej Informacji o wyniku kontroli doraźnej, gdzie podając wartość zamówienia wskazano, że I. umowa z dnia 31 maja 2012 r., zmieniona aneksem z dnia 19 lutego 2013 r. dotyczyła wartości - 49 880 zł, II. umowa z dnia 15 kwietnia 2014 r. – 76 150 zł, a III. umowa z dnia 2 stycznia 2015 r., zmieniona aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r. – dotyczyła wartości zamówienia na kwotę 100 000 zł. Łączna wartość ww. trzech umów wynosiła 226 030,00 zł netto.

## **Zakres przedmiotowy ww. umów wg. ustaleń Prezesa UZP**

### I. Umowa nr GKMiOŚ.272.1.2012.AN z dnia 31 maja 2012 r. wraz z aneksem nr 1/2013 z dnia 19 lutego 2013 r.

W dniu 31 maja 2012 r. Zamawiający zawarł w trybie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp z wykonawcą – Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. umowę nr GKMiOŚ.272.1.2012.AN na świadczenie usług związanych z wyborem modelu świadczenia na terenie Gminy Nowogard usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, w ramach której wykonawca zobowiązany był do: **1)** sporządzenia analizy aktualnie obowiązującego w Gminie Nowogard modelu świadczenia usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, **2)** wskazania możliwych do zastosowania modeli realizacji zadania z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, wraz z określeniem dla każdego z modeli: kosztów jego wdrożenia, wstępnej oceny możliwości wykorzystania w modelu mienia komunalnego, czasu niezbędnego do wdrożenia modelu w życie, zalet oraz ryzyk prawnych związanych z wdrożeniem modelu, opisem czynności niezbędnych do podjęcia przez Gminę, w tym uchwał rady gminy, **3)** wskazania sposobu rozliczenia aktualnie obowiązującej umowy łączącej Gminę Nowogard z operatorem sieci wod – kan wraz z oszacowaniem potencjalnych kosztów rozliczenia, w oparciu o aktualne wartości księgowe majątku, **4)** po podjęciu decyzji w przedmiocie wyboru modelu realizacji przez Gminę usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków usługi miały obejmować: przygotowanie niezbędnych projektów uchwał rady gminy, przygotowanie projektów dokumentów niezbędnych do rozliczenia z dotychczasowym operatorem sieci wodociągowo – kanalizacyjnej, wskazanie trybu nawiązania współpracy z operatorem, sporządzenie SIWZ albo dokumentu równoważnego, opracowanie wzorów umów z operatorem, opracowanie projektów ogłoszeń o postępowaniu do właściwych publikatorów i ogłoszeń o zmianach, pomoc w przygotowaniu odpowiedzi na zapytania oferentów formułowane w toku postępowania, udział w negocjacjach z oferentami, w tym rozstrzyganie zagadnień proceduralnych w toku postępowania oraz weryfikację protokołu z postępowania.

Jak wynika z § 2 ww. umowy, wykonawca zobowiązany był wykonać prace, o których mowa w ww. punktach 1 – 3 do dnia 31 lipca 2012 r., a wskazane w ww. punkcie 4 do dnia 31 grudnia 2012 r. Z tytułu realizacji usług objętych ww. umową wykonawca – Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. miał otrzymać wynagrodzenie w kwocie **56 580 zł** brutto, płatne w trzech ratach.

W dniu 19 lutego 2013 r. strony ww. umowy nr GKMiOŚ.272.1.2012.AN zawarły aneks nr 1/2013 w związku z niezakończeniem do dnia 31 grudnia 2012 r. postępowania dotyczącego wyboru partnera prywatnego świadczącego na terenie Gminy Nowogard usługi z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków. W

przedmiotowym aneksie strony postanowiły, iż usługi będące przedmiotem umowy z dnia 31 maja 2012 r., tj. udział w negocjacjach z oferentami, w tym rozstrzygnięcie zagadnień proceduralnych w toku postępowania oraz weryfikacja protokołu postępowania, wykonawca Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. będzie świadczył do **dnia 30 kwietnia 2013 r.**, z zastrzeżeniem, iż termin ten za zgodą stron może zostać przedłużony.

Jednocześnie zastrzeżono, iż za ewentualne świadczenie usług po tej dacie (30 kwietnia 2013 r.), zleceniobiorcy będzie przysługiwało wynagrodzenie w wysokości 490 zł netto za każdy dzień pracy prawnika w siedzibie zamawiającego oraz zwrot kosztów podróży w zryczałtowanej wysokości 235 zł netto.

W wyjaśnieniach z dnia 29 stycznia 2015 r. Zamawiający wskazał, iż Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. po dniu 30 kwietnia 2013 r. świadczyła na rzecz Zamawiającego usługi doradcze związane z wyborem modelu świadczenia na terenie Gminy Nowogard usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, z tytułu których w okresie od maja 2013 r. do kwietnia 2014 r. wypłaciła ww. zleceniobiorcy wynagrodzenie w wysokości 3 880 zł netto + VAT.

Łącznie z tytułu realizacji umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem nr 1/2013 z dnia 19 lutego 2013 r., Zamawiający wypłacił na rzecz Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. wynagrodzenie w wysokości 49 880,00 zł + VAT, tj. 61 352,40 zł brutto.

## II. Umowa nr GKMIOŚ.272.3.2014.AW z dnia 15 kwietnia 2014 r.

W dniu 15 kwietnia 2014 r. Zamawiający zawarł z wykonawcą – Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. umowę nr GKMIOŚ.272.3.2014.AW, której przedmiotem było świadczenie usług doradczych wiążących się z: 1) zawarciem i wdrożeniem umowy partnerstwa publiczno – prywatnego oraz umowy dzierżawy pomiędzy Gminą Nowogard a wybranym partnerem prywatnym spółką Wasserverband Lausitz Betriebsführung GmbH, w tym: sprawdzenie dokumentacji formalno – prawnej związanej z wybraną przez partnera prywatnego instytucjonalną formą prowadzenia działalności na terenie Gminy Nowogard, sprawdzenie dokumentacji związanej z uzyskaniem wszelkich zezwoleń na prowadzenie działalności przez partnera prywatnego oraz udział w negocjacjach w przypadku wystąpienia rozbieżności pomiędzy stronami umów PPP i dzierżawy oraz 2) rozliczeniem z dotychczasowym podmiotem świadczącym usługi wod – kan na terenie Gminy Nowogard, tj. PUWiS Sp. z o.o.

Z tytułu realizacji usług będących przedmiotem umowy zleceniobiorca miał otrzymać wynagrodzenie w kwocie 300 zł netto + VAT za każdą godzinę pracy oraz 2000 zł netto + VAT za każdą wizytę przedstawiciela zleceniobiorcy w siedzibie zamawiającego albo w innym miejscu na terytorium RP, bez względu na ilość osób reprezentujących zleceniobiorcę oraz liczbę rzeczywiście przepracowanych przez nie w trakcie wizyty godzin.

