

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 8 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Aleksandra Patyk Michał Pawłowski

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 11 grudnia 2023 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: zamawiającego, którym jest Powiat Mławski od wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 listopada 2023 r. (znak: DKZP.WKZ2.442.154.2022.MSZ) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: Dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach organizacyjnych powiatu Mławskiego, znak ZM.PUBL.272.1.2021

wyraża opinie:

zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Powiat Mławski prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach organizacyjnych powiatu Mławskiego”, znak postępowania ZM.PUBL.272.1.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 czerwca 2021 r. pod nr 2021/BZP 00090435/01. Wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 2.386.469,65 zł, co stanowiło równowartość 558.983,83 euro. Postępowanie było prowadzone w trybie podstawowym (art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2013 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605, dalej „PZP”).

Na podstawie art. 607 ust. 1 PZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął kontrolę doraźną ww. postępowania na wniosek, wobec uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Kontrola została zakończona dnia 28 listopada 2023 r. (znak: KND/152/22/DKZP).

Prezes Urzędu w wyniku kontroli doraźnej, stwierdził następujące naruszenia:

- 1) art. 17 ust. 2 PZP poprzez bezpodstawne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów działu III PZP, a więc z zastosowaniem przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości, podczas gdy rodzaj i wartość zamówienia publicznego zobowiązywała zamawiającego do udzielenia zamówienia na podstawie przepisów działu II PZP, co w efekcie doprowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w tym także z naruszeniem art. 86 PZP poprzez zaniechanie przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, będącym właściwym publikatorem dla przedmiotowego postępowania z uwagi na rodzaj i wartość zamówienia;
- 2) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 133 ust. PZP poprzez zaniechanie udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na stronach miniPortalu, przedmiarów robót uwzględniających remontu dachu w zakresie pięciu obiektów, czym należy uznać, że Zamawiający dopuścił się zaniechania udostępnienia SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania w pełnym zakresie, w konsekwencji czego postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone w sposób nieprzejrzysty.

W toku kontroli Prezes Urzędu ustalił w szczególności, iż zgodnie z treścią ww. ogłoszenia o zamówieniu przedmiotowe zamówienie rodzajowo zostało zakwalifikowane jako usługi.

Natomiast w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia jako rodzaj zamówienia wskazano dostawę.

Zgodnie z rozdziałem II.1 SWZ, przedmiot zamówienia został opisany za pomocą następujących kodów CPV:

09331200-0 – słoneczne moduły fotoelektryczne

45261215-4 – pokrycie dachów panelami ogniw słonecznych

45310000-3 - roboty instalacyjne elektryczne

45311000-0 – roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych 45261910-6 – kompleksowe przygotowanie podłoża pod montaż urządzeń.

W tym zakresie, w toku postępowania wyjaśniającego, Zamawiający powołał się na pomyłkę i wyjaśnił, że przedmiot zamówienia został sklasyfikowany jako dostawa. Z kolei w piśmie dnia 20 września 2023 r. Zamawiający wskazał, że: „opisując przedmiot zamówienia, zgodnie z jego treścią, a także stanowiskiem prezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych, określał warunki zamówienia biorąc pod uwagę fakt, że ma do czynienia z dostawą paneli fotowoltaicznych, natomiast towarzyszące im roboty budowlane traktował jako roboty towarzyszące, służące jedynie realizacji zasadniczego celu prowadzonego postępowania. Niemniej jednak dokonując finalnie wyboru procedury zamawiający odniósł wartości o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r, Prawo zamówień publicznych do robót budowlanych, przyjmując iż to właśnie bez wykonania przedmiotowych robót osiągnięcie celu zamówienia, tj. posadowienie i bezpieczne użytkowanie ogniw fotowoltaicznych będzie niemożliwe.”

Prezes Urzędu ustalił również w toku kontroli doraźnej, iż kontrolowane postępowanie było prowadzone na miniPortalu. Z kolei, na stronie miniPortalu Zamawiający podał, że adresem strony WWW postępowania jest:

Zamawiający przed upływem terminu składania ofert opublikował na miniPortalu następujące dokumenty określające warunki wykonania zamówienia:

1. SWZ - swz. fotowoltaika.pdf,
2. projekty wykonawcze cz.1.zip, projekty wykonawcze cz.2.zip, projekty wykonawcze cz.3.zip,
3. projekty wykonawcze pompa ciepła cz.1.zip, projekty wykonawcze pompa ciepła cz.2.zip, projekty wykonawcze pompa ciepła cz.3.zip,
4. Przedmiary.zip,
5. Program funkcjonalno-użytkowy pn. Remont sześciu dachów na obiektach należących do Powiatu Mławskiego -
6. Program funkcjonalno-użytkowy pn. Budowa instalacji pomp ciepła na terenie obiektów należących do Powiatu Mławskiego -
7. Program funkcjonalno-użytkowy pn. Budowa instalacji fotowoltaicznych na terenie obiektów należących do Powiatu Mławskiego -
8. Przedmiar robót Kowalewo.pdf,
- 9.
- 10.
- 11.

