

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, 13 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik
Marek Bienias
Elżbieta Dobrenko

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 18 października 2024 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni od wyniku kontroli doraźnej z 10 października 2024 r. (znak: KND/140/23/DKZP), w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Bieżące utrzymanie szaleków miejskich na terenie Gdyni*

wyraża opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Bieżące utrzymanie szaleków miejskich na terenie Gdyni*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów: przepisów art. 28 oraz 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie wartości zamówienia bez dochowania należytej staranności, tj. z pominięciem wynagrodzenia wykonawcy pochodzącego z opłat za korzystanie z szaleków miejskich, co doprowadziło do zaniżenia wartości zamówienia, a w konsekwencji skutkowało zastosowaniem krajowego reżimu udzielenia zamówień publicznych właściwych dla zamówień klasycznych, mimo że dokonanie prawidłowego oszacowania zamówienia mogło skutkować koniecznością zastosowania procedury właściwej dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza równowartość progów unijnych.

Prezes Urzędu ustalił m.in. następujące okoliczności:

Zamawiający określił koszt utrzymania 10 szaleatów całorocznych oraz 2 szaleatów sezonowych na przestrzeni lat 2023-2026 na kwotę 554 850,00 zł netto, natomiast koszt kontroli okresowych – na kwotę 27 600,00 zł netto. Łączny koszt utrzymania oraz wykonania kontroli okresowych szaleatów określono na kwotę 581 100,00 zł netto, co po doliczeniu podatku VAT dało kwotę 716 413,50 zł brutto, w tym w 2023 r. – 17 958, 00 zł, w 2024 r. – 238 804,50 zł, w 2025 r. – 238 804,50 zł, w 2026 r. – 220 846,50 zł. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem.

Zgodnie z pkt 4 lit c ww. załącznika A do SWZ: Wykonawca zobowiązany jest stosować opłatę za korzystanie z toalety w każdym nominale złotowym wysokości nie większej niż 3,00 zł (brutto) oraz umożliwienie dokonania płatności kartą. Dzieci do lat 5 mogą korzystać z toalety bezpłatnie w przypadku toalet z obsługą. Opłaty pobierane od klientów nie podlegają rozliczeniu z Zamawiającym – stanowią w całości przychód Wykonawcy. Jednocześnie w pkt 4 lit. g Zamawiający wskazał, że nie dokumentuje danych dotyczących liczby osób korzystających z szaleatów.

Zgodnie z § 6 wzoru umowy:

1. *Wartość umowy, zgodnie ze złożoną ofertą, wynosi brutto..... zł (...).*
2. *Za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie obliczone na podstawie cen jednostkowych określonych w „Formularzach cenowych” stanowiących załącznik nr 1a i 1b do umowy.*
3. *Ceny określone w ust. 1, ust. 2 (...) obejmują wszelkie koszty towarzyszące, konieczne do poniesienia przez Wykonawcę, a także uwzględniają wszystkie czynności związane z prawidłową i terminową realizacją przedmiotu zamówienia oraz należny podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.*

Zgodnie z § 7 wzoru umowy:

1. *Rozliczenie przedmiotu zamówienia następować będzie miesięcznie, na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę po zakończeniu każdego miesiąca.*
2. *Podstawą do rozliczenia i wystawienia faktury przez Wykonawcę będzie protokół odbioru prac potwierdzony przed przedstawiciela Zamawiającego.*
3. *Strony ustalają, że miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy przysługujące za realizację zamówienia obliczane będzie na podstawie cen, o których mowa w § 6 ust. 2 oraz rzeczywistego zakresu wykonanych prac. (...).*

Zamawiający wyjaśnił w toku kontroli, że:

(...) W odniesieniu do sposobu ustalenia wartości zamówienia zamawiający informuję, że podstawą do oszacowania wartości zamówienia była rzeczywista łączna wartość usług wykonanych na podstawie umowy na „Utrzymanie szaleńców miejskich na terenie Gdyni” zawartej w poprzednim okresie realizacji tj. od 01.12.2020r. do 31.10.2023r. Do oszacowania przyjęto cenę miesięcznego utrzymania jednego oczka z okresu 12 miesięcy z ww. umowy. Szacunkowy koszt utrzymania 1 oczka obliczono zgodnie z poniższym zestawieniem tabelarycznym.