Ww. umowę strony zawarły na czas nieoznaczony z możliwością jej rozwiązania przez każdą ze stron z zachowaniem miesięcznego terminu wypowiedzenia przypadającego na ostatni dzień miesiąca następującego po miesiącu, w którym wypowiedzenie zostało dokonane.

W wyjaśnieniach z dnia 29 stycznia 2015 r. Zamawiający wskazał, iż z tytułu realizacji umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. do dnia udzielenia wyjaśnień, wykonawcy Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. wypłacił wynagrodzenie w wysokości **76 150 zł netto + VAT, tj. 93 664,50 zł brutto**. Ponadto, Zamawiający wskazał, że mimo iż ww. umowa została zawarta na czas nieoznaczony, to dla oszacowania przedmiotu zamówienia, Gmina Nowogard przyjęła termin 31 marca 2015 r. Ze względu na fakt, iż do dnia 31 grudnia 2014 r. zawarta została umowa dzierżawy infrastruktury wodociągowej i kanalizacyjnej między Gminą a PUWiS Sp. z o.o. uznano bowiem, iż do całkowitego rozliczenia Gminy Nowogard z dotychczasowym operatorem wodociągowo – kanalizacyjnym dojdzie do dnia 31 marca 2015 r.

Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 14 kwietnia 2015 r. Zamawiający uzupełniająco wyjaśnił, że Spółka Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. po dniu 31 marca 2015 r. nie będzie świadczyła na rzecz Gminy Nowogard żadnych usług oraz że w okresie od stycznia 2015 roku do dnia udzielenia wyjaśnień (14 kwietnia 2015 r.) zamawiający nie wypłacił ww. zleceniobiorcy żadnego wynagrodzenia z tytułu umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r.

Jednocześnie, w wyjaśnieniach z dnia 14 kwietnia 2015 r. Zamawiający wskazał, że przed dokonaniem zamówienia oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 76 150,00 zł przyjmując dla celów oszacowania wartości zamówienia okres od drugiej połowy kwietnia 2014 r. do końca marca 2015 r. W pierwszej połowie kwietnia 2014 r. usługi doradcze były świadczone przez doradcę w oparciu o umowę z dnia 31 maja 2012 r. oraz aneks z dnia 4 marca 2013 r. (w wyjaśnieniach z dnia 9 czerwca 2015 r. zamawiający wskazał, iż miał na myśli aneks z dnia 19 lutego 2013 r., który faktycznie, w związku z trybem korespondencyjnym zawarty został w dniu 4 marca 2013 r.). Z uwagi na fakt, iż zamówienie na usługi doradcze dotyczyło okresu od drugiej połowy kwietnia 2014 r. do końca marca 2015 r. przyjęto progową wartość zamówienia w wysokości obowiązującej od dnia 16 kwietnia 2014 r. Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia zdeterminowało jednocześnie dalszy tryb postępowania, tj. pozwoliło na stwierdzenie, że zamówienie nie przekroczy progu ustawowego określonego w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. Ponadto, w opinii Zamawiającego, przedmiotowe zamówienie miało charakter samodzielny i zgodnie z szacunkiem nie przekraczało ustawowego progu stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2015 r. zamawiający wskazał, że „formalnie nie rozwiązał z wykonawcą Centrum Konsultingu Business Expert Sp. z o.o. Sp.k. umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r., aczkolwiek uważa, że umowa ta wygasła z racji wyczerpania się przedmiotu tej umowy. Przedmiotem umowy były usługi konsultingowe. „Doradztwo prawne” objęte umową miało w zamierzeniu Zamawiającego dotyczyć przede wszystkim doradztwa przy opracowywaniu strategii działania w procesie ppp, negocjacji w tym postępowaniu i dokumentów opracowywanych w jego ramach tj. w procedurze wyboru koncesjonariusza”.

W wyjaśnieniach z dnia 29 stycznia 2015 r. Zamawiający ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego nieuprawnionego podziału ww. zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnił, że nie dokonywał łącznego oszacowania wartości ww. zamówień wynikających z umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r., oraz umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. ponieważ „Gmina Nowogard nie zakładała, iż będzie potrzebowała wsparcia doradcy również po zawarciu umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym i na etapie jej realizacji. To założenie wynikało z istniejących w czasie ogłaszania postępowania na wybór partnera publiczno – prywatnego okoliczności faktycznych. Trzeba bowiem zauważyć, iż od 1992 roku operatorem wodociągowo – kanalizacyjnym na terenie Gminy Nowogard było Przedsiębiorstwo Usług Wodnych i Sanitarnych Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogardzie. Operator ten miał w pełni zorganizowane przedsiębiorstwo do celów prowadzenia działalności zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, w szczególności w zakresie środków ekonomicznych, technicznych i osobowych. Dotychczasowy operator jest również właścicielem części infrastruktury wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie Gminy Nowogard, którą wybudował w ramach prowadzonej przez ponad 22 lata działalności. Każdy nowy operator, który brał udział w postępowaniu na wybór partnera prywatnego znajdował się w gorszej sytuacji albowiem w ofercie cenowej musiał skalkulować koszty zorganizowania przedsiębiorstwa do świadczenia usług, począwszy od siedziby, systemu rozliczeń odbiorców, zakupu wysoko wyspecjalizowanych pojazdów, maszyn i urządzeń do świadczenia usług dostawy wody i odprowadzania ścieków, uzupełnieniu odcinków sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, będących własnością dotychczasowego operatora albo nabycie tytułu prawnego do tej infrastruktury, kończąc na zatrudnieniu personelu, przy pomocy, które usługi będą świadczone. Okoliczności te dawały podstawy do przewidywania, iż najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu dotyczącym wyboru partnera prywatnego najprawdopodobniej może złożyć dotychczasowy operator PUWiS Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogardzie. Tak się jednak nie stało. Najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu złożył inny oferent. To zaś stało się impulsem do kwestionowania przez dotychczasowego operatora wszelkich czynności uprzednio podjętych przez Gminę

*Nowogard w postępowaniu o wybór partnera prywatnego. Na skutek wyboru innego operatora w postępowaniu o PPP, dotychczasowy operator zapowiedział, iż skorzysta z wszelkich dostępnych środków prawnych, które uniemożliwią lub znacznie utrudnią Gminie Nowogard przekazanie zadania wybranemu partnerowi prywatnemu. W takich okolicznościach, Gmina Nowogard uznała, iż konieczne będzie korzystanie z doradcy również po zawarciu umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym, w szczególności w zakresie sprawdzenia dokumentacji formalno – prawnej związanej z wybraną przez partnera prywatnego instytucjonalną formą prowadzenia działalności na terenie Gminy Nowogard, sprawdzenia dokumentacji związanej z uzyskaniem wszelkich zezwoleń na prowadzenia działalności przez partnera prywatnego; oraz doradztwa i reprezentacji Gminy w zakresie sporów zawistych pomiędzy Gminą Nowogard, a dotychczasowym operatorem, w tym rozliczeń z dotychczasowym operatorem. Konieczność udziału doradcy również na etapie następującym po przeprowadzeniu postępowania PPP została ujawniona więc dopiero po dokonaniu wyboru partnera prywatnego.”*

