

Warszawa, dnia . . 2015 r.

UZP/DKD/KND/1/15

### **Informacja o wyniku kontroli doraźnej**

**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.**

<b>Nazwa i adres zamawiającego:</b>	Gmina Lublin Plac Króla Władysława Łokietka 1 20-109 Lublin
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	budowa budynku biurowo - usługowego przy ul. xxx w Lublinie, w ramach umowy najmu z dnia 7.08.2014 r. (Rep. A nr xxx), zawartej między Gminą Lublin a Wykonawcą xxx.
<b>Tryb postępowania:</b>	brak (zamówienie zostało udzielone bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych)
<b>Wartość zamówienia:</b>	70 264 320,00 zł netto (wartość 10 – letniego czynszu z tytułu umowy najmu obejmującego 14 000 m <sup>2</sup> ), co stanowi równowartość 16 631 001,91 euro [według średniego kursu złotego w stosunku do euro obowiązującego w chwili zawierania umowy najmu z dnia 7 sierpnia 2014 r. określonego na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 1612)]
<b>Środki UE:</b>	nie
<b>Data zawarcia umowy:</b>	7 sierpnia 2014 r.

## 2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

W wyniku wszczętej na wniosek kontroli doraźnej, stwierdzono następujące naruszenia ustawy:

Jak wynika z przekazanej przez Zamawiającego Gminy Lublin dokumentacji, w dniu 25 lutego 2014 r. Urząd Miasta Lublin zamieścił w prasie lokalnej oraz w miejscu publicznie dostępnym ogłoszenie w sprawie poszukiwania do wynajęcia budynku biurowego o powierzchni powyżej 14 000 m<sup>2</sup>.

Ogłoszenie zawierało następującą treść:

### *I. Zabudowa i zagospodarowanie działki.*

- 1. Usytuowanie budynku – lokalizacja w śródmieściu Lublina (budynek usytuowany w obszarze ograniczonym ulicami: xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx).*
- 2. Dojście i dojazd – dobry dostęp do węzłów komunikacji miejskiej, dojścia i wejścia do budynków spełniające wszystkie standardy, bez barier architektoniczno – technicznych dla osób niepełnosprawnych.*
- 3. Odpowiednia liczba miejsc parkingowych dla pracowników i klientów Urzędu, wraz z miejscami dla osób niepełnosprawnych.*

### *II. Obiekt powinien spełniać następujące warunki:*

- 1. Typ budynku – wolno stojący lub wydzielona część budynku; budynek bez barier architektonicznych i komunikacyjnych dla osób niepełnosprawnych – z wydzieloną powierzchnią na potrzeby: archiwum, sali obsługi klientów, sal konferencyjnych i pomieszczeń biurowych do pracy i obsługi procesów administracyjnych. Wejście do budynków – bez barier architektonicznych oraz zaprojektowane i wykonane w sposób zapewniający możliwość ewakuacji przebywających w nim osób. Budynek spełniający między innymi wymogi rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. nr 75, poz. 690 ze zm.). Schody i pochylnie – dostosowane dla potrzeb klientów i pracowników umożliwiające sprawną komunikację. Budynek wyposażony w windy umożliwiające prawidłowe przemieszczanie się między kondygnacjami osób, w tym niepełnosprawnych oraz dostawę sprzętu i wyposażenia. Zapewniające odpowiednie warunki sanitarno – higieniczne. Budynek wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej – spełniający normy budowlane – z zastosowaniem technologii i wyposażenia stosowanego dla „budynków pasywnych dających możliwość efektywnego zarządzania i optymalizacji kosztów eksploatacyjnych.”*
- 2. Wyposażenie budynku:*

- 1) *instalacja wodociągowa,*
  - 2) *instalacja klimatyzacyjna,*
  - 3) *miejsce gromadzenia odpadów,*
  - 4) *instalacja elektryczna – spełniająca normy przewidziane dla budynków biurowych z uwzględnieniem źródeł zasilania awaryjnego w celu zabezpieczenia urządzeń oraz danych w nich zawartych,*
  - 5) *instalacje niskoprądowe:*
    - *rozprowadzanie instalacji telefonicznej do wszystkich stanowisk pracy,*
    - *instalacje sieci komputerowej – rozrowadzenie instalacji do wszystkich stanowisk pracy z uwzględnieniem łączy internetowych (sieć zewnętrzna i wewnętrzna),*
  - 6) *instalacja monitoringu wizyjnego,*
  - 7) *instalacja alarmowa, antywłamaniowa – niezbędna do zabezpieczenia budynku oraz mienia w nim zgromadzonego.*
3. *Powierzchnia budynku:*
- 1) *Powierzchnia biurowa umożliwiająca pełną aranżację pokoi biurowych w sposób optymalny, wykorzystując wskazania Urzędu Miasta Lublin oraz obowiązujące normy,*
  - 2) *Pomieszczenia do obsługi klientów usytuowane w sposób umożliwiający łatwy dostęp i pełną funkcjonalność świadczenia usług,*
  - 3) *Pomieszczenia umożliwiające przygotowanie i wyposażenie sal konferencyjnych w liczbie i sposób wskazany przez Urząd,*
  - 4) *Pomieszczenia higieniczno – sanitarne oraz ciągi komunikacyjne zgodne z przepisami BHP oraz dostosowane dla potrzeb osób niepełnosprawnych.*

Zgodnie z treścią ww. ogłoszenia, oferty w formie pisemnej należało przesyłać do dnia 17 marca 2014 r.

