

Warszawa, dnia 02.01. 2013 r.

UZP/DPI/O-PLA/ 14 /13

Sąd Okręgowy w Łomży

ul. Dworna 16

18-400 Łomża

Powód:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych,
Adgar Plaza 1,
ul. Postępu 17A,
02-676 Warszawa

Pozwani:

1) Gmina Miasto Zambrów,
ul. Fabryczna 3,
18-300 Zambrów.

2) Zakład Budowlano-Drogowy „SJ”
Szymański-Jarząbek Spółka Jawna,
ul. Sitarska 20,
18-300 Zambrów.

Wartość przedmiotu sporu: 6.380.629,04 zł (słownie: sześć milionów trzysta osiemdziesiąt tysięcy sześćset dwadzieścia dziewięć złotych cztery grosze).

POZEW

o stwierdzenie nieważności umowy Nr 1/2010 z dnia 26 stycznia 2010 r. na wykonanie robót budowlanych w zamian za pozyskanie gruntu z wykopów – kopalin.

Działając na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w zw. z art. 146 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) wnoszę o:

- 1) **stwierdzenie nieważności umowy Nr 1/2010 z dnia 26 stycznia 2010 r. na wykonanie robót budowlanych w zamian za pozyskanie gruntu z wykopów – kopalin zawartej pomiędzy Gminą Miastem Zambrów z siedzibą w Zambrowie jako zamawiającym a Zakładem Budowlano–Drogowym „SJ” Szymański–Jarząbek Spółka Jawna jako wykonawcą,**
- 2) **zasądzenie od pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,**
- 3) **rozpoznanie sprawy także pod nieobecność powoda.**

UZASADNIENIE

I. Stosownie do art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą zmieniającą”, do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie owej ustawy oraz zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie tej ustawy (tj. przed dniem 29 stycznia 2010 r.) stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy obowiązujące przed dniem jej wejścia w życie. Przedmiotowa umowa o zamówienie publiczne została zawarta w dniu 26 stycznia 2010 r., a zatem w stosunku do niej zastosowanie znajduje m.in. art. 146 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r. (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”.

Stosownie do art. 146 ust. 1 pkt 5 tej ustawy, umowa o zamówienie publiczne jest nieważna, jeżeli zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (Prezes UZP) może – w myśl art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy – wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy, o której mowa w ust. 1.

Analogiczne rozwiązanie przewiduje art. 168 pkt 3 ustawy; zgodnie z tym przepisem, w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes UZP może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części.

II. Pozwany – Gmina Miasto Zambrów, zwany dalej również „Zamawiającym”, obowiązany był do stosowania ustawy, stosownie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 9 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.).

III.1. W dniu 30 listopada 2009 r. Zamawiający skierował publiczne ogłoszenie – zaproszenie do składania ofert na wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu wykopów pod nieckę składowania odpadów i niecki składowania odpadów zawierających azbest, dla budowy Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w Czerwonym Borze gm. Zambrów, w zamian za pozyskanie przez wykonawcę gruntów z wykopów. Ogłoszenie to zostało zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie internetowej Zamawiającego, pod adresem <http://www.um.zambrow.bip.gov.info.pl>, w zakładce „zamówienia publiczne”.

Jak wynika z ogłoszenia, dokumentacja budowlana, na którą uzyskano pozwolenie na budowę przewidywała wykonanie robót związanych z wykopami w następującej wielkości:

- niecka składowania odpadów 147.083,44 m³,
- niecki do składowania azbestu 189.800,00 m³,

tj. łącznie 336.883,44 m³.

Dodatkowo Zamawiający wskazał procentowy udział poszczególnych frakcji gruntu w ogólnej masie gruntu, który wynikał z opinii geologicznej dotyczącej przydatności gruntów pochodzących z wykopów:

- pospółka: 21,8%,
- piasek drobny: 9,1%,
- piasek średni: 63,5%,
- piasek gruby: 4,9%,
- glina, il i pył: 0,7%

Z ogólnej masy gruntów pochodzących z wykopów należało pozostawić ok. 25.000 m³ na potrzeby wysypiska.