Podsumowując, Zamawiający wskazał, iż nie zakładał i miał ku temu obiektywne podstawy, że udział doradcy prawnego będzie konieczny także po dokonaniu wyboru partnera prywatnego i zawarciu umowy o PPP. *„Istotnie dopiero po dokonaniu wyboru partnera prywatnego i podjęciu przez dotychczasowego operatora działań zmierzających do zakłócenia procesu przekazania partnerowi prywatnemu wykonywania zadania w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków udział doradcy okazał się niezbędny. Stwierdzić trzeba, iż udział doradcy na etapie wykonywania umowy o PPP byłby zbędny, gdyby nie działania obstrukcyjne ze strony dotychczasowego operatora. Takiej zaś postawy zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności nie mógł przewidzieć w 2012 r.”*

### III. Umowa nr GKMiOŚ.272.1.2015.AW z dnia 2 stycznia 2015 r. wraz z aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r.

W dniu 2 stycznia 2015 r. Zamawiający zawarł z Kancelarią Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Poznaniu umowę nr GKMiOŚ.272.1.2015.AW na świadczenie usług prawniczych, polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, w zakresie spraw dotyczących: 1) realizowanej przez Zamawiającego umowy partnerstwa publiczno – prywatnego (PPP) oraz umowy dzierżawy oraz porozumień zawartych pomiędzy Gminą Nowogard, Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH oraz spółką Wodociągi Nowogardzkie WAL-BETRIEB Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogardzie oraz 2) wykonywania przez Zamawiającego zadania własnego w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę

i zbiorowego odprowadzania ścieków i świadczenia w tym obszarze usług przez podmiot zewnętrzny (operatora).

Zgodnie z § 3 pkt 4 ww. umowy, łączne wynagrodzenie zleceniobiorcy z tytułu wykonania umowy nie mogło przekroczyć kwoty 30 000 zł brutto, w tym należny podatek VAT w ustawowej wysokości.

Przedmiotową umowę strony zawarły na okres 12 miesięcy od daty jej zawarcia. Ponadto, zleceniobiorca zobowiązany był do prowadzenia ewidencji wykonywanych usług oraz czasu poświęconego na ich wykonanie, na której podstawie sporządzał zestawienie wykonanych usług w danym miesiącu kalendarzowym. Zleceniobiorca zobowiązany był przedmiotowe zestawienie przekazać zamawiającemu po zakończeniu okresu rozliczeniowego, którego zestawienie dotyczyło.

Jednakże już po trzech miesiącach obowiązywania tej umowy tj. w dniu 22 kwietnia 2015 r. strony ww. umowy zawarły aneks nr 1 do umowy nr GKMiOŚ.272.1.2015.AW z dnia 2 stycznia 2015 r., w ramach którego zmianie uległa treść § 3 pkt 4, który otrzymał brzmienie: *„Łączne wynagrodzenie Zleceniobiorcy z tytułu wykonania umowy nie może przekroczyć kwoty 60 000 zł brutto, w tym należny podatek VAT w ustawowej wysokości”*.

Z kolei w piśmie z dnia 9 października 2015 r. Zamawiający wskazał, iż *„Wartość szacunkowa zamówienia określonego w umowie z dnia 2 stycznia 2015 r., w momencie jego składania i powierzania do wykonania wynosiła 30 000 zł netto, co wynikało z ówczesnej oceny Zamawiającego jego potrzeb w zakresie prowadzenia spraw sądowych i doradztwa z nimi związanego. W późniejszym czasie, wskutek wzrostu ilości spraw sądowych wartość szacunkowa zamówienia wzrosła do kwoty 100 000 zł do której to kwoty zgodę wyraziła Rada Miejska w Nowogardzie”*.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na protokół z ustalenia wartości zamówienia objętego umową z dnia 2 stycznia 2015 r., z którego wynika propozycja zawarcia umowy z Kancelarią Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Poznaniu: *„ponieważ prowadzący naszą sprawę radcowie prawni zatrudnieni w tej kancelarii współpracują także z Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k., która to firma świadczyła usługi w zakresie prowadzonego postępowania”*.

Ponadto, w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2015 r. Zamawiający wskazał, że do udzielenia zamówienia objętego umową z dnia 2 stycznia 2015 r. zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki, bez obowiązku stosowania przesłanek z art. 67 ustawy Pzp, zgodnie z art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, ponieważ jej przedmiotem były usługi zastępstwa procesowego i doradztwa związanego z tym zastępstwem. Jednocześnie, Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotowe zamówienie nie przekraczało wg. jego wyliczeń, kwoty 30 000 euro, co pozwalało przyjąć, iż ustawy Pzp do tego zamówienia się nie stosuje. Nadto, Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotem umowy z dnia 2 stycznia 2015 r., było



powierzenie świadczenia usług prawniczych, polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego lub doradztwa prawnego, w tym zakresie. „Usługi te, to usługi o zupełnie nowym charakterze w stosunku do świadczonych wcześniej. W dużym zakresie dotyczą one nowych postępowań niezwiązanych z czystą obsługą procesu ppp oraz procesów związanych stricte z postępowaniem, tj. procesów o uchylenie czynności wyboru partnera prywatnego. Chodzi na przykład o sprawę nakazania wydania infrastruktury wodociągowo – kanalizacyjnej PUWiS Sp. z o.o. lub postępowania dotyczącego skargi na bezczynność burmistrza dotyczącej odmowy udzielenia informacji publicznej. Są to postępowania, których potrzeby prowadzenia w 2012 r. w ogóle nie przewidywano, gdyż nie dopuszczano myśli, że stary operator – PUWiS Sp. z o.o. mógłby, w razie przegrania postępowania, nie wydać infrastruktury stanowiącej własność Gminy. Zapotrzebowanie na skorzystanie z takich usług pojawiło się dopiero w związku z intensyfikacją działań PUWiS Sp. z o.o. podjętych po rozstrzygnięciu postępowania ppp. Również ta okoliczność potwierdza, że nie może być mowy o jakimkolwiek z góry założonym dzieleniu zamówienia na części”.

Kontrolujący odnosząc się do tak ustalonego w trakcie kontroli stanu faktycznego uznał, że Zamawiający udzielił tych zamówień z naruszeniem przepisu art. 32 ust.2 i 4 Pzp, gdyż zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu.

Jednakże stwierdził, że nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, którego skutkiem jest uniknięcie stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Kontrolujący podał, że Zamawiający powinien traktować jak jedno zamówienie takie zamówienia, które spełniają następujące przesłanki

- usługi mają takie same lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia (tożsamość przedmiotowa),
- usługi są dostępne u jednego wykonawcy (tożsamość wykonawcy),
- usługi nabywane są w przewidywalnym z góry okresie (tożsamość czasowa).