Do upływu tego terminu, wpłynęły do Urzędu Miasta Lublin 3 oferty, w tym oferta firmy xxx.

Jak wynika z treści oferty, złożonej przez ww. firmę xxx, dotyczyła ona wynajęcia budynku mającego powstać na gruntach stanowiących własność oferenta, położonych przy ul. xxx, xxx, xxx i xxx, o powierzchni 5328 m<sup>2</sup>.

Jak wynika z treści oferty, Oferent podał, że posiadał decyzje o warunkach zabudowy dla ww. terenu, a także, iż w oparciu o ww. warunki zlecił opracowanie koncepcji urbanistyczno – architektonicznej budynku biurowo – usługowego pracowni architektonicznej xxx Sp. z o.o., którą załączył do złożonej oferty.

Nadto, w ofercie wskazano, że:

- 1) koncepcja przewiduje ok. 230 miejsc parkingowych na poziomach – 3 i – 2 oraz możliwość powstania około 50 zewnętrznych miejsc parkingowych na terenach wspólnych z xxx i xxx,
- 2) budynek będzie posiadał bardzo dobry dostęp do węzłów komunikacji miejskiej oraz spełniał wszelkie warunki Ogłoszeniodawcy, w tym wymagania dla budynku pasywnego,
- 3) elewacja budynku wykonana zostanie z najlepszych dostępnych materiałów, zaś budynek zostanie wyposażony w niezbędną ilość wind.

Xxx proponował Gminie Lublin wynajęcie całego budynku (z wyłączeniem 500 m<sup>2</sup>), którego łączna powierzchnia najmu brutto będzie wynosiła około 22 600 m<sup>2</sup>, tj.:

Kondygnacja – 1 – 3498 m<sup>2</sup> – archiwa,

Kondygnacja + 1 – 2965 m<sup>2</sup> – pomieszczenia obsługi klienta i biura,

Kondygnacja + 2 – 2766 m<sup>2</sup> – biura,

Kondygnacja + 3 – 3374 m<sup>2</sup> – biura,

Kondygnacja + 4 – 3206 m<sup>2</sup> – biura,

Kondygnacja + 5 – 2228 m<sup>2</sup> – biura,

Kondygnacja + 6 – 2444 m<sup>2</sup> – biura,

Kondygnacja + 7 – 2181 m<sup>2</sup> – biura.

Oferent wskazał, że na każdej kondygnacji możliwe są dowolne zmiany i pełna aranżacja w sposób wskazany optymalnie przez przyszłego użytkownika. Zmiany te są możliwe na etapie przygotowywania projektów techniczno – wykonawczych w ścisłej współpracy z przyszłym użytkownikiem.

Obiekt planowano oddać do dyspozycji do 31.12.2016 r.

Cena wynajmu 1 m<sup>2</sup> – 55 zł brutto.

Miejsca parkingowe w kondygnacjach – 2 i – 3 udostępnione bezpłatnie.

W tym miejscu należy dodać, że Pan xxx, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą xxx, nabył na własność niniejszą nieruchomość od Gminy Lublin na podstawie umowy sprzedaży (Rep. A nr xxx) z dnia 20 grudnia 2013 r.

W dniu 9 kwietnia 2014 r. Urząd Miasta w Lublinie przeprowadził z ww. oferentami negocjacje celem uszczegółowienia proponowanych warunków wynajmu.

Przedstawiciele xxx podtrzymali „propozycję budowy i najmu budynku na potrzeby Urzędu Miasta Lublin, na zasadach i warunkach określonych w ofercie. (...). Pod rozważę Urzędu została poddana powierzchnia na poziomie – 1, jeżeli potrzeby na pomieszczenia archiwum będą

mniejsze to część tej powierzchni może być przeznaczona na parking podziemny lub inne funkcje techniczno – gospodarcze Urzędu.” Xxx zaoferował za wynajmem 1 m<sup>2</sup> stawkę niższą niż w pierwotnie złożonej ofercie, tj. 52 zł brutto/m<sup>2</sup>.

Zgodnie z treścią „Protokołu z rozstrzygnięcia ofert na wynajęcie powierzchni biurowej na potrzeby Urzędu Miasta Lublin”, sporządzonego w dniu 6 maja 2014 r., „szczegółowe warunki dotyczące budynku, rozmieszczenia i aranżacji oraz wykonania wykończenia pomieszczeń powinny być szczegółowo opisane w umowie lub porozumieniu”.

