

Sygn. akt: KIO/KD 7/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 7 lutego 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej, zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień w piśmie z 9 stycznia 2019r. (wpływ do Urzędu dnia 14 stycznia 2019 roku) przez Zamawiającego

Biuro Trybunału Konstytucyjnego (obecnie Kancelaria Trybunału Konstytucyjnego)
Al. Szucha 12A
00-918 Warszawa

dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na **dostawę sprzętu komputerowego i serwerowego**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Biuro Trybunału Konstytucyjnego (obecnie Kancelaria Trybunału Konstytucyjnego) - wszczął w dniu 15.04.2015r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego i serwerowego” w trybie zapytania o cenę. Postępowanie zostało podzielone na 3 części: część 1- dostawa komputerów i drukarek, część 2 - dostawa serwera, część 3 - dostawa urządzenia NAS (Network Attached Storage). W wyniku przeprowadzonego postępowania w trybie zapytania o cenę zawarto dnia 18.05.2015r. umowy na część 1 i 2, zaś w zakresie części 3 postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na brak ofert.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 70 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie zapytania o cenę, tj. w sytuacji niezastnienia ustawowych przesłanek określonych w tym przepisie, czym Zamawiający naruszył wyrażoną w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów przetargowych, a w konsekwencji nie zapewnił zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W Załączniku I (uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie zapytania o cenę) do ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Zamawiający nie zawarł uzasadnienia faktycznego do zastosowania trybu zapytania o cenę, ograniczając się do przytoczenia dyspozycji art. 70 ustawy Pzp.

Wyjaśniając, na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, powody zastosowania trybu zapytania o cenę Zamawiający w piśmie z dnia 30.03.2017r. wskazał m.in., że *„opis parametrów przedmiotu dostawy (...) wskazuje na standardowe, powszechnie dostępne rynkowo urządzenia - produkty gotowe nie wymagające customizacji dla potrzeb i wymagań określonego klienta - w tym przypadku Zamawiającego”*. W ocenie Zamawiającego zarówno rodzaj świadczenia (dostawy/usługi) jak i oszacowana wartość zamówienia (poniżej progów unijnych) są bezsporne i nie wymagają odrębnego dowodu zważywszy na charakter i przedmiot świadczeń (wg definicji legalnych z art. 2 Pzp) jak i oszacowaną wartość zamówienia (uwzględniając obowiązujący w dacie wszczynania postępowań próg wartości zamówień unijnych dla Zamawiającego, przy uwzględnieniu stałego kursu przeliczenia euro na potrzeby ustalenia wartości zamówienia).

Odnosząc się do kwestii charakteru świadczeń, jako powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych, Zamawiający stwierdził, że w ustawie Pzp nie ma definicji legalnej pojęcia usług/dostaw powszechnie dostępnych, ani definicji powszechnej dostępności. Biorąc pod uwagę fakt, że tryb zapytania o cenę nie został wprowadzony w wyniku implementacji dyrektyw unijnych, gdyż nie odnosi się do zamówień publicznych realizowanych powyżej progów, z których wynika obowiązek stosowania dyrektyw, to bezpośrednio przesłanek jego stosowania nie można odnaleźć i wywodzić z treści dyrektyw. Zamawiający zauważył, że ustawa Pzp odnosi się do pojęcia powszechnej dostępności jedynie przy definicji „dynamicznego systemu zakupów” (art. 2 pkt 2a Pzp). Pośrednio zatem skoro definicja dynamicznego systemu zakupów posługuje się pojęciem usług powszechnie dostępnych, a ten tryb jest regulowany na gruncie Dyrektywy klasycznej 2004/18/WE (obowiązującej w dacie wszczęcia kontrolowanych postępowań), można próbować z treści Dyrektywy wywodzić, jak powinno być rozumiane pojęcie usług powszechnie dostępnych. Zgodnie z pkt 13 preambuły Dyrektywy „z uwagi na szybki rozwój elektronicznych systemów zakupów, należy obecnie wprowadzić odpowiednie reguły, które umożliwią instytucjom zamawiającym pełne wykorzystanie możliwości stwarzanych przez te systemy.

W tym kontekście niezbędne jest zdefiniowanie w pełni elektronicznego, dynamicznego systemu zakupów dla zakupów bieżącego użytku, oraz określenie szczególnych reguł tworzenia i funkcjonowania takiego systemu w celu zapewnienia równego traktowania każdego wykonawcy, który chciałby wziąć w nim udział. Każdy wykonawca, który złoży ofertę orientacyjną, zgodnie ze specyfikacją oraz spełni kryteria kwalifikacji powinien mieć możliwość przystąpienia do takiego systemu. Taka technika zakupów umożliwia instytucji zamawiającej, poprzez stworzenie wykazu zakwalifikowanych oferentów oraz umożliwienie udziału nowym oferentom, uzyskanie szczególnie szerokiego wachlarza ofert dzięki dostępnym udogodnieniom elektronicznym, a poprzez to zapewnienie optymalnego wykorzystania środków publicznych dzięki szerokiej konkurencji”.