Zgodnie z rozdziałem II. 3 SWZ, zakres przedmiotu zamówienia obejmował:

„3.1. Zespół Szkół nr 1

- a. instalacja fotowoltaiczna – dwie instalacje składające się ze 100 modułów o mocy 375 W każdy (...)
- b. instalacja fotowoltaiczna – Instalacja składać się będzie z 60 modułów o mocy 375 W każdy (...)
- c. pompa ciepła – instalacja gruntowej pompy ciepła o łącznej mocy 42 kW wraz z odwiertami dolnego źródła
- d. kompleksowe przygotowanie podłoża pod montaż urządzeń

3.2 . Zespół Szkół nr 2

- a) instalacja fotowoltaiczna – Instalacja składać się będzie z 104 modułów o mocy 375 W każdy (...)

3.3 Zespół Szkół nr 3

- a. instalacja fotowoltaiczna – Instalacja składać się będzie z 68 modułów o mocy 375 W każdy (...)
- b. kompleksowe przygotowanie podłoża pod montaż urządzeń

3.4 Zespół Szkół nr 4

- a. instalacja fotowoltaiczna – Instalacja składać się będzie z 82 modułów o mocy 375 W każdy. (...)
- b. kompleksowe przygotowanie podłoża pod montaż urządzeń

3.5 Liceum Ogólnokształcące im. Stanisława Wyspiańskiego

- a. instalacja fotowoltaiczna – Instalacja składać się będzie z 92 modułów o mocy 375 W każdy.(...)

- b. kompleksowe przygotowanie podłoża pod montaż urządzeń

3.6 Specjalny Ośrodek Szkolno-Wychowawczy

- a. instalacja fotowoltaiczna – Instalacja składać się będzie z 96 modułów o mocy 375 W każdy.(...)

3.7 Centrum Administracyjnego do Obsługi Placówek Opiekuńczo-Wychowawczych w Kowalewie

- a. instalacja fotowoltaiczna – Instalacja składać się będzie ze 120 modułów o mocy 375 W każdy.(...)
- b. pompa ciepła – instalacja gruntowej pompy ciepła o łącznej mocy 104 kW wraz z odwiertami dolnego źródła

3.8 Mławska Hala Sportowa

- a. instalacja fotowoltaiczna – Instalacja 1 (generator 1) składać się będzie z 132 modułów o mocy 375 W każdy (...). Instalacja 2 (generator 2) składać się będzie z 25 modułów o mocy 375 W każdy (...)

3.9 . Bursa Szkolna

- a. instalacja fotowoltaiczna – Instalacja składać się będzie z 96 modułów o mocy 375 W każdy.(...)
- b. kompleksowe przygotowanie podłoża pod montaż urządzeń (...) .”

Zgodnie z pkt 3.6.) ogłoszenia o zamówieniu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się drogą elektroniczną przy użyciu miniPortalu , ePUAPu Wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi posiadać konto na ePUAP. Wykonawca posiadający konto na ePUAP ma dostęp do formularzy: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji.

Zgodnie z ustaleniami dokonanymi w toku kontroli doraźnej, Zamawiający przed upływem terminu składania ofert opublikował na miniPortalu następujące dokumenty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia:

- 1) SWZ - swz. fotowoltaika.pdf,
- 2) projekty wykonawcze cz.1.zip, projekty wykonawcze cz.2.zip, projekty wykonawcze cz.3.zip,
- 3) projekty wykonawcze pompa ciepła cz.1.zip, projekty wykonawcze pompa ciepła cz.2.zip, projekty wykonawcze pompa ciepła cz.3.zip,
- 4) Przedmiary.zip,
- 5) Program funkcjonalno-użytkowy pn. Remont sześciu dachów na obiektach należących do Powiatu Mławskiego -
- 6) Program funkcjonalno-użytkowy pn. Budowa instalacji pomp ciepła na terenie obiektów należących do Powiatu Mławskiego -
- 7) Program funkcjonalno-użytkowy pn. Budowa instalacji fotowoltaicznych na terenie obiektów należących do Powiatu Mławskiego -
- 8) Przedmiar robót Kowalewo.pdf
- 9)
- 10)
- 11)

Zgodnie z ustaleniami, dokument pn.został zamieszczony na miniPortalu w dniu 25 czerwca 2021 r.