Jednocześnie, jak wynika z treści ww. protokołu zespół w składzie Pan xxx – Sekretarz Miasta Lublin, Pani xxx – Dyrektor Wydziału Organizacji Urzędu oraz Pan xxx – Dyrektor Wydziału Inwestycji i Remontów Urzędu Miasta Lublin, po ponownym przeanalizowaniu ofert zarekomendował Prezydentowi Miasta wybór oferty xxx.

W dniu 20 czerwca 2014 r. Urząd Miasta Lublin zawiadomił firmę xxx o wyborze jej oferty do realizacji.

Umowa najmu, dalej także „umowa”, w formie aktu notarialnego (Repertorium A nr xxx), została zawarta między Gminą Lublin, dalej „Najemca”, a Panem xxx, prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą xxx, dalej „Wynajmujący”, w dniu 7 sierpnia 2014 r.

Zgodnie z § 2 ust. 1 ww. umowy najmu, Wynajmujący oświadczył, że >>w dniu 12 marca 2014 r., w odpowiedzi na ogłoszenie Najemcy z dnia 25 lutego 2014 r., złożył Gminie Lublin ofertę wynajmu pomieszczeń biurowych na potrzeby jednostek organizacyjnych Gminy Lublin, zwaną dalej „Ofertą”.<<.

Stosownie do treści § 2 ust. 2 umowy najmu, „Wynajmujący oświadcza, że zgodnie z ofertą złożoną Najemcy oraz ustaleniami dokonanymi w trakcie negocjacji, zobowiązuje się do wybudowania na nieruchomości budynku biurowego o trzech kondygnacjach podziemnych, czterech kondygnacjach nadziemnych od strony ulicy xxx oraz siedmiu kondygnacjach nadziemnych od ulicy xxx, o powierzchni całkowitej około 33.000,00 m<sup>2</sup>.”

Jak wynika z § 2 ust. 3 umowy, Wynajmujący oświadczył, że „Budynek zostanie zrealizowany zgodnie z koncepcją urbanistyczno – architektoniczną opracowaną przez pracownię xxx Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, z uwzględnieniem standardów stanowiących załącznik do niniejszej umowy.”.

Wynajmujący równocześnie oświadczył, że „w dniu wydania przedmiotu najmu, wynajmowane pomieszczenia spełniać będą wszystkie warunki eksploatacyjne i funkcjonalne, przewidziane dla pomieszczeń biurowych”. Najemca zaś zawierając ww. umowę najmu oświadczył, że „zapoznał się z koncepcją architektoniczno – urbanistyczną Budynku załączoną do Oferty”.

Zgodnie z § 3 ust. 1 i następne umowy najmu, „Wynajmujący zobowiązał się oddać Najemcy w najem część Budynku o powierzchni najmu brutto około 14.000,00 m<sup>2</sup>, a Najemca zobowiązał się objąć tenże przedmiot najmu na cele działalności biurowej jednostek organizacyjnych Najemcy.”.

Przedmiot najmu miały stanowić następujące części budynku, tj.:

- 1) Kondygnacja – 1 o pow. około 1.563,00 m<sup>2</sup>,
- 2) Kondygnacja + 1 o pow. około 2.506,00 m<sup>2</sup>,
- 3) Kondygnacja +2 o pow. około 2.660,00 m<sup>2</sup>,
- 4) Kondygnacja +3 o pow. około 3.045,00 m<sup>2</sup>,
- 5) Kondygnacja +4 o pow. około 2.907,00 m<sup>2</sup>,
- 6) Kondygnacja +5 o pow. około 1.350,00 m<sup>2</sup>.

Wynajmujący zobowiązał się wydać Najemcy przedmiot najmu w terminie do dnia 30 września 2017 r.

Jak wynika z treści § 4 ust. 1 umowy najmu, strony zgodnie ustaliły czynsz miesięczny w następującej wysokości, tj.:

- 1) w okresie pierwszych 2 (dwóch) lat od dnia podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego – na kwotę 40,00 zł netto za 1 m<sup>2</sup>,
- 2) po upływie 2 (dwóch) lat od dnia podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego – na kwotę 42,28 zł netto za 1 m<sup>2</sup>.

Wartość 10 letniego czynszu, obliczonego na podstawie § 4 ust. 1 umowy najmu wynosi 70 264 320,00 zł netto.

Zgodnie z umową wskazane wyżej stawki czynszu będą zmieniane przez Wynajmującego, co roku od daty objęcia przez Najemcę w posiadanie przedmiotu niniejszej umowy, o roczny wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok poprzedni, publikowany w Monitorze Polskim przez Prezesa GUS.

Umowa najmu, w myśl § 5 ust. 1 umowy, została zawarta na czas określony, który skończy się z upływem 10 lat od dnia podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego.