Zamawiający, dokonując wykładni przepisu art. 2 pkt 2 a ustawy Pzp stwierdził, że dynamiczny system zakupów może być stosowany dla takich powszechnie dostępnych dostaw i usług, które służą bieżącemu użytkowi. Przymiotnik bieżący oznacza: obecny, aktualny, terażniejszy, dzisiejszy, zaś użytek to zastosowanie, posługiwanie się, używanie, użytkowanie. Można zatem powiedzieć, że zakupy bieżącego użytku, to zakupy codziennego, obecnego używania.

Analogicznie obowiązująca aktualnie Dyrektywa 24/2014 w motywie 63 wskazuje: Ten sposób dokonywania zakupów umożliwia instytucji zamawiającej korzystanie ze szczególnie szerokiej gamy ofert, a co za tym idzie, zapewnia optymalne wykorzystanie środków publicznych *dzięki szerokiej konkurencji w odniesieniu do powszechnie używanych*

lub gotowych produktów, robót budowlanych lub usług, które są ogólnie dostępne na rynku. Zamawiający wskazał, że krajowy porządek prawny pojęcia „powszechnej dostępności” używa przykładowo na poziomie następujących aktów prawnych:

- ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U.2011.5,13 ze zm.), gdzie mowa jest o powszechnej dostępności do usługi publicznego transportu zbiorowego,
- ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U.2004.171.1800 ze zm.), gdzie mowa jest o dostępności do powszechnych usług,
- a także ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U.2012.1529), gdzie wskazuje się na powszechne usługi pocztowe.

Cechą wspólną tych usług jest ich dostępność dla każdego bez względu na to czy jest osobą fizyczną, czy prawną, czy też inną jednostką organizacyjną, jak również bez względu na to czy jest podmiotem prawa prywatnego czy publicznego. Tym samym powszechna dostępność zamówienia również na gruncie polskiego prawa może być rozumiana jako zamówienie bieżącego użytku.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający uznał, że o dostępności usługi/dostawy nie świadczy jedynie to od ilu podmiotów na rynku można ją kupić (choć w ocenie Zamawiającego

ma to istotny walor jako element przesłanki), ale to czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnej odbiorcy. W ocenie Zamawiającego dostawy komputerów klasy PC czy drukarek na potrzeby standardowego użytku biurowego taką cechą posiadają. Zarówno takie usługi jak i dostawy mogą być niezbędne przeciętnej osobie fizycznej, a tym bardziej przedsiębiorcy.

Powszechność dostępu należy odnieść do rynku danego typu, a więc możliwości realizacji zamówienia przez podmioty działające w danej branży. Zdaniem Zamawiającego, świadczenia będące przedmiotem kontroli są powszechnie dostępnymi, które jako dobra popularne zaspokajają potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Nie są one zatem usługami nietypowymi ani rzadkimi. Kierując się wykładnią językową, ustawowe pojęcie "powszechnie dostępny" należałoby rozumieć jako "dotyczący wszystkich, wszystkiego", pospolity, masowy, popularny. Przez powszechną dostępność usług należy rozumieć zatem oferowanie usług o takiej samej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku. Usługi/dostawy powszechnie dostępne to takie, które są na rynku oferowane i wykonywane przez wszystkich wykonawców działających w określonej branży. Można je nabywać bez względu na miejscowość i czas. Zamawiający podzielił także pogląd, wynikający z orzecznictwa Głównej Komisji Orzekającej Dyscypliny Finansów Publicznych, że powszechna dostępność istnieje, gdy wiele firm z danej branży jest w stanie wykonać zamówienie bez specjalnych przygotowań, a ustalone standardy jakościowe mogą

wynikać z przepisów prawa, bądź z pewnych zwyczajowo przyjętych schematów działania wykonawców. Przesłankę powszechności, o której mowa w art. 70 ustawy Pzp należałoby rozumieć jako możliwość realizacji typowych w danej branży zamówień, przez większość podmiotów z tej branży (tak orzeczenie GKO z dnia 20 lutego 2012 roku). Dostawy i usługi powszechnie dostępne to zatem dobra popularne i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym (orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 28 czerwca 2010 r., sygn. BDF1/4900//44/50/10/27).