W Programie funkcjonalno-użytkowym pn. Remont sześciu dachów na obiektach należących do Powiatu Mławskiego, wskazano że: „Szacunkowe wielkości prac budowlanych określono w przedmiarze stanowiącym załącznik do postępowania przetargowego.” Dodatkowo, Specyfikacja Warunków Zamówienia zawierała informację, że: „Potwierdzeniem prawidłowo dokonanej kalkulacji ceny będzie załączony do oferty szczegółowy kosztorys (...) zawierający wszystkie koszty niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia: - wynikające zarówno z dokumentacji projektowej, przedmiarów robót, warunków i obowiązków określonych w specyfikacji oraz własnej wiedzy i doświadczenia (...)”

Jak ustalono, w dniu 30 czerwca 2022 r. na stronie BIP Zamawiający opublikował przedmiary obejmujące remont dachu, dot. nw. lokalizacji:

- 1) Przedmiar robót dla obiektu Liceum Ogólnokształcącego im. St. Wyspiańskiego w Mławie (data opracowania:

06.04.2021 r.);

- 2) Przedmiar robót dla obiektu Zespołu Szkół nr 1 w Mławie (data opracowania: 06.04.2021 r.);
- 3) Przedmiar robót dla obiektu Zespołu Szkół nr 3 w Mławie (data opracowania: 06.04.2021 r.);
- 4) Przedmiary robót z przygotowaniem podłoża dla obiektu Bursy Szkolnej w Mławie (data opracowania: 06.04.2021 r.);
- 5) Przedmiar robót dla obiektu Zespół Szkół nr 4 w Mławie (data opracowania: 06.04.2021 r.).

Ww. przedmiary zawierały następujące pozycje w pkt. 2 „Remont dachu” (wraz z właściwymi numerami katalogu nakładów rzeczowych – KNR):

- 1) Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne poziome – wykonywane na zimno z roztworu asfaltowego – pierwsza warstwa. Demontaż istniejącego pokrycia.
- 2) Pokrycie dachów drewnianych papą dwuwarstwową,
- 3) Obróbki blacharskie z blachy powlekanej o szer. w rozwinięciu ponad 25 cm (w zależności od lokalizacji – ZS.3, Bursa Szkolna, ZS.4, ZS.1)
- 4) Nasady wentylacyjne blaszane o średnicy wlotu do 20 cm. Demontaż istniejących nasad

(w zależności od lokalizacji – ZS.3, Bursa Szkolna, ZS.4, ZS.1,)

- 5) Montaż wyłazu dachowego z kołnierzem uniwersalnym. Demontaż istniejącego włazu (w zależności od lokalizacji – ZS.1)
- 6) Obróbki wyłazów dachowych (w zależności od lokalizacji ZS.3, ZS.1),
- 7) Przemurowanie kominów z cegieł o objętości w jednym miejscu ponad 0,5 m³ (w zależności od lokalizacji – ZS.3, Bursa Szkolna, ZS. 4).

Jak ustalono w toku kontroli doraźnej, ww. przedmiary robót nie zostały zamieszczone na miniPortalu.

Na podstawie treści Informacji o wyniku kontroli, Izba ustaliła, że Prezes Urzędu podał następujące uzasadnienie stwierdzonych naruszeń.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgromadzony w sprawie materiał oraz stan prawny nakazywał uznać, że zamówienie będące przedmiotem kontroli stanowiło dostawę w rozumieniu definicji zawartej w art. 7 pkt 4 PZP. Przedmiotowe zamówienie obejmowało bowiem: instalację fotowoltaiczną [w zakresie wszystkich (9) obiektów objętych zamówieniem], instalację gruntowej pompy ciepła (dotyczy obiektów: ZS nr 1, Centrum Administracyjne do Obsługi Placówek Opiekuńczo-Wychowawczych w Kowalewie) oraz kompleksowe przygotowanie podłoża pod montaż urządzeń (dotyczy 5 z 9 obiektów: ZS nr 1, ZS nr 3, ZS nr 4, LO im. Stanisława Wyspiańskiego, Bursa Szkolna), przy czym ZS nr 2, Specjalny Ośrodek Szkolno Wychowawczy, Centrum Administracyjne do Obsługi Placówek Opiekuńczo-Wychowawczych w Kowalewie, Mławska Hala Sportowa nie wymagały kompleksowego przygotowania podłoża polegającego na naprawie dachu. Jak wskazuje opis przedmiotu zamówienia, roboty budowlane wchodzące w skład zamówienia, polegające na remoncie dachu utożsamianym z kompleksowym przygotowaniem podłoża, stanowiły prace akcesoryjne względem dostawy instalacji paneli fotowoltaicznych. Nadto, roboty te nie dotyczyły wszystkich obiektów objętych zamówieniem. W stanie faktycznym kontrolowanej sprawy nie sposób zatem uznać, że celem umowy był remont dachów. w kontekście art. 27 ust. 1 PZP, Prezes Urzędu również stwierdził, że zadanie polegające na zainstalowaniu paneli fotowoltaicznych, stanowi zadanie akcesoryjne względem dostawy paneli fotowoltaicznych. Co więcej, jak uzasadnił Prezes Urzędu, w myśl art. 7 pkt 4 PZP, zamówienie na dostawy może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Skoro