Odnosząc się szczegółowo do powyższych przesłanek Prezes UZP stwierdził, że w w przedmiotowej sprawie wszystkie ww. przesłanki zostały spełnione. Przede wszystkim z treści opisu przedmiotu ww. zamówień (umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r., umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. oraz umowy z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienionej aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r.) wynikało, iż są one ze sobą ściśle powiązane i wzajemnie się uzupełniają. Usługi doradcze wiążące się z zawarciem i wdrożeniem umowy partnerstwa publiczno – prywatnego oraz umowy dzierżawy pomiędzy Gminą Nowogard, a wybranym partnerem prywatnym określone umową z dnia 15 kwietnia 2014 r. oraz świadczenie usług prawniczych, polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, w zakresie określonym umową z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienioną aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r., nie byłyby możliwe do zrealizowania, gdyby nie świadczone przez Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. usługi doradcze związane z wyborem modelu świadczenia na terenie Gminy Nowogard usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków objęte umową z dnia 31 maja 2012 r., zmienioną aneksem z dnia 19 lutego 2013 r.

W niniejszej sprawie, w zakresie ustalenia tożsamości przedmiotowej ww. zamówień, szczególnej analizie poddać należy faktury wystawiane przez Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. oraz Kancelarię Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Poznaniu wraz z zestawieniami wykonanych w ramach umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. oraz umowy z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienionej aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r., czynności.

Po przeprowadzeniu analizy ww. umów, tj. umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r. oraz umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. kontrolujący zauważył, iż ich przedmiotem było świadczenie usług doradztwa prawnego, konsultingowych czy ogólnie – ekonomicznych. Jednakże, z faktur wystawianych przez spółkę Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. z tytułu realizacji umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r. oraz umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r., a także zestawienia wykonanych czynności w ramach drugiej z ww. umów wynika, że ich przedmiotem były również usługi prawnicze polegające na wykonywaniu zastępstwa

procesowego przed sądami oraz doradztwo prawne w zakresie zastępstwa procesowego w zakresie zawisłych przed sądami procesów dotyczących prowadzonego postępowania PPP.

Ponadto, z zestawienia czynności wykonanych przez spółkę Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. w ramach umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. wynika, iż w ramach ww. umowy spółka świadczyła szereg niesprecyzowanych w umowie usług prawno – konsultingowych choć pośrednio związanych z postępowaniem PPP takich jak np. przygotowanie projektów pisma na wnioski o udzielenie informacji publicznej, przygotowanie pisma do UOKiK, odpowiedzi na pismo Dziennika Nowogardzkiego, sprostowania do Dziennika Nowogardzkiego itp. W wyjaśnieniach Zamawiający nadto stwierdził, że przedmiotem umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r. oraz umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. było świadczenie usług doradczych związanych z postępowaniem PPP, jak również świadczenie usług zastępstwa procesowego oraz doradztwa prawnego w tym zakresie, oraz wskazał ich wartość.

Z kolei analiza faktur oraz zestawienia wykonanych czynności przez Kancelarię Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy Sp. k. w ramach umowy z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienionej aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r. prowadzi do wniosku, że ww. podmiot oprócz usług prawniczych, polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego świadczył na rzecz zamawiającego także usługi doradztwa prawnego w zakresie bieżących problemów wynikłych na tle PPP, które ww. wykonawca w zestawieniu czynności wykonanych za okres od dnia 1 czerwca 2015 r. do dnia 30 czerwca 2015 r. określił jako „usługi doradztwa prawnego (gdzie indziej niesklasyfikowane)”, w ramach których przygotował pełnomocnictwo dla R.C., przygotował odpowiedź do UZP, odpowiedź na pismo PUWiS dotyczące odmowy wykonania inwestycji, sporządził odpowiedzi na wnioski o informację publiczną, brał udział w posiedzeniu komisji rewizyjnej, w sesji Rady Miasta oraz sporządził wniosek o sprostowanie artykułu w Dzienniku Nowogardzkim .

Z analizy okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy wynika zatem, iż przedmiotem i celem wszystkich ww. zamówień publicznych (umowa z dnia 31 maja 2012 r., zmieniona aneksem z dnia 19 lutego 2013 r., umowa z dnia 15 kwietnia 2014 r., umowa z dnia 2 stycznia 2015 r., zmieniona aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r.) była kompleksowa obsługa prawna Gminy Nowogard w szczególności w zakresie usług związanych ze sposobem świadczenia usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, które zainicjowane zostały określeniem modelu świadczenia na terenie Gminy Nowogard usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, poprzez przeprowadzenie procedury PPP prowadzącej do wyboru partnera prywatnego, zawarcie i wdrożenie umowy PPP oraz umowy dzierżawy pomiędzy

zamawiającym a partnerem prywatnym, aż do prowadzenia postępowań sądowych wynikłych w związku z przyjętym przez Gminę Nowogard modelem świadczenia usług w zakresie gospodarki wodno – ściekowej, ale i świadczenie usług doradczo – konsultingowych związanych z bieżącymi problemami wynikłymi w związku z przeprowadzonym postępowaniem PPP.

Wykonawcą zamówień publicznych objętych umową z dnia 31 maja 2012 r., zmienioną aneksem z dnia 19 lutego 2013 r. oraz z dnia 15 kwietnia 2014 r. był ten sam podmiot, tj. Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. Zauważyć należy, iż w wyjaśnieniach przekazanych Prezesowi Urzędu w dniu 2 lutego 2015 r. zamawiający przyznał, iż *„Gmina Nowogard nie kierowała zapytań ofertowych do wykonawców zamówienia na świadczenie usług doradczych związanych z zawarciem i wdrożeniem umowy partnerstwie publiczno – prywatnym, poza wykonawcą, który dotychczas pełnił rolę doradcy”*. Powyższe, potwierdza w sposób pośredni, iż w opinii zamawiającego, zasadnym było świadczenie usług doradczych związanych z zawarciem i wdrożeniem umowy partnerstwa publiczno – prywatnego oraz umowy dzierżawy pomiędzy Gminą Nowogard a partnerem prywatnym przez firmę Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k., która doradzała zamawiającemu w zakresie wyboru modelu świadczenia na terenie Gminy Nowogard usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków oraz świadczyła usługi w zakresie przeprowadzenia postępowania PPP.

Z kolei wykonawcą umowy z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienionej aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r., była partnerska spółka Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k., tj. Kancelaria Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Poznaniu - podmiot, do którego zamawiający wystosował pierwotnie zapytanie ofertowe na zadanie pn. *„Świadczenie kompleksowych usług prawnych w zakresie rozwiązania problemów zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków w gminie i mieście Nowogard”* i którego prawnicy świadczyli w imieniu Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. szereg usług ogólnie – konsultingowych, ekonomiczno - organizacyjnych oraz prawniczych w ramach umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r. oraz umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. Zaakcentować należy, iż w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2015 r. zamawiający przyznał wprost, że *„nie zna struktury organizacyjnej obu tych firm, jednak potwierdza, iż w imieniu obu tych podmiotów w trakcie realizacji przedmiotowych umów występowały te same osoby, które początkowo świadczyły usługi stricte konsultingowe, a później procesowe”* oraz że obie ww. firmy należą do jednej grupy spółek świadczących uzupełniające się usługi konsultingowo – prawne, o czym doradca poinformował w swej ofercie.

