

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 27 września 2021 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 10 września 2021 r. zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Gminę Skarbimierz

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 sierpnia 2021 r., (znak: DKZ.WKZ1.442.150.2021.AN KND/165/21) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

***zakup fabrycznie nowego samochodu osobowego typu SUV z napędem 4x4  
rocznik 2020 do Urzędu Gminy Skarbimierz*** (znak sprawy: RI.271.4.2020U)

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Andrzej Niwicki
	Katarzyna Odrzywolska

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego dotyczące naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego w informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako Prezes UZP) wszczął na wniosek w dniu 18 sierpnia 2021 r., na podstawie art. 161 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp) kontrolę doraźną postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na zakup fabrycznie nowego samochodu osobowego typu SUV z napędem 4x4 rocznik 2020 do Urzędu Gminy Skarbimierz.

Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej kontroli w informacji o wyniku kontroli z dnia

30.08.2021 r. stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki umożliwiające zastosowanie tego trybu, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki poprzedzało wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (oznaczone znakiem RI.271.4.2020U), które zostało unieważnione z powodu odrzucenia jedynej złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wartość tej oferty przekraczała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonym 15.10.2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, jako podstawę prawną wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki podany został art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazane zostało, iż: *w postępowaniu przetargowym wpłynęła tylko jedna oferta niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia tj. wartość ofertowa zadania przewyższała kwotę, jaką zamawiający posiadał na sfinansowanie tego zadania. Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.* Jako całkowitą wartość zamówienia Zamawiający podał kwotę 197.120,00 zł netto, którą zmienił ogłoszeniem z 5.11.2020 r. (nr ogłoszenia: 540219358-N-2020) na kwotę 208.943,09 zł netto.

W dniu 5.11.2020 r. Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą Wrobud Sp. z o.o. z ceną 257.000,00 zł. wskazując w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia podstawę prawną z art. 66 ustawy Pzp.

Oceniając przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w wyniku kontroli stwierdzono, iż podstawą do odrzucenia jedynej oferty złożonej w postępowaniu przetargowym była cena przekraczająca kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co mogło stanowić podstawę do unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Nie mogło to natomiast stanowić uzasadnienia dla uznania oferty za niezgodną z treścią siwz ze względu na jej niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia.

Przesłanka uprawniająca do udzielenia zamówienia z wolnej ręki określona w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymagała wystąpienia sytuacji, w której wszystkie oferty w poprzednio przeprowadzonym postępowaniu zostałyby odrzucone z uwagi na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Bez znaczenia dla oceny prawnej działań Zamawiającego pozostaje fakt, że w treści załącznika do swiz o nazwie *Minimalne wymagania techniczno-użytkowe dla samochodu z układem napędowym 4x4 rocznik 2020*

dla Urzędu Gminy Skarbimierz, jako minimalne wymaganie wskazano, iż kwota samochodu nie może być większa niż 260 tyś. Niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia musi odnosić się bezpośrednio i wprost do przedmiotu zamówienia, nie zaś do wysokości wynagrodzenia.

Wskazana przez Zamawiającego w wyjaśnieniach udzielonych w toku kontroli niezgodność treści oferty w zakresie zadeklarowanego okresu gwarancji (24 miesiące) oraz terminu realizacji zamówienia (do dnia 27.11.2020 r.) wynikała z wewnętrznej sprzeczności dokumentacji przetargowej (inna data oraz inny okres gwarancji i rękojmi zostały wskazane w treści siwz, a inne w stanowiącym załącznik do siwz formularzu oferty). Tego rodzaju niezgodność nie odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia i nie może wypełniać przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a ponadto, jako mająca źródło w wewnętrznej niezgodności dokumentacji, nie mogła również prowadzić do odrzucenia oferty.

#### **Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.**

W piśmie z dnia 10.09.2021r., wniesionym do Prezesa UZP Zamawiający złożył zastrzeżenia.

Zamawiający uznał, iż odrzucona w przetargu nieograniczonym oferta była niezgodna z siwz. Z uwagi na otwarty katalog informacji, jakich podania wymaga się od Zamawiającego w art. 36 ustawy Pzp, podanie w opisie przedmiotu zamówienia górnej wysokości ceny, było dopuszczalne i uzasadniało zastosowanie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Ponieważ przepisy ustawy Pzp nie zakazują zamieszczania takiej informacji, nie ma podstaw do formułowania zarzutów wobec czynności Zamawiającego, które zakończyły trudny proces zamówienia publicznego z korzyścią dla budżetu gminy.

#### **Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia podtrzymał w całości stanowisko dotyczące naruszeń wskazanych w informacji.**

Pismem z dnia 22.09.2021 r. znak: WKZ1.442.150.2021.AN dot. KND/165/21 Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli i nie uwzględnił zastrzeżeń.