zatem, przedmiotowe zamówienie stanowiło dostawę, to Zamawiający powinien był prowadzić postępowanie w reżimie przepisów PZP właściwym dla tego rodzaju zamówienia, gdyż biorąc pod uwagę oszacowaną przez Zamawiającego wartość zamówienia, próg unijny w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych, w tym zamawiających samorządowych – wynosi 214.000,00 euro, co stanowi równowartość kwoty 913 630,00 zł. Tym samym, jak podniósł Prezes Urzędu, wbrew założeniom Zamawiającego, które legły u podstaw wyboru trybu postępowania – wartość zamówienia ustalonego przez Zamawiającego przekraczała próg unijny określony dla dostaw obowiązujący dla postępowań prowadzonych przez zamawiających z sektora samorządowego, ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym faktem, że zgodnie z art. 86 PZP, ogłoszenia, o których mowa w dziale II (tj. „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne”), przekazywane są przez zamawiającego Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a nie w Biuletynie Zamówień Publicznych. Z powyższego wynika według Prezesa Urzędu, że Zamawiający udzielił zamówienia w reżimie prawnym właściwym dla zamówień krajowych, podczas gdy wartość szacunkowa przedmiotowych dostaw zobowiązywała go do przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i udzielenia zamówienia z zastosowaniem przepisów działu II PZP, właściwego dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, co stanowi naruszenie przepisów art. 86 ust. 1 PZP i n. przepisów odnoszących się do ogłoszenia postępowania. Ponadto, jak wyjaśnił Prezes Urzędu, procedowanie przez

Zamawiającego kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie trybu podstawowego, w oparciu o przepisy działu III PZP, mającego zastosowanie do zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, a więc w praktyce łagodniejszego reżimu prawnego, stanowi naruszenie przepisów art. 17 ust. 2 PZP, poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP. Zamawiający, bowiem bezpodstawnie, wszczynając i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości, zaniechał zastosowania szeregu instytucji prawnych regulacji zamówień publicznych, w tym przepisów dotyczących obowiązkowego publikatora dla ogłoszeń publikowanych w postępowaniu o wartości równej lub przekraczającej progi unijne lub trybów dotyczących tych postępowań i obowiązujących dla nich dłuższych terminów składania ofert. Na koniec, Prezes Urzędu stwierdził, iż ww. naruszenie miało wpływ na wynik kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ bezpodstawnie odstąpienie do stosowania przepisów ustawy Pzp dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne skutkowało

niezastosowaniem przepisów właściwych, m.in. tych przewidujących obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w publikatorze o szerszym zasięgu (Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) lub z zastosowaniem dłuższego terminu składania ofert, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym niewłaściwym trybie udzielania zamówienia publicznego.

Prezes Urzędu zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 16 pkt 2 w zw. z art. 133 ust. 1 PZP. Podkreślił, że PZP rozróżnia stronę internetową prowadzonego postępowania od strony internetowej zamawiającego. Według Prezesa Urzędu, strona internetowa prowadzonego postępowania to miejsce, w którym zamawiający będzie prowadził postępowanie. To poprzez tę stronę będą składane oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, które będą musiały być przekazane do zamawiającego poprzez system teleinformatyczny. Innymi słowy strona prowadzonego postępowania to system teleinformatyczny, który umożliwi elektroniczną komunikację pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami. Takie narzędzie musi być niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne (strona miniPortalu albo jej następcy platformy e-Zamówienia lub odpowiedniej platformy komercyjnej spełniającej przesłanki z ustawy Pzp i właściwego rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej). Nie oznacza to jednak, że zamawiający nie może dodatkowo udostępnić ww. dokumentów lub informacji również na swojej stronie internetowej. Przepis art. 134 ust. 1 pkt 2) PZP wymaga, aby SWZ zawierał adres strony internetowej, na której udostępnione będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Adres strony internetowej wskazanej w SWZ powinien jednak bezpośrednio prowadzić do pełnej SWZ, w tym dokumentów zamówienia, włącznie z tymi zawierającymi opis przedmiotu zamówienia jak PFU czy przedmiary. Wymaga jednocześnie podkreślenia, że zamieszczenie dokumentów postępowania jedynie na stronie internetowej zamawiającego nie zastępuje ich udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. W ocenie Prezesa Urzędu, stosownie do przepisów art. 133 ust. 1 PZP, Zamawiający powinien zapewnić na platformie miniPortal pełny dostęp do SWZ, a więc również przedmiary robót, stanowiące część opisu przedmiotu zamówienia. Powiat Mławski rozproszył zaś dokumenty zamówienia między stroną miniPortalu a stroną BIP, gdyż PFU zamieścił na stronie miniPortalu, natomiast przedmiary robót określające szacunkowe wielkości prac opisanych w PFU zamieścił wyłącznie na stronie BIP. Tym samym, w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w zakresie zadania obejmującego remont dachu nie zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na stronie miniPortalu, pełnej specyfikacji warunków zamówienia, obejmującej przedmiary robót uwzględniające remont dachu dla