Ponadto, oprócz wykonania trzech niecek pod składowisko odpadów w zamian za pozyskany grunt z wykopu, wykonawcy mieli zaoferować świadczenia dodatkowe, jakie zamierzają wykonać na rzecz zamawiającego. Zamawiający zaznaczył przy tym, że świadczenia dodatkowe požądane przez niego dotyczą w szczególności dostawy na teren Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w Czerwonym Borze wskazanej ilości gliny, gruntu glebotwórczego i humusu oraz innych świadczeń na rzecz

Miasta Zambrów i z ich opisem w podaniem wartości. Jedynym kryterium oceny ofert była wartość świadczeń dodatkowych.

(Dowód: wydruk ogłoszenia o zamówieniu – załącznik nr 2; oryginał dokumentu w posiadaniu Pozwanego nr 1.)

III.2. Umową nr 1/2010 z dnia 26 stycznia 2010 r. Zamawiający udzielił przedmiotowego zamówienia wykonawcy: Zakładowi Budowlano–Drogowemu „SJ” Szymański – Jarząbek Sp. j.

Jak wynika z § 1 pkt 3 ww. umowy, koszt robót ziemnych wykonawcy określono na kwotę 5.357.072,22 zł netto; w pkt 4 rzeczonego paragrafu zaś koszt robót budowlanych wykonawcy określono na kwotę 1.023.556,82 zł netto. Łączny zatem koszt robót, które miały zostać wykonane na podstawie wspomnianej umowy, wynieść miał 6.380.629,04 zł netto.

Zgodnie z § 2 umowy, wykonawca zobowiązany został do pozostawienia na odkład ok. 25.000 m³ gruntu uzyskanego z wykopów oraz do realizacji świadczeń dodatkowych w postaci dostarczenia na teren Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w Czerwonym Borze wskazanej w ogłoszeniu ilości gliny, gruntu glebotwórczego i humusu oraz wbudowania dowiezionej gliny w czasie niecki zgodnie z dokumentacją budowlaną.

W zamian za realizację przedmiotu zamówienia (oraz ww. świadczeń) wykonawca miał nabyć prawo własności kopalin uzyskanych z wykopów w ilości 311.883,44 m³, wynikającej z kosztorysu robót ziemnych przy wykonaniu niecek uwzględniającej ilość gruntu przewidzianego do pozostawienia na odkład (vide: § 3 umowy).

Wartość przedmiotu umowy została ustalona w oparciu o wycenę robót budowlanych i zadeklarowanych świadczeń wykonawcy na rzecz Miasta Zambrów i wynosiła 6.380.629,04 zł netto. Wartość pozyskanych przez wykonawcę kopalin stanowiła równowartość wartości świadczeń wykonawcy na rzecz Miasta Zambrów i wynosiła 6.380.629,04 zł. Zapłata za wykonane świadczenia miała się odbyć w formie niepieniężnej, w ramach świadczenia wzajemnego.

(Dowód: kopia umowy nr 1/2010 z dnia 26 stycznia 2010 r. – załącznik nr 3; oryginały dokumentu w posiadaniu Pozwanych.)

IV. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, z przedstawionych powyżej okoliczności wynika, iż Zamawiający udzielił zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu wykopów pod nieckę składowania

odpadów i niecki składowania odpadów zawierających azbest, dla budowy Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w Czerwonym Borze gm. Zambrów, w zamian za pozyskanie przez wykonawcę gruntów z wykopów bez stosowania ustawy, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 tejże ustawy, zgodnie z którym zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

IV.2. Stosownie do treści art. 2 pkt 13 ustawy, ilekroć w ustawie jest mowa o zamówieniach publicznych należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja zamówienia publicznego, zawarta we wskazanym przepisie, ma charakter przedmiotowo-podmiotowy. Dla dokonania kwalifikacji prawnej danego zamówienia jako zamówienia publicznego, konieczna jest więc ocena, czy w danym stanie faktycznym łącznie zostały spełnione następujące warunki: umowa jest odpłatna, stronami umowy są zamawiający i wykonawca, a jej przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

W niniejszym stanie faktycznym podmiot udzielający przedmiotowego zamówienia jest zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy, przedmiotem zamówienia były natomiast roboty budowlane polegające na wykonaniu wykopów pod trzy niecki składowania odpadów.