Odnosząc się do drugiej z przesłanek, tj. ustalonych standardów jakościowych - usługi i dostawy będące przedmiotem kontroli w ocenie Zamawiającego takie standardy reprezentują. Pojęcie "ustalone standardy jakościowe" można definiować jako typy/rodzaje usług/dostaw dokładnie określone, znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, standardowym, a nie specyficznym wymaganiom (normom), nie wymagające indywidualnego podejścia. Istotną cechą usług/dostaw zamawianych w trybie zapytania o cenę powinna być więc ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju usług, oferowanych przez różnych wykonawców, poprzez podanie nazwy usługi i określenie jej zakresu. Przyjęcie, że określone usługi są standardowe oznacza, iż niezależnie od faktu, kto będzie ich wykonawcą (o ile jest przynajmniej pięciu wykonawców świadczących usługi określonego rodzaju), jedyną różnicą będą zaoferowane ceny. W konsekwencji tryb zapytania o cenę może być stosowany w odniesieniu do takich usług, których standardy jakościowe nie są ustalane indywidualnie przez zamawiającego na jego konkretne potrzeby, ale zamawiający zaspokaja swoje potrzeby poprzez nabywanie towarów lub usług ogólnie dostępnych, powszechnie oferowanych, takich jakie są *de facto* oferowane wszystkim, ewentualnie zainteresowanym ich zakupem. W ocenie Zamawiającego ustalone standardy jakościowe charakteryzują w szczególności wyroby odpowiadające przeciętnym wymaganiom - przeciętne typy, wzorce, rodzaje, wynikające z przyjętych dla tych produktów norm określonych przepisami prawa, jak i wymaganiami przyjętym jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Istotną cechą produktów lub usług zamawianych w trybie zapytania o cenę powinna być ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju produktów lub usług, oferowanych przez różnych wykonawców, poprzez podanie nazwy produktu i określenie podstawowych parametrów (tak orzeczenie GKO z dnia 20 lutego 2012 roku). W przypadku usług można do tej kategorii zaliczyć takie, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tę szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Skoro przeciętny nabywca zna określoną usługę, wie, co jest jej przedmiotem i jakie są jej standardy jakościowe, a usługi te są powszechnie oferowane

oznacza to, iż popyt na nie jest również wysoki (służą bowiem zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb), a tym samym świadczy o nieskomplikowanym charakterze tych usług. „Ustalone standardy jakościowe” definiuje się jako znormalizowane cechy dostaw lub usług, spełniające przeciętne wymagania stawiane dla danego asortymentu (grupy towarowej), dzięki którym nie jest wymagane indywidualne podejście do ich wykonania. Wymagania te muszą mieć jednak charakter standardowy, typowy, a nie wymagający indywidualnego podejścia. Standardy jakościowe muszą określać istnienie minimalnego akceptowanego rezultatu, jaki świadczona usługa ma zapewnić.

Ponadto, Zamawiający przytoczył treść odpowiedzi na interpelację nr 8713 pisma A. (sygn. DDR-11-411- 2/17) dotyczącą udzielania zamówień w trybie zapytania o cenę, z której wynika m.in., „Tryb zapytania o cenę może być zatem stosowany jedynie w odniesieniu do zamówień o mniejszej wartości, typowych i najprostszych. W przypadku takich zamówień zamawiane usługi lub rzeczy powinny być w pełni porównywalne, a jedynym czynnikiem różnicującym je jest cena (...) Ponadto w przypadku trybu zapytania o cenę należy uwzględniać wszystkie instytucje właściwe trybom podstawowym m.in. zasady równego traktowania, zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości, udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający jest zobowiązany także do sporządzenia protokołu postępowania, który wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu każdemu zainteresowanemu, bez konieczności wykazywania interesu uzasadniającego zwrócenie się z takim żądaniem. Dodatkowo, po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający informuje o tym fakcie na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie. Ponadto niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego - analogicznie jak w przypadku innych trybów, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Należy zatem podkreślić, że zapewnione jest obowiązywanie zasady jawności. Podsumowując - aktualnie obowiązujące regulacje ustawy Pzp przewidują daleko idące ograniczenia w stosowaniu trybu zapytania o cenę, *uwzględniające przede wszystkim ustandaryzowany przedmiot zakupu*. W związku z powyższym Ministerstwo Rozwoju nie planuje obecnie wprowadzenia zmian do przepisów regulujących tryb zapytania o cenę”

Pismem z dnia 31 grudnia 2018r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego o wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonego w trybie zapytania o cenę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego i serwerowego. Informacja o wyniku kontroli doraźnej załączona do pisma nr UZP/DKZP/WKZ2/421/31(4)/18/WR została doręczona Zamawiającemu listem poleconym w dniu 2 stycznia 2019 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 70 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne udzielenie ww. zamówienia w

trybie zapytania o cenę, tj. w sytuacji niezastąpienia ustawowych przesłanek określonych w ww. przepisie, czym Zamawiający naruszył wyrażoną w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów przetargowych, a w konsekwencji nie zapewnił zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 9 stycznia 2019r. (nadanym na poczcie dnia 10 stycznia 2019r. i doręczonym do siedziby Urzędu Zamówień Publicznych dnia 14 stycznia 2019r.) Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej dotyczącego zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zapytania o cenę na dostawę sprzętu komputerowego i serwerowego. Na podstawie art. 167 ust. 2 Pzp Zamawiający wniósł o uwzględnienie zastrzeżeń i uznanie, że Zamawiający udzielił zamówienia publicznego zgodnie z przepisami Pzp.