obiektów: (1) Liceum Ogólnokształcącego im. St. Wyspiańskiego w Mławie; (2) Zespołu Szkół nr 1 w Mławie; (3) Zespołu Szkół nr 3 w Mławie; (4) Bursy Szkolnej w Mławie, (5) Zespołu Szkół nr 4 w Mławie. Dokumenty te zostały zamieszczone wyłącznie na stronie w dniu 30 czerwca 2021 r. Nadmienić należy, że Zamawiający nie zapewnił do tych dokumentów zamówienia także, tzw. ścieżki bezpośredniego dostępu (ani w treści SWZ, ani na stronie miniPortalu, będącego stroną internetową prowadzonego postępowania). Wszystko to, stanowiło według Prezesa Urzędu o naruszeniu art. 133 ust. 1 PZP, a nadto art. 134 ust. 1 pkt 4 PZP, zgodnie z który, SWZ zawiera opis przedmiotu zamówienia, który musi być wyczerpujący. W kontrolowanym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia w zakresie remontu dachu zawarty został w PFU i przedmiarach robót, a zatem należy uznać, że te dokumenty zamówienia stanowią integralną część SWZ. Zamawiający udostępnił bowiem PFU, zawierający opis przedmiotu zamówienia w zakresie remontu dachu, na stronie internetowej prowadzonego postępowania (miniPortalu), a każdy z potencjalnych wykonawców mógł zapoznać się z jego treścią. Natomiast przedmiary robót opisane w ww. PFU zostały zamieszczone jedynie na stronie BIP. W tym stanie rzeczy należy uznać, że potencjalnym wykonawcom nie został udostępniony pełen dokument zamówienia, jakim był przedmiary do ww. PFU, które zawierały opis przedmiotu zamówienia w zakresie remontu dachu w wyniku rozproszenia dokumentacji postępowania między miniPortalem a BIPem Zamawiającego. SWZ, w skład której wchodziły przedmiary robót, została udostępniona w sposób nieprzejrzysty i mogący utrudniać wykonawcom uwzględnienie w swoich ofertach zadania polegającego na remoncie dachów na 5 obiektach. Co więcej, przedmiary te zawierały szacunkowe wielkości prac budowlanych polegających na remoncie dachu, opisanych w PFU, a więc były niezbędne do prawidłowej wyceny zamówienia. W efekcie, jak wynika z kontroli doraźnej Prezesa Urzędu, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 2 w zw. z art. 133 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na stronach miniPortalu, przedmiarów robót uwzględniających remont dachu w zakresie pięciu obiektów, czym należy uznać, Zamawiający dopuścił się zaniechania udostępnienia SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania w pełnym zakresie, w konsekwencji czego postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone w sposób nieprzejrzysty. Według Prezesa Urzędu, naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem niepełne udostępnienie SWZ w zakresie zadania dotyczącego remontu dachu mogło skutkować zmniejszeniem liczby ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub nieuwzględnieniem wszystkich wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu 11 grudnia 2023 r., Powiat Mławski wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 PZP, po pierwsze, Zamawiający wskazał, iż omyłkowo utożsamiał dostawę przedmiotowych paneli z robotą budowlaną obejmującą oprócz dostawy samych paneli, również dostawę pomp ciepła a także ich instalację. Powiat Mławski wyjaśnił, iż sugerował się treścią załącznika II do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L z 28 marca 2014 r., Nr 94, str. 65 ze zm.), z którego wynika, że w ramach klasy 45.31 ujęto m.in. wykonanie instalacji w budynkach lub innych obiektach budowlanych, np. przewodów elektrycznych oraz osprzętu. „Zamawiający przyjął zatem, iż pod pojęciem „elektrycznych systemów grzewczych”, kryje się również wykonanie instalacji fotowoltaicznych.” (str. 3 zastrzeżeń). Po drugie, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 2 PZP w zw. z art. 133 ust. 1 PZP Powiat Mławski podniósł, iż nietrafne jest uogólnienie, iż strona internetowa, za pośrednictwem której wykonawcy mogą np. składać wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji, bądź oferty jest równocześnie stroną internetową prowadzonego postępowania. Zamawiający powołał się na przepisy art. 134 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 281 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP, które nakładają na zamawiającego dwa obowiązki, tj. wskazanie adresu strony internetowej prowadzonego postępowania, oraz – niezależnie od powyższego – adres strony, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Ustawodawca dopuścił zatem możliwość, iż są to dwie różne strony internetowe. Stroną internetową, na której Zamawiający zamieszczał wszystkie informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. SWZ, a także wszelkie inne dokumenty, do których SWZ się odwołuje, jak również przedmiary robót – była . Odmiennym również, według Zamawiającego, jest wskazanie ww. strony internetowej prowadzonego postępowania, a wskazanie sposobu doręczania zamawiającemu korespondencji elektronicznej – Zamawiający dopuścił sposób komunikowania się wykonawców z Zamawiającym za pośrednictwem miniPortalu, ale zgodnie z pkt 3.6. ogłoszenia o zamówieniu, służył on wyłącznie do komunikacji. „Zamawiający poinformował jedynie wykonawców, iż posiadając konto na ePUAP, zyskują oni dostęp do formularzy interaktywnych umożliwiających złożenie, zmianę, wycofanie oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji.” (str. 4 zastrzeżeń), a nie dokumenty zamówienia. Nigdzie w treści dokumentacji zamówienia nie wskazano według Zamawiającego, iż miniPortal stanowi stronę prowadzonego postępowania. Podsumowując, Powiat Mławski uważa, iż całkowicie spójne i uprawnione pozostają wyjaśnienia, iż jako Zamawiający zamieszczał wszelkie dokumenty, w tym sporne przedmiary robót, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na stronie Zamawiający nie zgadza się ze stwierdzeniem, iż „strona