TAB.1

M-C	Faktury z 12 m-c rozliczeniowych	Średnia wartość z 12 m-c	Średnia wartość 1 oczka z planowanego zamówienia brutto	Orientacyjny wzrost cen i usług na utrzymanie ok. 36%	Szacunkowy koszt 1 oczka brutto
gru.22r.	14 860,00 zł	15 510,00 zł	180,35 zł	65,65 zł	246,00 zł
sty.	14 860,00 zł				
lut	14 860,00 zł				
mar	14 860,00 zł				
kw	14 860,00 zł				
maj	16 420,00 zł				
czer	16 420,00 zł				
lip.	16 420,00 zł				
sier.	16 420,00 zł				
wrze.	16 420,00 zł				
paź.	14 860,00 zł				
list.	14 860,00 zł				
SUMA	186 120,00 zł				

Wszelkie koszty stałe związane z zatrudnieniem osób, ewentualnymi drobnymi naprawami ujęte zostały w przeliczeniu na jedno oczko obiektu sanitarnego jw. Dalej do wyliczonej szacunkowej wartości 1 oczka doliczono koszt przeglądu obiektów na podstawie ostatniej umowy odpowiednio:

przeglądy	2020-2023					
l.p	budowlany	bud x 3	komin	komin x 3	elektryk	elektryk x 3
1	400	1 200,00	150	450	150	450
2	400	1 200,00	150	450	150	450
3	400	1 200,00	150	450	150	450
4	400	1 200,00	150	450	150	450
5	400	1 200,00	150	450	150	450
6	400	1 200,00	150	450	150	450
	2 400,00	7 200,00	900	2 700,00	900	2 700,00

brutto	rok	4 200,00
brutto	3 lata	12 600,00

W wyliczeniu przyjęto wzrost cen usługi dla 3 branż o ok 260% rocznie. Koszt przeglądu obliczono zgodnie z poniższym zestawieniem.

przeglądy		2023-2026				
	budowlany	bud x 3	komin	komin x 3	elektryk	elektryk x 3
1	600,00	1 800,00	250,00	750,00	300,00	900,00
2	600,00	1 800,00	250,00	750,00	300,00	900,00
3	600,00	1 800,00	250,00	750,00	300,00	900,00
4	600,00	1 800,00	250,00	750,00	300,00	900,00
5	600,00	1 800,00	250,00	750,00	300,00	900,00
6	600,00	1 800,00	250,00	750,00	300,00	900,00
7	600,00	1 800,00	250,00	750,00	300,00	900,00
8	600,00	1 800,00	250,00	750,00	300,00	900,00
netto	4 800,00	14 400,00	2 000,00	6 000,00	2 400,00	7 200,00

netto	rok	9 200,00
netto	3 lata	27 600,00

brutto	rok	11 316,00
brutto	3 lata	33 948,00

Całkowita kwota oszacowana wartości przedmiotowego zamówienia na Bieżące utrzymanie szaleatów miejskich na terenie Gdyni (nr postępowania EZP.271.58.2023) wyniosła 581 100,00 zł netto.

W informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu wskazał, że 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. Podkreślił, że ustalona wartość zamówienia, będąca wynikiem oszacowania, określa zakres obowiązków proceduralnych po stronie zamawiającego i przesądza o zastosowaniu właściwej procedury udzielenia zamówienia. W szczególności od wartości zamówienia uzależnione jest miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu czy terminy na wykonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli wadliwe ustalenie wartości zamówienia przyjmie postać kwalifikowaną, np. zamawiający na podstawie wadliwego oszacowania dokona wyboru procedury udzielenia zamówienia, do której nie był uprawniony, może to doprowadzić do konieczności unieważnienia postępowania. Stąd, ustawodawca wymaga, aby wartość zamówienia ustalona została z należytą starannością. Wzorzec należytej staranności powinien mieć charakter obiektywny. Ustalenie wartości zamówienia z należytą starannością oznacza wybór właściwej metody dokonania takiego szacunku oraz zastosowanie adekwatnych technik ustalenia całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy.