Ponadto strony umowy umówiły się, jak wynika z § 5 ust. 2 ww. umowy, iż „po upływie 2 lat od dnia podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego, Najemca ma prawo nabyć część lub całość przedmiotu zamówienia za cenę rynkową, określoną na podstawie opinii dwóch biegłych rzeczoznawców wpisanych na listę biegłych sądowych z okręgu Sądu Okręgowego w Lublinie, powołanych przez strony”. W przypadku rozbieżności cen wynikających z opinii biegłych, cena rynkowa ma zostać określona jako średnia cena wynikająca z obu opinii.

W przypadku skorzystania przez Najemcę z uprawnienia, o którym mowa w § 5 ust. 2 umowy, Wynajmujący zobowiązał się złożyć oświadczenie woli o przyjęciu oferty Najemcy dotyczącej nabycia części lub całości Przedmiotu najmu za cenę rynkową określoną w sposób opisany w ust. 2, w terminie nie dłuższym niż 3 miesiące od dnia złożenia oferty przez Najemcę.

Zapis § 6 ust. 1 umowy przewidywał, że w przypadku sprzedaży przez Wynajmującego Przedmiotu najmu, Najemcy przysługuje prawo pierwokupu w terminie 2 miesięcy od dnia otrzymania zawiadomienia o sprzedaży, poprzez złożenie oświadczenia w wymaganej formie o wykonaniu prawa pierwokupu.

Ponadto, strony umowy ustaliły, w oparciu o § 9 ust. 1 umowy, iż „w celu dostosowania przedmiotu najmu do potrzeb Najemcy, w tym aranżacji przestrzeni wynajmowanego budynku (wielkość i rodzaj pomieszczeń w powiązaniu ze strukturą organizacyjną Urzędu, infrastruktura wewnętrzna – oświetlenie, wentylacja, klimatyzacja, rozmieszczenie sieci telefonicznych, kolorystyka oraz inne wynikające ze standardów stanowiących załącznik do niniejszej umowy), Najemca oddeleguje swojego przedstawiciela w osobie xxx – Dyrektora Wydziału Inwestycji i Remontów Urzędu Miasta Lublin, do wykonania wiążących uzgodnień w formie protokołu uzgodnień z pracownią projektową xxx Sp. z o.o.”.

Zgodnie z § 9 ust. 2 umowy, „wszelkie uzgodnienia i terminy, zgodnie z brzmieniem umowy, będą mieć charakter wiążący strony protokołu uzgodnień.”.

Wynajmujący jednocześnie zastrzegł w § 9 ust. 3 umowy, że nie będzie ponosił odpowiedzialności, jak również kosztów, wykonania prac wynikłych wskutek niedokonania, bądź nienależytego dokonania lub nieterminowego dokonania przez Najemcę uzgodnień, o których mowa w ust. 1 i 2 § 9 umowy.

Integralną część przedmiotowej umowy najmu stanowi załącznik: „Standardy wykończenia budynku biurowego dla potrzeb Urzędu Miasta Lublin przy ul. xxx, ul. xxx, ul. xxx, według projektu xxx, o którym mowa jest w poszczególnych zapisach umowy najmu (por. m.in. § 2 ust. 3, § 9 ust. 1 ww. umowy najmu).

Zgodnie z treścią ww. załącznika opisuje ona standard wykończenia Budynku w następujący sposób:

>>Budynek zrealizowany będzie zgodnie z warunkami technicznymi określonymi na rok 2012 w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakimi powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.”

A. Zewnętrzny:

- 1) Parkingi i dojścia do budynku w elementach granitowych lub kostce betonowej o podwyższonym standardzie, oświetlenie zewnętrzne, mała arch. zieleni.

2) Elewacja – okładzina na kotwach – kamienna, ceramiczna lub mineralna, fasada aluminiowa lub całoszklana, stolarka okienna drewniana lub aluminiowa.

B. Wewnętrzny:

- 1) Kamień w ciągach komunikacyjnych i klatkach schodowych, płytki gres na kondygnacjach podziemnych. Parking na kondygnacjach – 1, - 2, - 3 – kostka betonowa lub betonowa posadzka przemysłowa,
- 2) Tynki gipsowe, cementowo – wapienne na kondygnacji – 1 w archiwum,
- 3) Sufity podwieszane ażurowe lub pełne w pomieszczeniach biurowych i ciągach komunikacyjnych,
- 4) Ścianki działowe z podwójnej płyty kartonowo gipsowej na szkielecie systemowym z izolacją akustyczną, wykończenie ścian – dwukrotnie malowane w kolorze,
- 5) Wewnętrzna stolarka drewniana,
- 6) Balustrada wewnętrzna i zewnętrzna ze stali szlachetnej lub całoszklanej,
- 7) Płytki ceramiczne o podwyższonym standardzie w sanitariatach do pełnej wysokości ścian,
- 8) Wykładziny o podwyższonym standardzie w pokojach biurowych,
- 9) Windy cichobieżne,
- 10) Pomieszczenia biurowe klimatyzowane, wentylacja mechaniczna,
- 11) Instalacja centralnego ogrzewania z sieci miejskiej LPEC,
- 12) Instalacja elektryczna w pełnym zakresie z osprzętem, dająca możliwość efektywnego zarządzania i optymalizacji kosztów eksploatacyjnych dla „budynków pasywnych”. Ponadto będzie spełniała normy dla budynków biurowych z uwzględnieniem źródeł zasilania awaryjnego w celu zabezpieczenia urządzeń oraz danych na nich gromadzonych,
- 13) Instalacje teletechniczne,
- 14) Strefy dostępu,
- 15) Instalacja alarmowa i monitoringu obejmująca sygnalizację włamaniową i napadową.<<