internetowa prowadzonego postępowania” to wyłącznie platforma spełniająca przesłanki PZP i właściwego rozporządzenia w sprawie środków elektronicznych, zwłaszcza, że gdyby intencją ustawodawcy było umożliwienie składania ofert za pośrednictwem strony, to bez wątpienia dałby temu wyraz w treści art. 133 ust. 1 PZP, „natomiast skoro tego nie uczynił, to kontrolujący nie jest uprawniony do nakładania na zamawiającego dodatkowych obowiązków niewynikających z przepisów ustawy PZP.” Skoro tak, to nie sposób stwierdzić, by przedmiotowa okoliczność mogła mieć wpływ na wynik postępowania, skoro Zamawiający posiada dowolność we wskazaniu strony internetowej prowadzonego postępowania – nie musi to być miniPortal. Dodatkowo, Powiat Mławski wskazał, iż: przywołane przez kontrolującego pismo z 30 czerwca 2021 r. wbrew jego stanowisku, potwierdza konsekwencję i spójność dokumentacji zamieszczonej na stronie prowadzonego postępowania. Wykonawca wskazuje bowiem, iż identyfikuje konieczność wymianu pokryć dachowych (de facto wynika to z udostępnionych przedmiarów oraz programu funkcjonalno-użytkowego), natomiast wykonawca nie znajduje w treści formularza ofertowego odrębnej pozycji do wyceny tego zakresu zamówienia. Z kolei, Zamawiający podkreśla, iż dokumentację zamówienia tworzy nie tylko specyfikacja warunków zamówienia, lecz również pozostałe dokumenty zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania. W efekcie, Powiat Mławski wniósł o odstąpienie od zarzutu sformułowanego w pkt 1 i 2 informacji o wyniku kontroli doraźnej, jako niezgodnego ze stanem faktycznym.