Ponadto mając na uwadze okoliczność, iż zakres usług świadczonych przez spółkę Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. był znacznie szerszy od usług świadczonych przez Kancelarię Radcy Prawnego Z. J. i Wspólnicy Sp. k., bowiem obejmował świadczenie usług prawnych, konsultingowych, ekonomiczno - organizacyjnych stwierdzić należy, iż wszystkie trzy zamówienia wynikające z umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r., umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. oraz umowy z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienionej aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r. mogły być świadczone przez ten sam podmiot, tj. Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k.

Spełniona została również przesłanka tożsamości czasowej, która występuje nie tylko w sytuacji, gdy zamówień można udzielić jednocześnie, w tym samym czasie, ale także gdy do ich udzielenia dochodzi w przewidywalnej perspektywie czasowej zakreślonej specyfiką przedmiotu zamówienia, znanej na etapie udzielania pierwszego z zamówień częściowych. Zauważyć należy, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z ciągłością świadczenia usług doradczych przez spółkę Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k. na przestrzeni od dnia 31 maja 2012 r. do dnia 31 marca 2015 r. związaną z kompleksową obsługą zagadnień zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków realizowanego w ramach partnerstwa publiczno – prywatnego. Wskazać również należy, iż w wyniku zawarcia aneksu z dnia 19 lutego 2013 r., do umowy z dnia 31 maja 2012 r., strony przekształciły umowę z dnia 31 maja 2012 r. na czas nieokreślony, bowiem przewidziały świadczenie usług doradczych również po dniu 30 kwietnia 2013 r. bez jednoczesnego określenia terminu zakończenia świadczenia usług.

Ponadto, sam zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 14 kwietnia 2015 r. wskazał, że przed udzieleniem zamówienia na świadczenie usług doradczych wiążących się z zawarciem i wdrożeniem umowy partnerstwa publiczno – prywatnego oraz umowy dzierżawy pomiędzy Gminą Nowogard a wybranym partnerem prywatnym dokonał oszacowania wartości przedmiotu zamówienia na kwotę 76 150,00 zł, przyjmując dla celów oszacowania wartości zamówienia okres od drugiej połowy kwietnia 2014 r. do końca marca 2015 r. W pierwszej połowie kwietnia 2014 r. usługi doradcze były świadczone przez doradcę w oparciu o umowę z dnia 31 maja 2012 r. i aneks z dnia 4 marca 2012 r. (chodzi o aneks z dnia 19 lutego 2013 r., który w opinii zamawiającego w istocie został zawarty w dniu 4 marca 2013 r. w trybie korespondencyjnym). Z uwagi na fakt, iż zamówienie na usługi doradcze dotyczyło okresu od drugiej połowy kwietnia 2014 r. do końca marca 2015 r. przyjęto progową wartość zamówienia w wysokości obowiązującej od dnia 16 kwietnia 2014 r. Powyższe, potwierdzają również przekazane do Urzędu Zamówień Publicznych faktury nr FA/29/2013, FA/56/2013 oraz FA/9/2014 do umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r., wystawione za usługi świadczone przez ww. podmiot w maju 2013 r., listopadzie

2013 r. oraz kwietniu 2014 r. Ponadto, o kontynuacji świadczenia usług wynikających z pierwotnej umowy zawartej w dniu 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r. oraz umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. świadczy również treść protokołu z ustalenia wartości zamówienia objętego umową z dnia 2 stycznia 2015 r., z którego wynika, iż propozycja zawarcia umowy z Kancelarią Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Poznaniu, *podyktowana była chęcią współpracy z radcami prawnymi zatrudnionymi w ww. Kancelarii, współpracującymi jednocześnie z Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT Sp. z o.o. Sp. k.*

Wskazać należy także iż w wyniku kontroli poza naruszeniem przepisu art. 32 ust.2 i 4 Pzp Prezes UZP stwierdził także iż z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że zamawiający nie udokumentował w należyty sposób przeprowadzonego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki objętego umową z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienioną aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r. W dokumentacji postępowania brak jest bowiem protokołu postępowania. Stosownie do treści art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zawierający co najmniej: opis przedmiotu zamówienia, informację o trybie udzielenia zamówienia, informacje o wykonawcach, cenę i inne istotne elementy ofert, wskazanie wybranej oferty lub ofert. Jest on dokumentem odwzorowującym przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto z w trakcie analizy dokumentacji postępowania ustalono, że zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki objętego umową z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienioną aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r., w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamawiający zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W związku z powyższym zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w odpowiednim publikatorze stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Również w trakcie analizy dokumentacji kontrolujący ustalił, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki objętym umową z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienioną aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r., tj. Pan K.K. – Zastępca Burmistrza oraz Pan M.M. – Skarbnik, nie złożyły na druku ZP - 1 oświadczeń o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na przesłaną Informację o wyniku kontroli doraźnej w

sposób bardzo obszerny odniósł się do ustaleń Kontroli, w szczególności przedstawił całościowe „zakreślenie stanu faktycznego”, a ponadto podniósł iż oceniając tryb postępowania Zamawiającego należy mieć także na względzie iż dotychczasowy podmiot świadczący usługę operatora wodno-kanalizacyjnego tj. Przedsiębiorstwo Usług Wodnych i Sanitarnych sp. z o.o. z siedzibą w Nowogardzie (PUWiS) był monopolistą na tym regionalnym rynku usług. Dlatego też działania Zamawiającego należy oceniać przez pryzmat rozważania możliwości zmiany modelu świadczenia usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, a więc było to działanie pro konkurencyjne, gdyż zmierzało do możliwie dalekiego urynkowania usług wodociągowo-kanalizacyjnych, a przede wszystkim uwzględniały interes mieszkańców Gminy Nowogard.

Przedstawiony stan faktyczny podany w zastrzeżeniach nie odbiegał od ustaleń Prezesa UZP, jednakże w inny sposób interpretował sytuacje w wyniku których Zamawiający zawarł umowy zarówno z Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu jak i Kancelarią Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy sp. k. z siedzibą w Poznaniu. Ponadto w tym zakresie stwierdził, że Kancelaria w relacjach z Zamawiającym nigdy nie ukrywała, iż CK Business Expert jest podmiotem współpracującym z Kancelarią, co wynikało także wprost z oficjalnej strony internetowej Kancelarii oraz CK Business Expert.