Prezes Urzędu wskazał, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia wartości zamówienia, ograniczając się do wskazania podstawy jej ustalenia oraz wskazując zakres przedmiotowy. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest więc stosownie do art. 28 ustawy Pzp całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy. Natomiast zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy jego zakres z uwzględnieniem opcji oraz wznowień. Oznacza to, że przy ustaleniu wartości zamówienia niezbędne jest uwzględnienie wszystkich jego elementów, także ewentualnych

świadczeń dodatkowych uzyskiwanych przez wykonawcę. Prezes Urzędu powołał się na motyw 19 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który stanowi: *Należy sprecyzować, że do celów oszacowania wartości zamówienia, trzeba uwzględnić wszystkie dochody, niezależnie od tego, czy zostały one otrzymane od instytucji zamawiającej, czy też od osób trzecich.* Ponadto Prezes Urzędu powołał się na orzecznictwo Izby oraz na wyroki ETS, w tym wyrok w sprawie C-206/08, zgodnie z którym w przypadku umowy dotyczącej usług, okoliczność, że kontrahent nie jest bezpośrednio wynagradzany przez instytucję zamawiającą, lecz ma prawo do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich, spełnia wymogi wynagrodzenia, o którym mowa w art. 1 ust. 3 lit. b dyrektywy 2004/17, a w razie całkowitego braku przeniesienia na usługodawcę ryzyka związanego ze świadczeniem usługi, omawiana czynność stanowi zamówienie na usługi. Prezes Urzędu podniósł, że przy interpretacji pojęcia ryzyka ekonomicznego należy wziąć pod uwagę również wskazówki wynikające z preambuły do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, wskazując że z motywów 18 i 20 tej dyrektywy wynika, że w przypadku, gdy ryzyko ekonomiczne nie obciąża wykonawcy, ale zwrot nakładów i kosztów wykonawcy jest gwarantowany w całości albo w większej części przez zamawiającego, wówczas nie można kwalifikować takiej umowy jako umowy koncesji, lecz jako zamówienie.

Prezes Urzędu podniósł, że zgodnie z 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. Wadliwy w świetle art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jest wybór takiej metody, która: nie prowadzi do ustalenia ceny rynkowej, nie uwzględnia najszerszego zakresu zamówienia (opcji, zamówień dodatkowych itp.) lub została zastosowana pomimo jednoznacznego nakazu ustawowego zastosowania innej metody. Jeśli skutkiem jednej z powyższych okoliczności (zaniżenia wartości zamówienia lub wyboru nieprawidłowego sposobu jej obliczenia) będzie uniknięcie stosowania przepisów ustawy Pzp – takie działanie będzie niedozwolone. Z uniknięciem stosowania przepisów Pzp mamy do czynienia zarówno wtedy, gdy zamawiający nie stosuje ich wcale, jak i wtedy, gdy stosuje przepisy łagodniejsze niż wynikałoby to z prawidłowo ustalonej wartości zamówienia.

Prezes Urzędu podkreślił, że zgodnie z treścią umowy (oraz formularza ofertowego), Zamawiający wypłaca wykonawcy wynagrodzenie obejmujące wszelkie koszty konieczne do poniesienia przez wykonawcę, uwzględniające wszystkie czynności związane z prawidłową i terminową realizacją przedmiotu zamówienia, co wskazuje, że wykonawca nie ponosi ryzyka ekonomicznego w rozumieniu art. 3 ust. 3 ustawy o umowie koncesji. W tych

okolicznościach opłaty pobierane od odbiorców świadczonych usług stanowią dodatkowy przychód wykonawcy.

W ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający nie oszacował wartości przedmiotowego zamówienia w zgodzie z zasadami wynikającymi z art. 28 ustawy Pzp. Wartością zamówienia jest bowiem realny koszt jego realizacji, uwzględniający całkowite wynagrodzenie wykonawcy bez podatku VAT, a zatem Zamawiający zobowiązany był objąć szacunkiem wszelkie elementy wchodzące w zakres płatności za realizację zamówienia, nawet jeżeli część wynagrodzenia stanowić będzie dodatkowy przychód wykonawcy, jakim były opłaty pobierane od klientów. Zamawiający zrzekł się na rzecz wykonawcy przychodu pochodzącego z opłat za korzystanie z szaleatów miejskich. Chociaż ustawa Pzp nie zabrania takiej praktyki, to decyzja o jej zastosowaniu nie zdejmuje z Zamawiającego odpowiedzialności za oszacowanie wartości zamówienia z uwzględnieniem również elementu wynagrodzenia wykonawcy, który nie pochodzi bezpośrednio od Zamawiającego, natomiast uzyskiwany jest z pobierania pożytków.

Prezes Urzędu zaznaczył, że Zamawiający jest jednostką organizacyjną Gminy Miasta Gdyni, działającą w formie jednostki budżetowej, realizującej zadania gminy oraz zadania powiatu. W związku z powyższym próg, od którego Zamawiający zobowiązany jest stosować przepisy właściwe dla zamówień unijnych wynosi 140 000 euro, tj. – 623 504 zł. Mając na uwadze fakt, że wartość przedmiotowego zamówienia bez uwzględnienia przychodu wykonawcy pochodzącego z opłat za korzystanie z szaleatów została ustalona na kwotę 581 100 zł netto, w przypadku prawidłowego oszacowania wartości zamówienia, istnieje prawdopodobieństwo, że wartość zamówienia byłaby równa lub wyższa od ww. kwoty 143 000 euro, tj. – 663 105 zł, a Zamawiający byłby zobowiązany do zastosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, w tym przede wszystkich przepisów dotyczących zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co z kolei mogło wpłynąć na rozszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców gotowych zrealizować niniejsze zamówienie.

Pismem z 18 października 2024 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli, w których zakwestionował stanowisko, że szacując wartość zamówienia powinien uwzględnić wynagrodzenie wykonawcy pochodzące z opłat za korzystanie z szaleatów miejskich. Zamawiający podniósł: *Przedmiotowe dochody, o czym informowaliśmy w przekazywanych pismach w ramach kontroli są dochodem Wykonawcy i Zamawiający w momencie sporządzania oszacowania wartości zamówienia nie miał wiedzy o wysokości uzyskiwanych dochodów z tego tytułu, gdyż nie prowadził ewidencji tych środków. Należy zwrócić uwagę, że głównym przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług związanych z funkcjonowaniem szaleatów miejskich i zapewnienie dostępu do nich na*