Pismem z dnia 25 stycznia 2019r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował, iż nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego, ponieważ zostały wniesione z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnił, że w niniejszej sprawie *Informacja o wyniku kontroli doraźnej* załączona do pisma nr UZP/DKZP/WKZ2/421/31(4)/18/WR została doręczona zamawiającemu listem poleconym w dniu 2 stycznia 2019 r. Tym samym zamawiający mógł wnieść umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli w nieprzekraczalnym terminie upływającym w dniu 9 stycznia 2019 r. Tymczasem zastrzeżenia zostały nadane przez zamawiającego na poczcie w dniu 10 stycznia 2019 r. i doręczone do siedziby Urzędu w dniu 14 stycznia 2019 r. Oznacza to, że termin, o którym mowa w art.167 ust. 1 ustawy Pzp, został przekroczony o 1 dzień.

Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej przysługuje zamawiającemu prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Powyższy termin zaczyna swój bieg od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli oraz nie może zostać przedłużony przez Prezesa Urzędu. Obowiązujące przepisy ustawy Pzp przewidują jako warunek skuteczności zastrzeżeń wniesienie ich w ustawowym terminie. Brak zachowania przez zamawiającego wskazanego wymogu skutkuje brakiem możliwości merytorycznego rozpoznania zarzutów przez Prezesa UZP. W konsekwencji zaś, w ocenie Prezesa Urzędu, dopuszczalne w tym zakresie jest rozstrzygnięcie zgłoszonych zastrzeżeń jedynie w sposób formalny i poddanie tego rozstrzygnięcia pod ocenę właściwego organu, tj. Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej, zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ww. zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przedstawione w odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 25 stycznia 2019r., iż z uwagi na uchybienie terminu, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie i nie mogą być merytorycznie rozpoznane.

Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej przysługuje Zamawiającemu prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. W Informacji o wyniku kontroli, doręczonej Zamawiającemu dnia 2 stycznia 2019r. zawarto także pouczenie o przysługującym prawie i terminie na wniesienie umotywowanych zastrzeżeń.

Warunkiem skuteczności zastrzeżeń jest ich zgłoszenie w określonym w ustawie terminie. Termin na wniesienie zastrzeżeń ma charakter ustawowy i nie może on zostać przedłużony, gdyż ustawodawca nie przewidział takiej możliwości. Kwestii związanych z tym terminem, poza sposobem liczenia tego terminu, do którego na podstawie art. 14 ustawy Pzp stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, nie regulują żadne inne przepisy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej termin na zgłoszenie umotywowanych zastrzeżeń od wyników kontroli jest terminem prawa materialnego, który nie podlega przywróceniu. Oznacza to, że z chwilą bezskutecznego upływu tego terminu Zamawiający traci możliwość zgłoszenia zastrzeżeń, realizacja jego prawa zostaje wyłączona i wywołany zostaje skutek określony w art. 166 ust. 1 ustawy Pzp, polegający na zakończeniu przeprowadzonej kontroli doraźnej i uznaniu za ostateczne poczynionych w toku kontroli ustaleń i stwierdzonych naruszeń.

Z akt sprawy wynika, że Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 grudnia 2018r., została doręczona Zamawiającemu listem poleconym w dniu 2 stycznia 2019 r. Zatem 7 - dniowy termin na zgłoszenie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowanych zastrzeżeń upływał w dniu 9 stycznia 2019r. Tymczasem pismo, zawierające zastrzeżenia zostało nadane w placówce pocztowej dnia 10 stycznia 2019r. i

doręczone do siedziby Urzędu Zamówień Publicznych dnia 14 stycznia 2019r. (dowód w aktach sprawy).

Powyższe wskazuje , że zastrzeżenia zostały zgłoszone z uchybieniem ustawowego terminu, wynikającego z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji uniemożliwia ich merytoryczne rozpoznanie zarówno przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak i Krajową Izbę Odwoławczą.

Podobne stanowisko wyraziła Izba w następujących uchwałach: z dnia 11 sierpnia 2017r. KIO/KD 41/17, z dnia 11 maja 2017r. KIO/KD 17/17, z dnia 9 maja 2013r. KIO/KD 37/13, z dnia 5 września 2016 r. KIO/KD 55/16.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....