Odnosząc się do ustaleń Kontrolującego w zakresie oceny zawartych trzech umów stwierdził, że jakkolwiek ocena zachowania Zamawiającego dokonywana jest przez Organ *ex post*, to nie może ona nie uwzględniać, usprawiedliwionego okolicznościami, stanu wiedzy Zamawiającego z chwili udzielania zamówienia. Gmina Nowogard zawierając Umowę nr I w dniu 31 maja 2012 r. oczekiwała od doradcy przede wszystkim wskazania możliwych modeli realizacji przez Gminę jej zadania własnego z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków wraz z rekomendacją i sporządzeniem dokumentów niezbędnych do wdrożenia rekomendowanego modelu.

Zatem w chwili udzielania przedmiotowego zamówienia w 2012 r. z przyczyn obiektywnych Gmina nie była w stanie przewidzieć jaki model zostanie przez doradcę zaproponowany, czy rekomendacja zostanie przez organy Gminy przyjęta i następnie wdrożona. W żaden sposób nie jest usprawiedliwione oczekiwanie, by Zamawiający zlecając przygotowanie koncepcji możliwych wariantów realizacji przedmiotowego zadania, antycypował wyniki prac doradcy wraz z przebiegiem procesu jego wdrożenia oraz wszelkimi możliwymi konsekwencjami w tym sporami sądowymi na tym tle, które powstaną w okresie kolejnych 4 lat, a Umowa nr I zawarta w maju 2012 r. obejmowała tylko usługi doradcze.

Natomiast potrzeba zawarcia Umowy II (co istotne blisko dwa lata po zawarciu Umowy I) zdeterminowana była wynikami rekomendacji zawartej w analizie przygotowanej w ramach Umowy I oraz rozwojem sytuacji w ramach toczącego się postępowania w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego, a także co istotne - dotyczyć miała przede wszystkim

świadczenia usług doradczych już po zawarciu umowy partnerstwa publiczno- prywatnego (zatem odmiennie niż Umowa I, która dotyczyła okresu do zawarcia umowy partnerstwa publiczno-prywatnego).

Z kolei zawarcie Umowy III z Kancelarią w dniu 2 stycznia 2015 r. było prostą konsekwencją szeregu zainicjowanych przez PUWiS w 2014 r. postępowań sądowych i koniecznością dochodzenia przez Gminę wydania jej majątku na drodze sądowej od dotychczasowego operatora - PUWiS. O konieczności zawarcia Umowy III przesądziła struktura usług świadczonych przez CK Business Expert w ramach Umowy II.

Z kolei Zamawiający odnosząc się do przesłanek, których zaistnienie determinuje możliwość uznania kilku udzielonych zamówień za jedno zamówienie podniósł następujące zastrzeżenia:

- 1) błędny jest wniosek Organu, jakoby w kontrolowanym przypadku spełnione zostały w sposób łączny przesłanki, o których mowa w art. 32 ust. 2 PZP tj. że usługi świadczone w ramach Umowy I, Umowy II oraz Umowy III stanowią jedno zamówienie publiczne. Co za tym idzie, w niniejszym stanie faktycznym nie zostały spełnione przesłanki pozwalające uznać, że w niniejszej sprawie nastąpiła tożsamość podmiotowa, przedmiotowa oraz czasowa wszystkich trzech zamówień publicznych.
- 2) Organ w żaden sposób nie udowodnił celowości działania Zamawiającego, a nadto jego winy umyślnej z zamiarem bezpośrednim naruszenia art. 32 ust. 2 i 4 PZP. Co więcej, przedstawiony w części II niniejszego uzasadnienia stan faktyczny w sposób bezsporny wykazuje, iż zarzut ewentualnej celowości działania oraz naruszenia wyżej wskazanych przepisów w sposób umyślny z zamiarem bezpośrednim jest całkowicie bezpodstawny.

Stwierdził, że organ kontrolujący błędnie uznał, że w ramach Umowy I, Umowy II i Umowy III mamy do czynienia z tożsamością przedmiotową. Każda z tych umów stanowiła bowiem odrębne zamówienie. W ramach umowy I były podejmowane czynności mające na celu uregulowanie nowych zasad świadczenia usług z zakresu zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z modelem wybranym przez Gminę Nowogard do momentu zawarcia umowy z operatorem.

Przedmiotem Umowy II było z kolei świadczenie usług doradczych wiążących się z przede wszystkim z wdrożeniem partnerstwa publiczno-prywatnego po zawarciu umowy, a także rozliczeniem z dotychczasowym podmiotem świadczącym usługi wodociągowo - kanalizacyjne.

Tym samym, w niniejszym przypadku nie można mówić o tożsamości przedmiotowej Umowy I oraz Umowy II. Zamawiający zawierając Umowę I nie wiedział, iż wybór operatora świadczenia usług z zakresu zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków nastąpi na podstawie procedury partnerstwa publiczno-prywatnego. Podkreślić należy także, iż analiza przeprowadzona przez doradcę w ramach Umowy I rekomendowała dwa sposoby



powierzenia wykonania usług. Po drugie, zupełnie niezrozumiały jest podnoszony argument jakoby w ramach Umowy I, Umowy II i Umowy III były świadczone tożsame usługi prawne polegającą na świadczeniu usług doradczych związanych z postępowaniem PPP, jak również świadczenie usług zastępstwa procesowego oraz doradztwa prawnego w tym zakresie.

W ramach Umowy I wykonawca świadczył usługi doradztwa, natomiast usługi zastępstwa procesowego były związane jedynie z wystąpieniem przez jednego z oferentów (PUWiS) do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie ze skargą na czynność Zamawiającego w toku postępowania w przedmiocie wyboru partnera prywatnego. Powyższe czynności miały bezspornie charakter incydentalny i marginalny.

Stwierdził, że to Prezes UZP w toku kontroli winien zweryfikować co konkretnie było przedmiotem każdej z czynności Kancelarii, w bezpośrednim odniesieniu do przedmiotu Umowy III. To na Organie jako kontrolujący ciąży obowiązek dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego. Wnioski organu oparte jedynie na domniemaniach oraz przypuszczeniach uznać należy za błędne.

Nadto podniósł, że zgodnie z brzmieniem art. 32 ust. 2 Pzp naruszenie zakazu w nim ustanowionego może nastąpić tylko wtedy, gdy podział zamówienia na części ma nastąpić w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Tym samym, aby w ogóle mówić o naruszeniu wyżej przywołanego przepisu, stwierdzić trzeba, iż Zamawiający działał z zamiarem bezpośrednim uniknięcia stosowania ustawy. Zamiar bezpośredni wiąże się natomiast z winą umyślną Zamawiającego, czyli celowym działaniem zamawiającego zmierzającym do uniknięcia stosowania ustawy. O takim charakterze art. 32 ust. 2 PZP decyduje użyte w tym przepisie sformułowanie „w celu”.

Przywołał w tym zakresie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz stwierdził, że to na Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych spoczywa konieczność wykazania i ciężar udowodnienia - nie dość, że Zamawiający dopuścił się podziału zamówienia na części w celu pominięcia stosowania przepisów ustawy, lecz również, że takie działanie miało charakter umyślny.