terenie Gminy. W opisie przedmiotu zamówienia jasno opisano obowiązki eksploratora – Wykonawcy, zakres prac naprawczo – konserwacyjnych, sposób organizacji pracy oraz wykaz szaleatów wraz z ilością oczek utrzymywanych obiektów. Większość działań Wykonawcy związanych z realizacją zamówienia dotyczy utrzymania technicznego poszczególnych obiektów szaleatów miejskich. Pobieranie opłat od klientów nie stanowi głównego przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe opłaty pobierane przez Wykonawcę nacechowane są wysokim stopniem sezonowości, jak i brakiem pewności, co do założonych wpływów z tego tytułu. Zamawiający w przypadku uzyskania danych o wysokości powyższych opłat od klientów – dochodów, w praktyce przygotowania postępowania, w zależności od przyjętej przez Zamawiającego techniki szacowania wartości zamówienia, mógłby przyjąć, że dochody te mogą pomniejszyć lub powiększyć kwotę oszacowania wartości zamówienia. Pomniejszenie mogłoby wystąpić na przykład w przypadku, gdy inżynieria finansowa zamówienia zakładałaby dzielenie uzyskanego dochodu z Wykonawcą lub uzyskany dochód przeznaczony byłby np. na pokrycie w całości lub części miesięcznej ryczałtowej ceny jednostkowej za utrzymanie szaleatów. Powiększenie wartości zamówienia mogłoby wystąpić wówczas, gdy głównym przedmiotem zamówienia byłoby utrzymanie obiektów szaleatów i odbieranie opłat od klientów na rzecz Zamawiającego, a powiększenie wartości zamówienia sprowadzałoby się oprócz zapłaty miesięcznej ryczałtowej ceny jednostkowej za utrzymanie szaleatów, o koszt prowadzenia rachunków bankowych oraz prowizji za obrót bezgotówkowy i przewóz środków pieniężnych do instytucji bankowych lub agencji finansowych. W zamówieniu objętym kontrolą doraźną nie przewidziano tego typu realizacji zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę na brak wiedzy na temat wysokości uzyskanego dochodu w trakcie planowanej realizacji zamówienia spowodowanej niemożliwą do przewidzenia wysokością uzyskanych dochodów. Stwierdził, że dane o wysokości dochodów są możliwe do pozyskania na przykład od wykonawców realizujących podobne zamówienie w latach poprzednich lub poprzez wprowadzenie do zamówienia obowiązku przedstawiania dokumentów finansowych wykonawcy związanych z osiąganym dochodem z opłat za korzystanie z szaleatów, jednakże w latach ubiegłych, jak i w zamówieniu objętym kontrolą, nie były przewidziane tego typu rozwiązania, ponieważ Zamawiający opierał swoje szacowanie wartości zamówienia na wartościach z umów z okresu poprzedzającego zamówienie objętego kontrolą. Zamawiający nie mógł przyjąć do oceny oferty wartości wynagrodzeń comiesięcznych brutto i przyszłych dochodów z opłat za korzystanie z szaleatów, ponieważ nastąpiłaby nieporównywalność ofert powodowana niemożliwą do przewidzenia wysokością uzyskanych dochodów. Ponadto Zamawiający naraziłby się na zarzuty, że opis przedmiotu zamówienia jest opisany niejednoznacznie i nie określa

wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto Zamawiający powołał się na przepis art. 224 ust. 2 ustawy Pzp i podniósł, że gdyby dochody z opłat za korzystanie ze szaleków były doliczane do oszacowania wartości zamówienia i w składanych ofertach wystąpiłaby rażąco niska cena, Zamawiający występując do wykonawcy o wyjaśnienia elementów cenotwórczych oferty, weryfikowałby wyjaśnienia w oparciu o dochody prawdopodobne do uzyskania. Ponadto mogłoby dojść do sytuacji, w której wykonawcy w sposób sobie tylko wiadomy kalkulowałoby przyszłe dochody w odniesieniu do poniesionych kosztów wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia, w wyniku czego każde wyjaśnienie potwierdzałoby, że przedmiot zamówienia jest realny do wykonania za oferowaną cenę.

Ponadto Zamawiający podniósł, że biorąc pod uwagę jego formę organizacyjno-prawną (jednostka budżetowa Gminy Miasta Gdyni), próg, od którego winien stosować przepisy właściwe dla zamówień unijnych wynosił 215 000 euro, co stanowiło 957 524,00 zł netto, a nie jak przyjęto w trakcie kontroli doraźnej – 140 000 euro, tj. 623 504 zł netto. Zamawiający poinformował, że w toku analizy informacji o wyniku kontroli doraźnej zwrócił się do wykonawcy uprzednio realizującego podobną usługę w okresie od 01.12.2020 r. do 31.10.2023 r. z prośbą o podanie orientacyjnej kwoty, jaką uzyskał w powyższym okresie z opłat za korzystanie z toalet miejskich. Wykonawca w odpowiedzi podał kwotę 357 578,00 zł brutto. W przypadku doliczenia dochodu do wartości szacunkowej przyjętej w postępowaniu, to kwota oszacowania wartości zamówienia wynosiłaby 938 678,00 zł, czyli poniżej progu unijnego. Zamawiający stwierdził jednak, że powyższa analiza jest obciążona błędem, gdyż kwota wykazana przez wykonawcę jest kwotą brutto, czyli przed opodatkowaniem podatkiem dochodowym oraz podatkiem od towarów i usług VAT, a ten zależny jest od rodzaju opodatkowania oraz prowadzonej działalności gospodarczej, np. zwolnienia z podatku VAT lub prowadzenia działalności gospodarczej, w ramach której rozliczenie przychodów uzyskiwanych z prowadzenia działalności gospodarczej odbywa się na podstawie stawki zryczałtowanej lub w pełni opodatkowanej.