W ww. załączniku do umowy wskazano, iż „szczegółowe elementy wykończenia oraz aranżacji wewnątrz będą uzgadniane w ramach bieżącej współpracy przedstawicieli Wynajmującego z przedstawicielami Najemcy”.

W tym miejscu należy wskazać, iż obowiązek stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa”, powstaje, gdy podmiot należący do jednej z kategorii wymienionych w art. 3 ustawy, zamierza



na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej udzielić wykonawcy zamówienia w przedmiocie realizacji usług, dostaw lub robót budowlanych oraz jednocześnie nie zachodzi przypadek wyłączenia obowiązku stosowania tej ustawy, spośród okoliczności wskazanych w art. 4 ustawy. W przepisie art. 4 ustawy w sposób enumeratywny wymienione zostały sytuacje, w których następuje wyłączenie obowiązku stosowania jej procedur.

Zgodnie z pkt 3 lit. i) artykułu 4 ustawy spod przepisów ustawy zostały wyłączone zamówienia, których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu.

Z analizy zapisów przedmiotowej umowy wynika, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy mamy do czynienia z umową najmu rzeczy przyszłej – mającego powstać w przyszłości obiektem budowlanego (z § 3 ust. 9 umowy najmu wynika zobowiązanie Wynajmującego – xxx, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą xxx, zwanego dalej „Wynajmującym”, do wydania Najemcy – Gminy Lublin, zwanej dalej „Najemcą”, przedmiotu umowy w terminie do 30 września 2017 r.). Na mocy § 2 ust. 3 niniejszej umowy, Wynajmujący zobowiązał się do wybudowania na stanowiącej jego własność nieruchomości gruntowej budynku biurowego o trzech kondygnacjach podziemnych, czterech kondygnacjach nadziemnych od strony ulicy xxx, o powierzchni całkowitej 33.000,00 m<sup>2</sup>.

Analiza zapisów ww. umowy prowadzi do wniosku, iż została ona zawarta pod warunkiem zawieszającym powstania obiektu budowlanego, co oznacza, że stosunek najmu w istocie nawiąże się, pomimo wcześniejszego zawarcia umowy najmu, dopiero od momentu powstania przedmiotu najmu. Umowa ta zawiera wprawdzie elementy charakterystyczne dla umowy najmu (np. obciążający Najemcę miesięczny czynsz najmu oraz opłaty związane z eksploatacją przedmiotu najmu; obowiązek Najemcy zwrotu przedmiotu najmu w stanie niepogorszonym, wolnym od wad i usterek po rozwiązaniu umowy najmu, obowiązek Wynajmującego podczas trwania umowy najmu utrzymania budynku w stanie technicznym do umówionego użytku), jednakże charakter umowy, mimo jej nazwy, należy rozpatrywać biorąc pod uwagę treść zobowiązania strony tej umowy, a także jej główny przedmiot. Innymi słowy, dla ustalenia rzeczywistego charakteru i celu danej umowy nie jest rozstrzygająca kwalifikacja umowy jako „umowa najmu”, ani tym bardziej subiektywne przekonanie strony tej umowy, że nie podlega ona przepisom ustawy (por. § 19 umowy najmu z dnia 7 sierpnia 2014 r.).<sup>1</sup>

W tym kontekście bowiem decydujące znaczenie mają zapisy prawa powszechnie obowiązującego, w tym zwłaszcza legalna definicja zamówienia na roboty budowlane, zdefiniowana w art. 2 pkt 8 ustawy. Zgodnie z tym przepisem przez „roboty budowlane” należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych

---

<sup>1</sup> § 19 Umowy najmu z dnia 7 sierpnia 2014 r.: „Do umowy nie ma zastosowania ustawa z dnia 24 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późniejszymi zmianami).

w przepisach wydanych na podstawie art. 2 c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wynika, iż w celu ustalenia, że dochodzi do udzielenia zamówienia na roboty budowlane wystarczające jest wykazanie, iż rezultat wykonywanych robót budowlanych ma pełnić funkcję gospodarczą lub techniczną, zamierzenie budowlane będzie realizowane zgodnie z wymogami zamawiającego, a zawierane porozumienie (umowę) będzie cechować pisemność i odpłatność.<sup>2</sup> Z kolei w wypadku gdy umowa zawiera elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego, to główny przedmiot umowy jest decydujący dla ustalenia mających zastosowanie uregulowań prawa Unii Europejskiej.<sup>3</sup>