Prezes UZP, po zapoznaniu się z argumentacją Zamawiającego podniesioną w zastrzeżeniach, podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli i tym samym przedstawione zastrzeżenia, zgodnie z art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.**

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego podniesionego w złożonych zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza, podzieliła stanowisko Prezesa UZP, uznając dokonane w trakcie kontroli ustalenia i stwierdzenia za zasadne. Tym samym cały szereg zawartych tam stwierdzeń Izba przyjmuje również jako stanowisko własne, bez potrzeby ponownego ich powielania w tej części uzasadnienia Uchwały.

Przechodząc do oceny zasadności podniesionych zastrzeżeń Zamawiającego do wyniku kontroli Izba na wstępie podkreśla, każda umowa zawierana przez Zamawiającego w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, która jest odpłatna i ma na celu nabycie usług, dostaw lub robót, jest zamówieniem publicznym. Definicja zamówienia publicznego w żaden sposób nie jest powiązana z wartością zamówienia. Dlatego też co do zasady, każdy wydatek leżący po stronie podmiotu zobowiązanego do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest *de facto* zamówieniem publicznym. Nie każde jednak zamówienie publiczne podlega szczegółowym regulacjom ustawy Pzp., ponieważ ustawodawca uznał, że do zamówień o stosunkowo niskiej wartości niecelowe jest stosowanie pełnego zakresu sformalizowanej procedury udzielania zamówień.

Przepis art. 4 Pzp stanowi, że do zamówień o wartości poniżej równowartości 30 000 euro (od 16kwietnia2014 roku) „ustawy nie stosuje się”. Użycie przez ustawodawcę zwrotu „ustawy nie stosuje się” winno być rozumiane jako brak takiego obowiązku. W tym miejscu warto przytoczyć tezę, z uchwały Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z 11.4.2012 r. sygn. 38/2012) gdzie stwierdzono, że *„Zgodnie z treścią art. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości euro 30 tys. Euro. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że w każdym przypadku, gdy zachodzi okoliczność kwalifikowania zamówienia, jako podlegającego wyłączeniu ze względu na wartość, zamawiający winien mieć na uwadze przepisy o ustalaniu wartości zamówienia zawarte w ustawie, a w szczególności o zakazie dzielenia zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (art. 32 ust. 2)”*.

Wyłączenie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza, że ustawodawca nie narzuca Zamawiającemu stosowania określonego katalogu trybów, a także nie reguluje szczegółowo jego czynności w tym zakresie.

Jednakże zauważenia wymaga fakt, że nawet przy braku obowiązku stosowania ustawy z powodu wartości planowanego zamówienia, to mimo tego Zamawiający winien wpraw, stosując zasady szacowania z art. 32 Pzp ustalić wartość planowanego zamówienia. Jeśli jest ta wartość niższą niż 30 tys. euro to Zamawiający nie stosuje wprost przepisów ustawy Pzp, jednak musi pamiętać o zasadach obowiązujących w zamówieniach tj

zagwarantowanie wykonawcom nie dyskryminacyjnego dostępu do zamówień publicznych, ograniczenie ryzyka nieefektywnego wydatkowania środków publicznych oraz zapewnienie przejrzystości postępowania i wyboru wykonawcy.

Ponadto zgodnie z zasadami wydatkowania środków publicznych zawartymi w ustawie o finansach publicznych, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Przechodząc do ustaleń Prezesa UZP zawartych w punkcie I *Informacji* o wyniku kontroli doraźnej, gdzie stwierdzono, że Zamawiający ustalając wartość szacunkową zamówienia, wynikającego z umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r., umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r., a także umowy z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienionej aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r., oddzielnie dla każdej części, **dopuścił się** naruszenia art. 7 ust. 3 oraz art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. Ponadto, stwierdzono, że Zamawiający udzielając zamówienia publicznego objętego umową z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienioną aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r., naruszył treść art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Niewątpliwym i niespornym w sprawie jest fakt, że Zamawiający prowadził działania mające na celu dokonanie wyboru modelu świadczenia usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków dla Gminy Nowogard. W tym celu Zamawiający poczynawszy od 2012 roku zawarł z wykonawcami tj. Kancelarią Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Centrum Konsultingu BUSINESS EXPERT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu trzy umowy, przy czym dwie z nich zostały zmienione aneksami w wyniku których podwyższona została pierwotnie ustalona ich wartość. Zamawiający ustalając wartość szacunkową ww. zamówień oddzielnie dla każdego z nich zastosował przepis art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania opublikowania ogłoszenia o przedmiotowych zamówieniach.

Wskazać należy także, że od **16 kwietnia** 2014 r. minimalnym progiem stosowania ustawy Pzp jest kwota 30 tysięcy euro wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia – do tej wartości zamawiający nie mają obowiązku stosowania ustawy PZP i ogłaszania postępowań przetargowych. Przy obowiązującym w tym okresie ustalonym kursie euro obowiązującym w zamówieniach publicznych i wznoszącym 1 euro = 4,2249 zł, wartość zamówienia bez obowiązku stosowania ustawy Pzp od 16 kwietnia wynosiła 126.747 zł netto, a do 15 kwietnia 2014 roku przy progu bagatelności 14 000 euro kwota ta wynosiła **59 148,60** zł. Wartość drugiego zamówienia objętego umową z dnia **15 kwietnia 2014** roku do którego nie zastosowano przepisów Pzp wg. ustaleń kontroli wynosiła **76 150** zł.

Nie powtarzając przedstawionego powyżej stanu faktycznego tych postępowań, zwrócić uwagę należy na argumentację Zamawiającego mającego uzasadniać brak połączenia dla oszacowania wartości zamówień udzielonych trzema ww. umowami. Otóż

Zamawiający podał, że wszczynając przedmiotowe zadania nie był w stanie przewidzieć, że w stanie faktycznym, w jakim znajdował się dotychczasowy świadczeniodawca usług zaopatrzenia w wodę i odbiór ścieków „*najkorzystniejszą ofertę złoży inny wykonawca niż dotychczas świadczący tą usługę operator PUWiS Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogardzie. Tak się jednak nie stało. Najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu złożył inny oferent. To zaś stało się impulsem do kwestionowania przez dotychczasowego operatora wszelkich czynności uprzednio podjętych przez Gminę Nowogard w postępowaniu o wybór partnera prywatnego*”.

Wobec powyższego Zamawiający w wyjaśnieniach stwierdził, że przewidując wybór dotychczasowego wykonawcy nie zakładał, że udział doradcy prawnego będzie konieczny także po dokonaniu wyboru partnera prywatnego i zawarciu umowy o PPP.

