

Sygn. akt: KIO/KD 50/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 lipca 2019 r.

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

43 Wojskowy Oddział Gospodarczy
Ul. Saperska 2
59-726 Świątoszów

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (znak pisma: UZP/DKZP/WKZ3/422/6(4)/19/JB) z dnia 10 czerwca 2019 r. w przedmiocie zamówienia na odbiór i wywóz niesegregowanych (zmieszanych) i segregowanych odpadów komunalnych transportem zleconym z terenu administrowanego przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świątoszowie

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Emil Kuriata
	Jolanta Markowska

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia z dnia 28 czerwca 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i wywóz niesegregowanych (zmieszanych) i segregowanych odpadów komunalnych transportem zleconym z terenu administrowanego przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świętoszowie.

W przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu poinformował, że po przeprowadzeniu kontroli przedmiotowego postępowania stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki mimo nieprzewidzenia takiego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, a w konsekwencji naruszenie art. 10 i art. 7 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych.

Prezes Urzędu na wstępie przypomniał, w dniu 18 października 2016 r. Zamawiający przekazał do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu dla zamówienia na odbiór i wywóz niesegregowanych i segregowanych odpadów komunalnych transportem zleconym z terenu 43 WOG Świętoszów w trybie przetargu nieograniczonego, tj. dla zamówienia podstawowego w stosunku do zamówienia w trybie z wolnej ręki będącego przedmiotem kontroli. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 października 2016 r. pod numerem 2016/S 205-370820 oraz na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 24 października 2016 r.

Jak zauważył Kontrolujący, analiza przedmiotowego ogłoszenia pozwoliła na stwierdzenie, że Zamawiający nie przewidział w nim udzielenia zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług, zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu podał, że w dniu 15 kwietnia 2019 r. zwrócono się do Zamawiającego m.in. o wyjaśnienie, w jaki sposób Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Pismem z dnia 26 kwietnia 2019 r. Zamawiający wskazał: „Jednocześnie informuję, że faktycznym uzasadnieniem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jest fakt, iż Zamawiający 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świętoszowie otrzymał dodatkowe środki finansowe z przeznaczeniem na usługi odbioru

i wywozu odpadów komunalnych, co pozwalało rozszerzyć zakres usług świadczonych przez wykonawcę o dodatkową ilość odpadów. Zamówienie uzupełniające zostało przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do zamówienia podstawowego udzielonego w trybie przetargu nieograniczonego i polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień.”. Jak zaznaczył Kontrolujący, Zamawiający nie potwierdził przewidzenia zamówienia uzupełniającego w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego.

Jak wskazał Prezes Urzędu, zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym. Kontrolujący przywołał art. 66 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego zastosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Kontrolujący zwrócił uwagę, że zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, że przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywołał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r., C-126/03).

Kontrolujący wskazując na dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 41 pkt 15 ustawy Pzp w brzmieniu aktualnym na dzień wszczęcia postępowania uznał, że dopuszczalność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp uzależniona jest m.in. od przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego możliwości udzielenia takiego zamówienia. Prezes Urzędu przyjął, że analiza stanu faktycznego niniejszej sprawy pozwoliła na stwierdzenie, że Zamawiający nie przewidział udzielenia takiego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Kontrolujący podkreślił, że za substytut powyższej czynności nie może być uznane przewidzenie możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Prezes Urzędu przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale z dnia 17 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 60/10), w uchwale z dnia 12 marca 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 14/14), oraz w uchwale z dnia 12 marca 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 14/14).

Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji powyższego, Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył także art. 10 oraz

art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 28 czerwca 2019 r. (pismem z dnia 24 czerwca 2019 r.) Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli. Zamawiający wniósł o uwzględnienie zgłoszonych zastrzeżeń oraz zmianę wyniku kontroli poprzez stwierdzenie braku naruszeń przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający argumentował, że zgodnie z art. 41 pkt 3 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu zawiera adres strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Informacja o zamiarze udzielenia zamówień uzupełniających znajduje się natomiast w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego, jak zauważył Zamawiający, należy uznać, że zamówienie uzupełniające zostało przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego udzielonego w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ww. przepisami. Zdaniem Zamawiającego, fakt pominięcia informacji o przewidywanym zamówieniu uzupełniającym w treści samego ogłoszenia nie zamyka Zamawiającemu drogi do zgodnego z prawem udzielenia zamówienia uzupełniającego, ponieważ zostało ono przewidziane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego. Zamawiający przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 19 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1010/09, zgodnie z którym: „Zgodzić się należy z odwołującym co do tego, że zgodnie z art. 41 pkt 15 ustawy ZamPublU w ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający winien zawrzeć informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, jeżeli przewiduje udzielenie takich zamówień. Jednak fakt pominięcia takiej informacji w treści ogłoszenia nie zamyka zamawiającemu drogi do zgodnego z prawem udzielenia zamówienia uzupełniającego, ponieważ zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy ZamPublU przesłanką wystarczającą do zastosowania zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówień uzupełniających jest przewidzenie takiej możliwości w treści SIWZ. Brak jest w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy ZamPublU warunku, aby informacja ta musiała być zawarta również w treści ogłoszenia. Uznać zatem należy, że w przedmiotowym przetargu nieograniczonym, pomimo uchybienia zamawiającego, polegającego na braku w treści ogłoszenia o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, zamawiający będzie mógł skorzystać, przy zaistnieniu pozostałych przesłanych wskazanych w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy ZamPublU, z możliwości udzielenia zamówień uzupełniających. Ponadto wskazane uchybienie w żaden sposób nie narusza interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu zamówienia, bowiem pozostaje bez wpływu na możliwość złożenia ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu.”.