W stanie faktycznym niniejszej sprawy w dacie zawarcia umowy, tj. w dniu 7 sierpnia 2014 r., budowa obiektu budowlanego na potrzeby jednostek organizacyjnych Gminy Lublin, nie została jeszcze rozpoczęta. W związku z tym należy uznać, iż bezpośrednim celem tej umowy nie mógł być najem budynku biurowego, którego budowa w dacie zawarcia umowy najmu, nawet się nie rozpoczęła. Należy zatem przyjąć, iż rzeczywistym, priorytetowym celem umowy z dnia 7 sierpnia 2014 r. jest budowa obiektów budowlanych, które następnie – po wybudowaniu – będą oddane do dyspozycji Gminie Lublin na mocy umownego stosunku, formalnie zakwalifikowanego przez strony jako „umowa najmu”. W takiej sytuacji, zgodnie z orzecznictwem unijnym, główny przedmiot umowy stanowią roboty budowlane, będące w rzeczywistości konieczną przesłanką późniejszego najmu obiektu budowlanego.<sup>4</sup>

Ponadto, dla uznania, iż w przedmiotowej sprawie występuje „zamówienie publiczne na roboty budowlane” konieczne jest również, aby budowa planowanego obiektu spełniała wymogi określone przez zamawiającego. Aby można było uznać, że instytucja zamawiającego określiła swoje wymogi w rozumieniu przytoczonego przepisu konieczne jest, by podjęła jakieś kroki mające na celu zdefiniowanie cech obiektu budowlanego, albo przynajmniej, wywarła decydujący wpływ na jego projektowanie. Wymogi określają różne właściwości techniczne i technologiczne planowanego obiektu budowlanego oraz pewne wspólne potrzeby, takie jak wielkość i dostępność powierzchni parkingowych.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 stycznia 2007 r. Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Roanne, sprawa C – 220/05, Lex Polonica nr 114308.

<sup>3</sup> wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 stycznia 2007 r. Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Roanne, sprawa C – 220/05, Lex Polonica nr 114308.

<sup>4</sup> wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 lipca 2014 r., C – 213/13, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi i inni v. Comune di Milano, Legalis nr 981943; wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 października 2009 r., C – 536/07, Legalis nr 175641.

<sup>5</sup> wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 lipca 2014 r., C – 213/13, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi i inni v. Comune di Milano, Legalis nr 981943.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy strony umowy z dnia 7 sierpnia 2014 r. ustaliły, że budynek na potrzeby jednostek organizacyjnych Gminy Lublin zostanie zrealizowany zgodnie z załączoną do oferty Wynajmującego koncepcją urbanistyczno – architektoniczną, z uwzględnieniem standardów stanowiących załącznik do umowy. W załączniku wskazano natomiast, że szczegółowe elementy wykończenia oraz aranżacji wnętrz będą uzgadniane w ramach bieżącej współpracy przedstawicieli Wynajmującego z przedstawicielem Najemcy. Ponadto, strony przewidziały, że w celu dostosowania przedmiotu najmu do potrzeb Najemcy, w tym aranżacji przestrzeni wynajmowanego budynku, Najemca oddeleguje swojego przedstawiciela do dokonywania wiążących uzgodnień w formie wiążącego strony umowy protokołu uzgodnień z pracownią projektową, która sporządziła koncepcję urbanistyczno – architektoniczną mającego powstać w przyszłości budynku na potrzeby jednostek organizacyjnych Gminy Lublin (por. § 9 ust. 1 i 2 umowy najmu z dnia 7 sierpnia 2014 r.).

Z przytoczonych powyżej postanowień umowy wynika, że jej przedmiot będzie realizowany w porozumieniu z Najemcą – Gminą Lublin, a porozumienie to będzie miało charakter wiążący. Dostrzeżenia wymaga, iż strony analizowanej umowy uzgodniły istotną sankcję dla Wynajmującego w postaci odmowy podpisania przez Najemcę protokołu zdawczo – odbiorczego przedmiotu najmu oraz prawa do naliczania kary umownej w przypadku stwierdzenia, podczas sporządzania protokołu zdawczo – odbiorczego, że Wynajmujący uchybił ustaleniom zawartym w wiążącym protokole uzgodnień, w sporządzaniu którego miał uczestniczyć wyznaczony przedstawiciel Najemcy. Wskazane powyżej postanowienia umowne skłaniają do wniosku, iż kwestia budowy obiektów na potrzeby jednostek organizacyjnych Gminy Lublin według ustaleń Najemcy stanowią istotną część zobowiązania Wynajmującego, zwłaszcza biorąc pod uwagę przytoczone obwarowanie umowne na wypadek braku zaaprobowania przez Wynajmującego uwag Najemcy w kwestii dostosowania przedmiotu najmu do jego potrzeb.