Na gruncie ustawy świadczeniem zamawiającego za zrealizowanie przez wykonawcę zamówienia nie musi być konieczne świadczenie pieniężne. Świadczenie zamawiającego na rzecz wykonawcy może przybrać formę cesji praw lub przewłaszczenia własności rzeczy o wartości ekonomicznej odpowiadającej usługom, dostawom lub robotom budowlanym świadczonym przez wykonawcę. Tym samym, świadczenie zamawiającego stanowi zawsze ekwiwalent (kwotę pieniędzy, rzecz lub wierzytelność) za świadczenie niepieniężne wykonawcy i jest wynagrodzeniem wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia publicznego.

Podobnie na gruncie prawa wspólnotowego i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, uznaje się, że umowa ma charakter odpłatny w sytuacji, gdy zamawiający zobowiązany jest do świadczenia wzajemnego względem wykonawcy, w zamian za świadczenia, które ten ma wykonać (*vide*: orzeczenie z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, pkt 77). Zgodnie z celem dyrektyw wspólnotowych, jakim jest otwarcie rynków zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, a także przyczynienie się do realizacji swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w tym zakresie, pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko. Obejmuje ono nie tylko świadczenia

pieniężne, lecz również każdy rodzaj zobowiązania, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia na roboty budowlane, na przykład zobowiązanie do określonego udziału w finansowaniu projektu lub pokrycia ewentualnych strat powstałych podczas jego wykonywania.

Jeśli więc wynagrodzeniem za realizację danego zamówienia (w niniejszym stanie faktycznym: wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu wykopów pod niecki) ma być przeniesienie na wykonawcę prawa własności do dóbr, które przedstawiają daną wartość materialną (w niniejszym stanie faktycznym: grunty z wykopu), to wówczas mamy do czynienia z zamówieniem publicznym, dochodzi bowiem do przekazania przedstawiającego określoną wartość ekonomiczną mienia, które należy do podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy przy wydatkowaniu środków publicznych. W takiej sytuacji, wyłonienie wykonawcy dokonane powinno być zgodnie z procedurami określonymi w ustawie.

Z powyższego wynika zatem, że zamówienie udzielone przedmiotową umową z dnia 26 stycznia 2010 r. było zamówieniem publicznym w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy, a co za tym idzie – mogło zostać udzielone jedynie podmiotowi wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

IV.3. Jak wynika z dokonanych przez Prezesa UZP ustaleń, wyniki których nie są kwestionowane przez Zamawiającego, zawarcie przedmiotowej umowy z dnia 26 stycznia 2010 r. i udzielenie objętego nią zamówienia publicznego nie zostało poprzedzone przeprowadzeniem postępowania w jednym z trybów przewidzianych przepisami ustawy. Udzielenie wspomnianego zamówienia z pominięciem obowiązku stosowania owych przepisów stanowi rażące naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy.

Podnoszone przez Zamawiającego trudności z opisem przedmiotu zamówienia i ustaleniem jego szacunkowej wartości – jeśli nawet faktycznie miały miejsce – nie mogły zwolnić go od obowiązku stosowania ustawy przy udzielaniu rzeczonożego zamówienia.

V. Stosownie do art. 6 ust. 1 ustawy zmieniającej w zw. z art. 168 pkt 3 ustawy, Prezes UZP w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów tej ustawy może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Ustawodawca przewidział zatem dla Prezesa UZP jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy) legitymację procesową czynną w zakresie wytaczania powództw o stwierdzenie nieważności umów w sprawach zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 154 pkt 11 ustawy, Prezes UZP czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, a w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą.

Jedna z takich zasad wyrażona została w przywołanym już wyżej art. 7 ust. 3 ustawy.

Udzielenie niniejszego zamówienia z pominięciem stosowania ustawy Pzp mimo, iż Zamawiający zobowiązany był do jej stosowania oznacza, że do wyboru oferty i udzielenia przedmiotowego zamówienia doszło z rażącym naruszeniem ostatniego z wymienionych przepisów. Właściwy sąd, na wniosek Prezesa UZP, stojącego na straży ładu systemu zamówień publicznych, działającego w oparciu o art. 6 ust. 1 ustawy zmieniającej w zw. z art. 168 pkt 3 ustawy, powinien stwierdzić nieważność umowy, którą zamówienie to zostało udzielone.