Prezes Urzędu nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń, podtrzymując stanowisko z informacji o wyniku kontroli.

Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczność, że pobieranie opłat od klientów nie jest głównym przedmiotem zamówienia nie wpływa na ocenę przedstawionego w informacji o wyniku zarzutu. Czynność poboru opłat jest wymieniona w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia i nie ulega wątpliwości, że jest częścią przedmiotu zamówienia. Pobierane opłaty stanowią przychód wykonawcy, a więc niewątpliwie wliczają się do całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, o którym mowa w art. 28 ustawy Pzp.

Odnosząc się do braku wiedzy na temat wysokości uzyskanego dochodu w trakcie planowanej realizacji zamówienia Prezes Urzędu stwierdził że odpowiedzialność za prawidłowe oszacowanie zamówienia spoczywa w całości na Zamawiającym. To od Zamawiającego zależy wybór metody, za pomocą której uwzględni w szacunku wszystkie elementy zamówienia, w tym również świadczenia dodatkowe mające wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Nawet jeżeli nie ma możliwości dokładnego przewidzenia kwoty uzyskanych przychodów pochodzących z opłat za korzystanie z toalet ze względu na różne zmienne, to dane o wysokości dochodów są możliwe do pozyskania na przykład od wykonawców realizujących podobne zamówienie w latach poprzednich.

W ocenie Prezesa Urzędu niezrozumiały jest argument dotyczący nieporównywalności ofert oraz niemożliwości oceny ofert w zakresie rażąco niskiej ceny w przypadku uwzględnienia w szacunkowej wartości zamówienia wynagrodzenia wykonawcy pochodzącego z opłat za korzystanie z toalet. Prezes Urzędu wyjaśnił, że jeżeli Zamawiający ustaliłby stałą szacunkową kwotę przychodów pochodzącej z tego aspektu zamówienia, którą zawarłby w opisie przedmiotu zamówienia, każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu byłby zobowiązany do jej uwzględnienia w jednakowej wysokości w oferowanej cenie. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że Zamawiający miał również inne możliwości rozwiązania powyższej kwestii, np. poprzez wzięcie na siebie ryzyka wynikającego z niepewności przychodu pochodzącego z opłat za toalety, w związku z czym to Zamawiający otrzymywałby pożytki pochodzące z tego świadczenia, natomiast wykonawca niezależnie od ilości korzystających z toalet osób otrzymałby stałe wynagrodzenie za objętą przedmiotem zamówienia usługę.

Odnosząc się do kwestii progu, od którego Zamawiający winien stosować przepisy właściwe dla zamówień unijnych, Prezes Urzędu podniósł, że nie wpływa ona na kwalifikację prawną opisanego w informacji o wyniku zarzutu. W odniesieniu do argumentacji, że w przypadku doliczenia dochodu (kwoty 357 578,00 zł brutto wynikającej z opłat klientów) do wartości szacunkowej przyjętej w postępowaniu, to kwota oszacowania wartości zamówienia wynosiłaby 938 678,00 zł, czyli poniżej progu, od którego Zamawiający winien stosować przepisy właściwe dla zamówień unijnych, Prezes Urzędu zaznaczył, że podana kwota za opłaty za korzystanie z toalet miejskich, jak wskazał sam Zamawiający, jest orientacyjna. Ponadto ww. kwota zysku pochodzącego z opłat za toalety miejskie, za lata 2020-2023, może być nieadekwatna do okresu, w jakim miało być realizowane przedmiotowe zamówienie. Zamawiający bowiem podał orientacyjną kwotę opłat pobieranych od korzystających z szaletów, obejmującą okres pandemii Covid-19, podczas liczba osób korzystających z toalet miejskich była bezsprzecznie niższa, np. z uwagi obostrzenia wówczas obowiązujące, czy ograniczony ruch turystyczny. Mając na uwadze zmianę