W dalszej kolejności, przechodząc do kwestii odpłatności umowy najmu z dnia 7 sierpnia 2014 r., zwłaszcza w kontekście braku zapisów tej umowy dotyczących zobowiązania po stronie Najemcy do finansowania na bieżąco budowy budynku, należy podkreślić, iż decydującym elementem do celów kwalifikacji danej umowy jest jej główny przedmiot, a nie kwota wynagrodzenia wykonawcy czy sposób jego uregulowania.<sup>6</sup>

W kontekście definicji legalnej zamówienia, zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy, należy zwrócić uwagę, iż ocena odpłatnego charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego winna być dokonywana z uwzględnieniem reguł właściwych dla umów prawa cywilnego, zgodnie z dyspozycją art. 139 ust. 1 ustawy. Pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści który zamawiający

---

<sup>6</sup> wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 lipca 2014 r., C – 213/13, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi i inni v. Comune di Milano, Legalis nr 981943.

akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że przez umowę odpłatną należy rozumieć umowę, na mocy której strona dokonująca przysporzenia na rzecz drugiej strony, otrzymuje w zamian korzyść majątkową. Odpłatność obejmuje każdy rodzaj korzyści, które przedstawia wartość pieniężną, z tym jednak zastrzeżeniem, iż korzyść, wynikająca z umowy, nie musi być uiszczana w postaci pieniężnej.

Powyższe rozumienie odpłatności, jako konstytutywnej cechy zamówienia publicznego, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie wydanym na gruncie unijnych dyrektyw zamówieniowych, w świetle którego odpłatny charakter umowy oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w ramach zamówienia publicznego otrzymuje z tego tytułu świadczenie wzajemne.<sup>7</sup>

W przypadku zamówień na roboty budowlane otrzymane świadczenie polega na wykonaniu robót budowlanych określanych przez instytucję zamawiającą. Świadczenie takie, uwzględniając jego charakter oraz systematykę i cele dyrektywy 2004/18, powinno stanowić bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej. Przysporzenie to bez wątpliwości występuje, jeżeli przewidziano, że instytucja zamawiająca stanie się właścicielem robót lub obiektu budowlanego stanowiącego przedmiot zamówienia. Jednakże tego rodzaju przysporzenie można stwierdzić również w przypadku, gdy przewidziane zostało, że instytucja zamawiająca będzie miała tytuł prawny zapewniający jej możliwość rozporządzania obiektem budowlanym będącym przedmiotem zamówienia publicznego, w celu przeznaczenia go na potrzeby publiczne. Przysporzenie gospodarcze może polegać także na korzyściach gospodarczych, jakie instytucji zamawiającej może przynieść używanie lub zbycie obiektu budowlanego w przyszłości, na tym, że partycypowała w kosztach wykonania obiektu, lub na przyjęciu ryzyka w razie gospodarczego niepowodzenia realizacji obiektu. Pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia były wykonane jako bezpośrednie przysporzenie gospodarcze dla instytucji zamawiającej, przy tym nie jest konieczne, by świadczenie to miało formę nabycia przedmiotu materialnego.<sup>8</sup> Przysporzenie to obejmuje nie tylko świadczenie pieniężne, lecz również każdy rodzaj zobowiązania, który zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia na roboty budowlane, przy czym świadczenie wzajemne ze strony organu publicznego w zamian za wykonanie

---

<sup>7</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 stycznia 2007 r. Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Roanne, sprawa C – 220/05, LexPolonica nr 1143108; wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 października 2009 r., C – 536/07, Legalis nr 175641; wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 lipca 2014 r., Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi i inni v. Comune di Milano, Legalis nr 981943.

<sup>8</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 25 marca 2010 r., C – 451/08, Legalis nr 2146.

robót budowlanych w zakresie podstawowej infrastruktury może być również wydaniem przez ten organ pozwolenia na budowę.<sup>9</sup>

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy przede wszystkim zwrócić uwagę, iż na mocy umowy najmu z dnia 7 sierpnia 2014 r. Gmina Lublin uzyska przysporzenie majątkowe w postaci gotowego obiektu budowlanego, który zostanie przeznaczony na cele publiczne i będzie służyć jej jednostkom organizacyjnym. Dodatkowo, z tytułu realizacji tej umowy Gmina Lublin uzyska korzyść majątkową w postaci prawa pierwokupu przedmiotu najmu (por. § 6 ust. 1 umowy najmu z dnia 7 sierpnia 2014 r.). Po stronie Gminy Lublin, na rzecz której pierwokup został zastrzeżony, powstało bowiem uprawnienie o charakterze kształtującym, dające pierwszeństwo nabycia własności określonej rzeczy – budynku biurowego o powierzchni całkowitej 33.000,00 m<sup>2</sup>, w razie gdyby Wynajmujący powziął decyzję o jej sprzedaży. Zagadnienie, czy Gmina Lublin w przyszłości skorzysta z zastrzeżonego na jej rzecz prawa pierwokupu, pozostaje bez znaczenia w kontekście oceny odpłatnego charakteru przedmiotowej umowy najmu. Kluczowa w tym znaczeniu jest bowiem kwestia, że w wyniku zastrzeżenia na rzecz Gminy Lublin prawa pierwokupu, będzie ona mogła nabyć tytuł prawny do rozporządzania budynkiem budowlanym, a Wynajmujący będzie zobligowany do respektowania ustanowionego na jej rzecz niniejszego zastrzeżenia umownego.