Utrzymując wcześniejsze stanowisko w przedmiocie dotyczącym naruszenia trybu (przesłanki) zamówienia z wolnej ręki Prezes UZP wskazał, iż ocena prawna przedstawiona w informacji o wyniku kontroli wynika z wykładni art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i braku spełnienia podstawy faktycznej, jaką miało być odrzucenie jedynej złożonej w przetargu nieograniczonym oferty, jako niezgodnej z treścią siwz.

Okoliczność faktyczna wskazana w podstawie, jaką było zaoferowanie ceny w wysokości

przekraczającej kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, nie mogła być uznana za niezgodność treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Bez znaczenia dla oceny prawnej działań Zamawiającego pozostaje wskazanie w treści załącznika do siwz o nazwie *Minimalne wymagania techniczno-użytkowe dla samochodu z układem napędowym 4x4 rocznik 2020 dla Urzędu Gminy Skarbimierz*, jako minimalne wymaganie Zamawiającego, aby kwota samochodu nie była większa niż 260 tys. Niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia musi odnosić się bezpośrednio i wprost do przedmiotu zamówienia, nie zaś do wysokości wynagrodzenia. Cena jako ekwiwalent nie definiuje dobra, nie może określać jego cech czy przeznaczenia.

Podawana zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp przed otwarciem ofert kwota środków, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia może wyłącznie prowadzić do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pz, co nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, w szczególności prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Wydając opinię w zakresie naruszeniu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba miała na uwadze ustalenia faktyczne, wynikające z okoliczności ustalonych w toku kontroli dotyczących udzielonego zamówienia z wolnej ręki.

Zasadniczym z punktu widzenia zarzutu i zgłoszonych zastrzeżeń było odniesienie się do przepisu wskazanego jako podstawa dla zastosowania trybu niekonkurencyjnego, tj. art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który uprawnia do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Zamawiający uznał, iż złożenie oferty w przetargu nieograniczonym z ceną przekraczającą środki na sfinansowanie zamówienia prowadzić powinno do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferty niezgodnej z siwz, co wypełniać miało przesłankę do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

**Odnosząc się do podstawy podtrzymanego przez Prezesa UZP stanowiska Izba w całości podziela argumentację prawną prezentowaną w zakresie wykładni przepisów ustawy Pzp, w tym rozumienia podstawy z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz.**

Zasadniczym dla prezentowanej w dalszej części opinii zagadnieniem było odniesienie się do znaczenia, jakie należało przypisać postanowieniu siwz, w którym Zamawiający wskazał, iż cena nie może przekraczać kwoty 260 tys. zł., co stanowiło opis minimalnych wymagań techniczno-użytkowych pojazdu. Ponieważ złożona oferta przekraczała tę kwotę (270 tys. zł. brutto) Zamawiający odrzucił ofertę, jako niezgodną z siwz, unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i udzielił zamówienia z wolnej ręki podmiotowi, który złożył ofertę w przetargu nieograniczonym za cenę 257.000,00 zł brutto.

Odnosząc się do opisanej kwestii należało wskazać, iż cena oferty brutto nie może stanowić o niezgodności oferty z siwz, prowadząc do odrzucenia oferty, co nie zostało ujęte w podstawach do odrzucenia ofert (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający błędnie zastosował przepisy ustawy dokonując czynności odrzucenia oferty z ceną przekraczającą kwotę wskazaną przez Zamawiającego, co mogło wyłącznie prowadzić do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Taka podstawa unieważnienia postępowania nie wyczerpuje przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co prowadzi do stwierdzenia naruszenia trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia musi być powiązana z warunkami, które identyfikują cechy, walory czy też inne oczekiwane przez Zamawiającego parametry lub warunki świadczenia. Cena oferty stanowi wyłącznie ekwiwalent świadczenia oferowanego do wykonania. To samo świadczenie poddawane jest zatem ocenie z punktu widzenia parametrów i ich zgodności z warunkami zamówienia. Cena oferty może być badana pod kątem zgodności przedmiotu świadczenia z wymaganiami, co jednak wymaga powiązania z konkretnymi elementami zamówienia, których wycena może budzić wątpliwości, co do ich zgodności z wymaganiami zamawiającego. Taka sytuacja nie miała miejsca w przetargu nieograniczonym. Zamawiający nie stwierdził naruszenia wymagań techniczno-użytkowych, do których nie daje się zaliczyć ceny, jako ekwiwalentu pieniężnego.

Z uwagi na prezentowane powyżej argumenty nie było podstaw do uchylenia wyniku kontroli.

Mając powyższe na uwadze, Izba wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....