Na podstawie art. 610 ust. 2 PZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dnia 27 grudnia 2023 r. przekazał ww. zastrzeżenia Powiatu Mławskiego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Przekazując ww. zastrzeżenia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych odniósł się do ww. argumentacji Zamawiającego. Po pierwsze, Prezes Urzędu wskazał, iż przedmiotowe zamówienie stanowi dostawę w rozumieniu definicji zawartej w art. 7 pkt 4 PZP, a nie roboty budowlane, jak wskazał to Zamawiający. Wynika to zasadniczo z art. 27 ust. 1 PZP, zgodnie z którym jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia. „Pojęcie „główny przedmiot zamówienia” należy utożsamiać z głównym świadczeniem wykonawcy, natomiast zobowiązania drugorzędne ze świadczeniami ubocznymi. Świadczenia uboczne mają charakter instrumentalny względem świadczenia głównego, ponieważ służą jego realizacji lub go uzupełniają” (str. 6 pisma Prezesa Urzędu z dnia 27 grudnia 2023 r.). Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach, wskazując na objęcie zamówieniem również zadania oznaczonego kodem CPV 45311000-0 – roboty w

zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych, polegającym na zainstalowaniu pomp ciepła, gołostownie, bez merytorycznego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego, zdaje się sugerować, że zadanie to stanowiło główny przedmiot zamówienia w rozumieniu art. 27 ust. 1 PZP. Przy czym, należy przypomnieć za Informacją o wyniku kontroli doraźnej, że przedmiot zamówienia został opisany za pomocą następujących kodów CPV: 09331200-0 – słoneczne moduły fotowoltaiczne; 45261215-4 – pokrycie dachów panelami ogniw słonecznych; 45310000-3 - roboty instalacyjne elektryczne; 45311000-0 – roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych; 45261910-6 – kompleksowe przygotowanie podłoża pod montaż urządzeń. W toku przeprowadzonej kontroli doraźnej ustalono także, że roboty budowlane polegające na kompleksowym przygotowaniu podłoża pod montaż urządzeń były zadaniem koniecznym do zainstalowania paneli fotowoltaicznych na pięciu obiektach objętych zamówieniem, tj. ZS nr 1, ZS nr 3, ZS nr 4, LO im. Stanisława Wyspiańskiego, Bursa Szkolna. Jednakże jak wskazuje opis przedmiotu zamówienia, roboty budowlane wchodzące w skład zamówienia, polegające na remoncie dachu utożsamianym z kompleksowym przygotowaniem podłoża, stanowią prace akcesoryjne względem dostawy i instalacji paneli fotowoltaicznych. Nadto, roboty te nie dotyczyły wszystkich obiektów objętych zamówieniem. Podobnie rzecz się miała z instalacją pomp ciepła. Konkludując, w ocenie Prezesa Urzędu, przygotowanie podłoża poprzez wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie

dachu służy realizacji zadania polegającego na zainstalowaniu paneli fotowoltaicznych i było niezbędne do prawidłowej realizacji zadania na części budynków objętych zakresem zamówienia, ale to nie oznacza, że tym samym stanowiło główny przedmiot zamówienia. Nadto, w ocenie Prezesa Urzędu zadanie polegające na zainstalowaniu paneli fotowoltaicznych, w tym pomp ciepła stanowi zadanie stricte instrumentalne względem dostawy paneli fotowoltaicznych. Wszak, zgodnie z art. 7 ust. 4 PZP, zamówienie na dostawy może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Prezes Urzędu powołał się w tym miejscu na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 maja 2016r., sygn. II GSK 70/15, zgodnie z którym roboty budowlane związane z instalacją kolektorów słonecznych są świadczeniami mającymi – przy ich dostawie – charakter uboczny, dodatkowy, roboty te służą jedynie umożliwieniu korzystania z nabywanego urządzenia poprzez jego instalację. Naczelny Sąd Administracyjny w przywołanym wyroku uznał słusznie wg Prezesa Urzędu, iż dostarczenie kolektorów słonecznych (mienia ruchomego) można bez szkody przenieść w inne miejsce. W efekcie, nie było podstaw do uznania, że udzielane zamówienie stanowi robotę budowlaną, lecz dostawę, a Zamawiający był obowiązany prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w reżimie przepisów PZP właściwych dla tego rodzaju zamówienia. Tym samym, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 listopada 2023 r.

naruszenie przepisów art. 17 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów działu III ustawy Pzp, a więc z zastosowaniem przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości, podczas gdy rodzaj i wartość zamówienia publicznego zobowiązywała zamawiającego do udzielenia zamówienia na podstawie przepisów działu II ustawy Pzp, co w efekcie doprowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w tym także z naruszeniem art. 86 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, będącym właściwym publikatorem dla przedmiotowego postępowania z uwagi na rodzaj i wartość zamówienia.