Ponadto, ubocznym przysporzeniem majątkowym po stronie Gminy Lublin na podstawie umowy najmu z dnia 7 sierpnia 2014 r. jest prawo dostępu i prawo użytkowania około 200 miejsc postojowych zlokalizowanych w mającym powstać budynku biurowym (por. § 3 ust. 6 umowy).

Z kolei po stronie Wynajmującego korzyścią majątkową w zamian za wybudowanie obiektu budowlanego – budynku biurowego o powierzchni całkowitej 33.000,00 m<sup>2</sup> jest miesięczny czynsz najmu. Akcesoryjnym przysporzeniem majątkowym po stronie Wynajmującego, wynikającym z umowy najmu z dnia 7 sierpnia 2014 r., jest również prawo wyłączenia z najmu części mającego powstać budynku o powierzchni 600 m<sup>2</sup> (por. § 3 ust. 7 ww. umowy).

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, iż charakter świadczeń wzajemnych stron umowy z dnia 7 sierpnia 2014 r., w tym zobowiązań Wynajmującego wynikających z tej umowy, które Gmina Lublin zaakceptowała w zamian za wykonanie zamówienia na roboty budowlane, przesądza o odpłatności rzeczonyj umowy.

Uwzględniając okoliczności faktyczne sprawy, ustalone w oparciu o przekazaną dokumentację oraz przedstawiony wyżej stan prawny, należy stwierdzić, iż Zamawiający zawierając umowę najmu z Panem xxx, prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą xxx, faktycznie udzielił zamówienia publicznego na roboty budowlane. Przedmiotowa umowa najmu statuuje więc stosunek cywilnoprawny pomiędzy Gminą Lublin a panem xxx, który nie podlega wyłączeniu w oparciu o przepisy art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy.

---

<sup>9</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 lipca 2001 r., C – 399/98, Lex nr LEX 83324.

W tym miejscu należy powtórzyć, iż wyłączenie stosowania przepisów ustawy określone w art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy następuje tylko w przypadku nabycia lub najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego. Artykuł 16 a dyrektywy 2004/18 wyraźnie wskazuje, że wyłączenie stosowania dyrektywy dotyczy wyłącznie istniejących budynków, również z orzecznictwa TSUE (dawniej ETS) wynika jednoznacznie, że wyłączenie z art. 16 a dyrektywy klasycznej dotyczy tylko czystych umów w obrocie nieruchomościami. Tym samym, brak jest podstaw prawnych, aby uznać, że ww. umowa najmu podlegała wyłączeniu w oparciu o art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy.<sup>10</sup>

Umowa najmu z dnia 7 sierpnia 2014 r. zawarta między Gminą Lublin a firmą xxx zawiera wszystkie konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane. Należy podkreślić, iż Wynajmujący zawierając umowę faktycznie zobowiązał się do wykonania robót budowlanych, bez wykonania których najem nie będzie miał miejsca.

A zatem, należy stwierdzić, iż przedmiotowa umowa najmu, której efektem ma być wybudowanie na rzecz najemcy budynku, a więc wykonanie robót budowlanych, wobec których w oparciu o zawartą umowę są i mogą być dalej formułowane wymagania, została zawarta z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do treści art. 10 ust. 1 ustawy, podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy, w tym stosownie do art. 48 ust. 1 ustawy, zamówienia udzielane w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w myśl art. 40 ust. 3 ustawy przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a następnie jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Z uwagi na powyższe okoliczności faktyczne oraz prawne należy uznać, że działanie Zamawiającego polegające na nie zastosowaniu ustawy i nie zamieszczeniu ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie oraz na stronie internetowej oraz nie przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, w konsekwencji stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 40 ust. 1 i 3 ustawy, w tym w zw. z art. 48 ust. 1 ustawy.

---

<sup>10</sup> Patrz: wyrok ETS z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie Jean Auroux (sygn. C – 220/05), wyrok ETS z dnia 29 października 2009 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec (sygn. C – 536/07), wyrok ETS z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie Gestion Hotelera (sygn. C – 331/92), wyrok ETS z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie Helmut Muller przeciwko Bundesanstalt (sygn. C – 451/08).

Informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia niniejszej informacji o wyniku kontroli.