okoliczności, w jakich miało być realizowane przedmiotowe zamówienie, warto zauważyć, że szacowana przez Zamawiającego kwota, obejmująca sumę opłat od klientów za lata 2020-2023, wynosi, poglądowo, przy stawce 8% podatku VAT dla podanej przez wykonawcę sumy opłat pochodzących od klientów, 910 071,76 zł netto, a zatem jedynie o 47 452,24 zł poniżej progu unijnego. Powyższe pozawala uznać, że przyjmując próg od którego Zamawiający powinien stosować przepisy właściwe dla zamówień unijnych w wysokości 957 524,00 zł netto, w dalszym ciągu nie można wykluczyć, że Zamawiający przy uwzględnieniu w wartości szacunkowej zamówienia przychodu wykonawcy pochodzącego z opłat za korzystanie z szaletów, byłby zobowiązany do zastosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, gdyby dołożył należytej staranności przy szacowaniu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny został ustalony w toku kontroli prawidłowo, a istotą sporu jest interpretacja tego stanu faktycznego i jego ocena pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp.

W ocenie Izby ocena dokonana przez Prezesa Urzędu jest prawidłowa. Nie powtarzając pełnej argumentacji przedstawionej w informacji o wyniku kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia, którą to argumentację Izba w całości podziela, tytułem uzupełnienia oraz podkreślenia niektórych aspektów Izba wskazuje, co następuje:

Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia jest czynnością o szczególnym znaczeniu dla zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, determinuje ona bowiem sposób prowadzenia postępowania i obowiązki zamawiającego, w tym dotyczące publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz terminów wykonywania poszczególnych czynności. W związku ze znaczeniem wartości szacunkowej zamówienia dla przebiegu postępowania ustawodawca w art. 28 ustawy Pzp wskazał na obowiązek ustalenia tej wartości z należyłą starannością, z uwzględnieniem całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy (bez podatku od towarów i usług). Oznacza to, że wartość zamówienia musi jak najlepiej odzwierciedlać rynkowy poziom wynagrodzenia uzyskiwanego na wykonanie świadczeń odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

Jak słusznie wskazał Prezes Urzędu, zgodnie z motywem 19 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie

zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, *do celów oszacowania wartości zamówienia, trzeba uwzględnić wszystkie dochody, niezależnie od tego, czy zostały one otrzymane od instytucji zamawiającej, czy też od osób trzecich.* Dyrektywa jednoznacznie przesądza więc, że wartość zamówienia obejmuje nie tylko szacowane wynagrodzenie, które wypłaci wykonawcy zamawiający, ale też dochody, jakie wykonawca uzyska z tytułu realizacji zamówienia od innych podmiotów. Powyższe znajduje potwierdzenie zarówno w orzecznictwie unijnym, jak i krajowym.

Skoro więc w rozpoznawanej sprawie wykonawca miał osiągać dochody z opłat za korzystanie z toalet, to dochody te powinny być uwzględnione jako składnik wynagrodzenia wykonawcy dla potrzeb szacowania wartości zamówienia. Odmienne stanowiska nie uzasadniają argumenty przedstawione przez Zamawiającego w zastrzeżeniach.