Izba odnosząc się do powyższego stwierdza, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek dołożenia należytej staranności przy dokonywaniu czynności szacowania wartości zamówienia. Podkreślić należy, że obowiązek prawidłowego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia wynika z faktu, iż w jego następstwie następuje określenie wymagań ustawowych Prawa zamówień publicznych, które będą miały zastosowanie w przygotowywanym postępowaniu. Nie zawsze w wyniku dokonywania oszacowania wartości zamówienia, Zamawiający otrzyma konkretną wartość całości zamówienia, lecz z zasady otrzymuje pewien przedział wartości, dotyczących przyszłego ewentualnego wynagrodzenia wykonawcy, czy wykonawców planowanego zamówienia. Istotnym jest przede wszystkim ustalenie czy udzielone zamówienie w całości bądź w częściach będzie o wartości poniżej progu stosowania ustawy, czy będzie zamówieniem poniżej, czy powyżej stosowania tzw. progów unijnych. Tym samym za całkowicie niezasadny należy uznać argument Zamawiającego podniesiony w zastrzeżeniach, że biorąc pod uwagę czasookres trwania tego zamówienia objęty trzema umowami Zamawiający nie miał możliwości opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami określonymi w art. 29 ust.1 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia, a oszacowanie jego wartości o którym mowa w art. 32 ustawy Pzp to dwie różne czynności w postępowaniu. Podkreślić należy, że możliwość dokładnego oszacowania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia zależy niewątpliwie od jego specyfiki.

W tym postępowaniu niewątpliwie Zamawiający zakładając, przeprowadzenie całego toku postępowania o wykonanie zamierzeń związanych z zapewnieniem dostaw wody pitnej i odbiór ścieków, iż nastąpi to w ramach tylko pierwszej umowy wykazał się brakiem rozeznania ciągu techniczno – organizacyjnego zdarzeń planowanego przedsięwzięcia. Winien był co najmniej założyć - jak przy tego typu zamówieniach, kilka etapów jego realizacji tj. przykładowo: przygotowanie koncepcji i wybór wykonawcy – co było objęte pierwszą umową, a także etap właściwej realizacji zamówienia oraz etap obejmujący

czynności związane z odbiorem i rozliczeniem całości zamówienia. Tak więc niewątpliwym jest, że Zamawiający mógł w sposób precyzyjny oszacować pierwszy etap postępowania, a także dokonać założeń zgodnie z zasadami szacowania zamówień, wartość pozostałych części czy zakresu zamówienia.

Podkreślić należy w szczególności fakt, że wartość pierwszej części zamówienia objętego pierwszą umową, wynosiła 49 880,00 zł, a więc była w tym momencie tylko o niecałe 10 tys. zł niższa niż próg stosowania ustawy Pzp. Dlatego też trudno uznać, że profesjonalny Zamawiający nie powinien był założyć, że pozostałe kwestie jakie mogą zaistnieć w postępowaniu nie będą wymagały chociażby usługi prawnej o wartości co najmniej 10 tys. złotych i tym samym przekroczą próg stosowania ustawy Pzp, szczególnie w sytuacji gdy wartości umowy II i III wyniosła ponad 176 tys. złotych.

Również za niezasadne i niedopuszczalne Izba uznaje założenie Zamawiającego iż postępowanie o wybór wykonawcy na zaopatrzenie w wodę i odbiór ścieków wygra dotychczasowy wykonawca oraz, że przegrany wykonawca nie będzie korzystał ze środków ochrony prawnej jakie przysługują mu z mocy obowiązujących przepisów. Tym samym w takich okolicznościach trudno nie uznać, że Zamawiający zakładał lub mógł z łatwością założyć, że koszt całej obsługi realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia przekroczy próg stosowania ustawy.

Odniesienia w przedmiotowej sprawie wymaga także kwestia wskazana w zastrzeżeniach, że *„to na Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych spoczywa konieczność wykazania i ciężar udowodnienia - nie dość, że zamawiający dopuścił się podziału zamówienia na części w celu pominięcia stosowania przepisów ustawy lecz również, że takie działanie miało charakter umyślny... Zamiar bezpośredni wiąże się natomiast z winą umyślną Zamawiającego, czyli celowym działaniem zamawiającego zmierzającym do uniknięcia stosowania ustawy. O takim charakterze art. 32 ust. 2 PZP decyduje użyte w tym przepisie sformułowanie „w celu”.*

Odnosząc się do tej kwestii wskazać należy, że kontrola Prezesa UZP przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, odbywa się w oparciu o przesłaną Prezesowi UZP przez Zamawiającego dokumentację postępowania. Prezes UZP nie posiada w tym zakresie żadnych szczególnych uprawnień dotyczących prowadzenia postępowania dowodowego celem ustalenia winy Zamawiającego oraz ustaleń co do umyślności jego działania.

Ocenie Prezesa UZP podlega przesłana przez Zamawiającego dokumentacja postępowania. Prawdliwość tej oceny w świetle podniesionych zastrzeżeń ( w przypadku ich nie uwzględnienia) podlega ocenie Izby.

W tym zakresie skład Izby aprobuje ocenę Prezesa UZP przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, a nadto Izba stoi na stanowisku iż brak jest podstaw do formułowania wniosków, że Zamawiającemu można zarzucić niezasadny podział

zamówienia na części tylko wtedy, gdy zostanie mu udowodnione celowe i umyślne działanie mające na celu uniknięcie stosowania ustawy Pzp.. Istotnym dla przyjęcia takiego stanowiska jest skutek jaki zaistniał w postępowaniu z powodu niewłaściwego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający, który nie jest w stanie określić nawet w zarysie wartości zamówienia, które zamierza przeprowadzić nie powinien w ogóle dokonywać jego wszczęcia. Tutaj rzeczywista wartość zamówienia wg. umów była czterokrotnie wyższa niż oszacował to Zamawiający, uznając przy pierwszej umowie że wielkość wydatkowanej kwoty nie przekroczy progu stosowania ustawy tj. /w tamtym okresie/ 14 tysięcy euro.

Oceniając powyższe Izba za Prezesem UZP stwierdza nadto, że nie zasługują na uwzględnienie także zastrzeżenia, iż zapotrzebowanie na dalsze usługi doradcze objęte umową nr II powstało dopiero z chwilą zawarcia przez Zamawiającego umowy z partnerem prywatnym.

Zauważyć należy, iż umowa, której przedmiotem było świadczenie usług doradczych wiążących się z zawarciem i wdrożeniem umowy partnerstwa publiczno – prywatnego oraz umowy dzierżawy pomiędzy Gminą Nowogard, a wybranym partnerem prywatnym (umowa II) została zawarta w dniu 15 kwietnia 2014 r., tymczasem umowę PPP z partnerem prywatnym Zamawiający zawarł w dniu 30 maja 2014 r., a zatem po zawarciu ww. umowy na świadczenie dalszych usług doradczych.

Tym samym w ocenie Izby, całokształt okoliczności przedmiotowej sprawy wskazuje, iż Zamawiający swoją niefrasobliwością w szacowaniu zamówienia związanych ze sposobem świadczenia usług doprowadził do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji kiedy ustawa winna być stosowana.

W zakresie pozostałych zastrzeżeń jako związanych z ustaleniem przez Izbę naruszenia zasad szacowania wartości zamówienia, poczynione przez Prezesa UZP ustalenia Izba uznaje jako własne, bez potrzeby ich ponownego powielania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....