VI. Art. 154 pkt 11 ustawy, w powiązaniu z art. 6 ust. 1 ustawy zmieniającej w zw. z art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy, stanowi podstawę do wszczęcia procesu cywilnego o stwierdzenie nieważności umowy, której zawarcie nastąpiło w okolicznościach wskazanych enumeratywnie w art. 6 ust. 1 ustawy zmieniającej w zw. z art. 146 ust. 1 ustawy. Prezes UZP posiada zatem podstawy procesowe i materialnoprawne do wszczęcia postępowania cywilnego, bez konieczności wykazywania się istnieniem interesu prawnego w rozumieniu art. 189 k.p.c. Prezes UZP działa jako *statio fisci* Skarbu Państwa, realizując funkcje władcze (*imperium*) Skarbu Państwa.

Analogiczny pogląd zaprezentował Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 września 2009 r. (sygn. akt II CSK 104/09, Lex nr 527136). W uzasadnieniu rzeczonoego wyroku wskazano w szczególności, iż „w sprawie od początku przewija się oparcie powództwa na przepisach statuujących pozycję prawną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w szczególności na art. 152 i nast. p.z.p. Przepisy te określają Prezesa powyższego Urzędu, jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych, znajdujący się pod nadzorem Prezesa Rady Ministrów (art. 152 ust. 1 i 2 p.z.p.) (...). Zgodnie z art. 154 pkt 11 p.z.p. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, a (...) w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Przepis ten, w powiązaniu z art. 146 ust. 2 pkt 1 p.z.p. stanowi (...) wystarczającą podstawę do wszczęcia procesu cywilnego o stwierdzenie nieważności umowy, której zawarcie nastąpiło w okolicznościach wskazanych enumeratywnie w art. 146 ust. 1 p.z.p. W sprawie tej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzuca nieważność kwestionowanych w pozwie umów na podstawie art. 146 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 58

k.c. Ma zatem wystarczające podstawy procesowe i materialnoprawne do wszczęcia postępowania cywilnego i nie jest potrzebne dalsze jego uzasadnianie interesem prawnym, wywodzonym na gruncie art. 189 k.p.c. (...). Zgodnie z przytoczonym art. 152 p.z.p. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (...) jest częścią Skarbu Państwa, podobnie też się przedstawia status prawny Urzędu Celnego w (...) jako statio fisci Skarbu Państwa. Ma się więc do czynienia ze stronami sporu, które obie są samodzielnymi prawnie ale jednak jednostkami tej samej osoby prawnej – Skarbu Państwa, przy czym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych działa, realizując funkcje władcze (imperium) Skarbu Państwa (...). Poddanie zatem takich umów kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych musi mieć wyraźną podstawę kompetencyjną i taką jest art. 154 pkt 11 p.z.p.”.

Z tych też względów Prezes UZP jest uprawniony do wytoczenia powództwa o twierdzenie nieważności umowy Nr 1/2010 z dnia 26 stycznia 2010 r. na wykonanie robót budowlanych w zamian za pozyskanie gruntu z wykopów – kopalin zawartej pomiędzy Gminą Miasto Zambrów z siedzibą w Zambrowie jako zamawiającym a Zakładem Budowlano – Drogowym „SJ” Szymański – Jarząbek Spółka Jawna jako wykonawcą.

VII. Wartość przedmiotu sporu została ustalona na kwotę 6.380.629,04 zł (słownie: sześć milionów trzysta osiemdziesiąt tysięcy sześćset dwadzieścia dziewięć złotych cztery grosze), co odpowiada wartości netto przedmiotu zamówienia, określonej w § 1 ust. 1 pkt 3 i 4 umowy Nr 1/2010 z dnia 26 stycznia 2010 r.

Prezes UZP jako centralny organ administracji publicznej (*statio fisci* Skarbu Państwa) jest zwolniony na podstawie art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r., Nr 90, poz. 594, ze zm.) z obowiązku uiszczania opłat.

Właściwość miejscową sądu uzasadnia siedziba Zamawiającego.

Spis załączników.

1. Dwa odpisy pozwu wraz z załącznikami dla pozwanych.
2. Wydruk ogłoszenia o zamówieniu.
3. Kopia umowy nr 1/2010 z dnia 26 stycznia 2010 r.

02.04.09