Po pierwsze, nie sposób zgodzić się z argumentem, jakoby o niezasadności stanowiska Prezesa Urzędu świadczyła okoliczność, że pobieranie opłat od klientów nie stanowi głównego przedmiotu zamówienia. Czynności poboru opłat stanowią element przedmiotu zamówienia, co zostało wprost wyrażone w punkcie 4 lit. c ww. załącznika A do SWZ, a biorąc pod uwagę, że *opłaty pobierane od klientów nie podlegają rozliczeniu z Zamawiającym – stanowią w całości przychód Wykonawcy*, to powinny być wliczone do całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym nie mógł on uwzględnić w wartości zamówienia przychodów z opłat za korzystanie z toalet, gdyż nie miał wiedzy o wysokości uzyskiwanych dochodów z tego tytułu i nie prowadził ewidencji tych środków. W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes Urzędu zasadnie wskazał, że *nawet jeżeli nie ma możliwości dokładnego przewidzenia kwoty uzyskanych przychodów pochodzących z opłat za korzystanie z toalet ze względu na różne zmienne, to jak zauważył sam Zamawiający „dane o wysokości dochodów są możliwe do pozyskania na przykład od Wykonawców realizujących podobne zamówienie w latach poprzednich”.*

Za nietrafne należy również uznać stanowisko Zamawiającego, że nie mógł on przyjąć do oceny oferty jako całkowite wynagrodzenie Wykonawcy wartość wynagrodzeń comiesięcznych brutto i przyszłych dochodów z opłat za korzystanie z szaleatów ponieważ *nastąpiłaby nieporównywalność ofert powodowana niemożliwą do przewidzenia wysokością uzyskanych dochodów.* Odnosząc się do tego stanowiska Izba podkreśla, że konieczne jest dokonanie rozróżnienia między szacowaniem wartości zamówienia a kryteriami oceny ofert. Wysokość dochodów z pobranych przez wykonawcę opłat powinna być uwzględniona dla celów szacowania wartości zamówienia, ocena ofert jest natomiast odrębną kwestią, która mogła być rozwiązana na różne sposoby, na co wskazał Prezes Urzędu w odpowiedzi na

zastrzeżenia. Podobnie, niezasadne jest stanowisko, że uwzględnienie w wartości zamówienia dochodów z opłat za korzystanie z toalet spowoduje wystąpienie różnic między tą wartością a cenami złożonych ofert na poziomie obligującym do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej pod kątem rażąco niskiej ceny. W tym kontekście dodatkowo zauważyć należy, że przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zezwala na odstąpienie od wezwania do wyjaśnień mimo 30% różnicy między ceną oferty a wartością zamówienia, w sytuacji gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W odniesieniu do kwestii progu, od którego Zamawiający winien stosować przepisy właściwe dla zamówień unijnych, Izba stwierdziła, że został on w informacji o wyniku kontroli wskazany błędnie. Zamawiający słusznie podniósł, że zgodnie z Obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów próg unijny dla zamawiających będących samorządowymi jednostkami sektora finansów publicznych wynosił 215 000 euro, co stanowiło 957 524,00 zł netto. Powyższe nie oznacza jednak – zdaniem Izby – że Prezes Urzędu dokonał błędnej kwalifikacji prawnej stwierdzonego naruszenia. Należy mieć na uwadze, że podana przez Zamawiającego w zastrzeżeniach wartość dochodów z opłat w okresie od 01.12.2020 r. do 31.10.2023 r. jest wartością orientacyjną i niepopartą dowodami. Dodatkowo, jak zasadnie zauważył Prezes Urzędu, Zamawiający powołał się na dane z okresu pandemii Covid-19, podczas którego liczba osób korzystających z toalet miejskich była bezsprzecznie niższa, np. z uwagi obostrzenia wówczas obowiązujące czy ograniczony ruch turystyczny. Biorąc pod uwagę, że wskazana przez Zamawiającego wartość uwzględniająca sumę opłat za korzystanie z toalet za lata 2020-2023 jest jedynie o ok. 47,5 tys. zł niższa od progu unijnego, można zakładać, że przy uwzględnieniu odmiennych okoliczności towarzyszących realizacji zamówień, wartość ta przekroczyłaby próg unijny. Gdyby zatem Zamawiający należycie oszacował wartość zamówienia, mógłby być zobowiązany do zastosowania przepisów ustawy właściwych dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne.

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

Przewodnicząca:

.....

.....