Zamawiający zauważył, że przedmiotowe orzeczenie dotyczy zamówienia uzupełniającego przewidzianego w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jednak, w ocenie Zamawiającego, powinno ono znajdować zastosowanie do regulacji przewidzianej w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż zgodnie z art. 41 pkt 15 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu zawiera informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że pogląd dotyczący skutku braku rzeczowej informacji w ogłoszeniu dotyczącym zamówienia uzupełniającego przewidzianego w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, winien mieć zastosowanie do zamówienia uzupełniającego przewidzianego w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż regulacja dotycząca wymogu zawarcia informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu jest tożsama dla obu instytucji, a zatem skutek w zakresie ich braku powinien być jednolity.

Zamawiający podniósł ponadto, że w żaden sposób nie naruszył art. 10 i 7 ust.1 ustawy Pzp, a w konsekwencji interesu prawnego wykonawców w uzyskaniu zamówienia, bowiem informacja dotycząca zamówienia uzupełniającego została wcześniej przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego, stanowiącej element konieczny ogłoszenia i umożliwiła złożenie ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z dnia 4 lipca 2019 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnia zgłoszonych zastrzeżeń od wyniku kontroli, ponieważ zostały wniesione z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp. Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że 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. Kontrolujący zaznaczył, że wskazany termin nie może zostać przedłużony przez Prezesa Urzędu, gdyż ustawodawca nie przewidział takiej możliwości. Kontrolujący wskazał, że powyższe stanowisko zostało wyrażone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2013 r., sygn. akt KIO/KD/37/13.

Jak zauważył Kontrolujący, w przedmiotowej sprawie objętej kontrolą Prezesa Urzędu Zamawiający został pouczone o przysługującym mu prawie zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w terminie 7 dni od doręczenia informacji o wyniku kontroli. Powyższe uprawnienie zostało zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz przekazany Zamawiającemu piśmie przewodnim.

Prezes Urzędu wskazał, że Informacja o wyniku kontroli z dnia 10 czerwca 2019 r. została doręczona Zamawiającemu listem poleconym w dniu 14 czerwca 2019 r. W konsekwencji Zamawiający mógł wnieść umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli

doraźnej w nieprzekraczalnym terminie upływającym w dniu 21 czerwca 2019 r. Tymczasem zastrzeżenia zostały nadane przez Zamawiającego na poczcie w dniu 24 czerwca 2019 r. (doręczone do siedziby Urzędu w dniu 28 czerwca 2019 r.). Powyższe oznacza, jak stwierdził Kontrolujący, że zastrzeżenia zostały wniesione po terminie, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu argumentował, że przepisy ustawy Pzp przewidują jako warunek skuteczności zastrzeżeń wniesienie ich w ustawowym terminie. Brak zachowania przez Zamawiającego wskazanego wymogu nie może skutkować koniecznością merytorycznego rozpoznania zarzutów przez Prezesa Urzędu. W konsekwencji zaś, w ocenie Prezesa Urzędu, dopuszczalne jest w tym zakresie rozstrzygnięcie zgłoszonych zastrzeżeń jedynie w sposób formalny i poddanie tego rozstrzygnięcia pod ocenę właściwego organu, tj. Krajowej Izby Odwoławczej.

Podsumowując Prezes Urzędu stwierdził, że nie uwzględnia zastrzeżeń z przyczyn formalnych, ponieważ zostały wniesione po terminie, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przekazał je w dniu 5 lipca 2019 r. (pismem z dnia 4 lipca 2019 r.) do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba po analizie akt postępowania stwierdziła, że Prezes Urzędu prawidłowo ustalił stan faktyczny przedmiotowej kontroli. Izba zgodziła się z Kontrolującym, że merytorycznemu rozpoznaniu zarówno przez Prezesa Urzędu, jak i przez Krajową Izbę Odwoławczą mogą zostać poddane jedynie zastrzeżenia zgłoszone w ustawowym terminie. W przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości okoliczność, że zastrzeżenia Zamawiającego zostały zgłoszone z uchybieniem 7-dniowego terminu wskazanego w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że ustawodawca nie przewidział możliwości przywrócenia terminu na zgłoszenie zastrzeżeń. Warunkiem możliwości rozpoznania zastrzeżeń jest ich zgłoszenie w ustawowym terminie. Uchybienie terminowi wskazanemu w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp musi skutkować nieuwzględnieniem zastrzeżeń ze względów formalnych.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....