W odniesieniu do drugiego zarzutu Prezes Urzędu również podtrzymał swoje stanowisko. W ocenie Prezesa Urzędu, nie ulega wątpliwości, że decyzję, która strona internetowa będzie stroną prowadzonego postępowania ustawodawca pozostawił zamawiającemu. Jednakże, swoboda zamawiającego nie może w tym zakresie być mylona z dowolnością. Ustawodawca zastrzega bowiem w przepisach art. 64 PZP oraz w art. 68 PZP, a także w § 11 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (dalej jako: „Rozporządzenie”), jakie wymagania powinna spełniać strona internetowa będąca „stroną internetową prowadzonego postępowania”. Otóż, strona ta powinna spełniać wymagania systemu teleinformatycznego, który umożliwi elektroniczną komunikację pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, w tym m.in. składanie oferty, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie. Takie narzędzie musi być niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne. Za oczywiste należy uznać, że strona Biuletynu Informacji Publicznej Zamawiającego takich wymagań nie spełnia. Tym samym, Zamawiający sprzecznie z wyżej przywołanymi przepisami wskazał w treści ogłoszenia o zamówieniu, w pkt 3.1., że „Adres strony internetowej prowadzonego postępowania”, to bip.powiatmlawski.pl. Jak wyjaśnił Prezes Urzędu, wnoszący zastrzeżenia błędnie utożsamiał ze stroną internetową prowadzonego postępowania, o której mowa w art. 133 ust. 1 PZP, stronę internetową swojego Biuletynu Informacji Publicznej. Strona internetowa BIP Zamawiającego mogłaby zaś stanowić stronę internetową, o której mowa w art. 134 ust. 2 pkt 2 PZP, tj. stronę internetową, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia – która nie stanowi jednocześnie strony internetowej prowadzonego postępowania, o której mowa w pkt 1 tego przepisu. Powyższe oznacza, że Zamawiający

możł dodatkowo udostępnić ww. dokumenty lub informacji również na swojej stronie internetowej. Jednak, zamieszczenie dokumentów postępowania jedynie na stronie internetowej zamawiającego nie zastępuje ich udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. „Należy także zaznaczyć, że adres strony internetowej wskazanej w SWZ powinien bezpośrednio prowadzić do pełnej SWZ, w tym dokumentów zamówienia, włącznie z tymi zawierającymi opis przedmiotu zamówienia jak PFU czy przedmiary. Tymczasem podany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ adres nie stanowił bezpośredniej ścieżki dostępu do dokumentacji postępowania. Wskazany adres prowadzi jedynie do strony głównej BIP Zamawiającego, a więc wbrew opinii Zamawiającego, nie jest to adres dokładny, tj. stanowiący bezpośrednią ścieżkę dostępu do dokumentacji postępowania.” Co więcej, Powiat Mławski nie był konsekwentny, skoro PFU, stanowiący główny dokument opisu przedmiotu zamówienia w zakresie remontu dachu umieścił wyłącznie na stronie internetowej miniPortalu, zaś przedmiary robót wyłącznie na stronie Podsumowując, Prezes Urzędu wskazał, iż naruszenia opisane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, stwierdzono na stanu faktycznego podstawie prawidłowo ustalonego, w szczególności w oparciu o przekazaną przez Zamawiającego dokumentację postępowania, wyjaśnienia Zamawiającego oraz stan strony internetowej BIP Zamawiającego i strony miniPortalu prowadzonego postępowania. Nie może przy tym Zamawiający powoływać się na zasadę przejrzystości jako zarzut dotyczący przeprowadzonej kontroli, skoro sam nie dochował tej zasady wskutek nieudostępnienia dokumentacji postępowania zawierającej opis przedmiotu zamówienia wszystkim potencjalnym wykonawcom w pełny sposób na stronie internetowej prowadzonego postępowania – tutaj: miniPortalu. Tym samym, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 listopada 2023 r. naruszenie przepisów art. 16 pkt 2 w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na stronach miniPortalu, przedmiarów robót uwzględniających remont dachu w zakresie pięciu obiektów, czym należy uznać, Zamawiający dopuścił się zaniechania udostępnienia SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania w pełnym zakresie, w konsekwencji czego postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone w sposób nieprzejrzysty.

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

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, które zostało podtrzymane w odpowiedzi na

zastrzeżenia. Zdaniem składu orzekającego, Prezes Urzędu poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, zaś dokonana przez Prezesa Urzędu, interpretacja przepisów naruszonych przez Zamawiającego, jest właściwa.

Zamawiający podniósł, że Prezes Urzędu nieprawidłowo ustalił stan faktyczny sprawy, przy czym w zakresie stwierdzonego naruszenia przepisu art. 17 ust. 2 PZP nie podał żadnych powodów sformułowania takiego zastrzeżenia. Nie zakwestionował w szczególności, by Prezes Urzędu nieprawidłowo ustalił przedmiot zamówienia, czy też jego wartość. Zarzuty Zamawiającego koncentrują się raczej wokół wykładni przepisów PZP, których naruszenie zarzucił mu Prezes Urzędu. Po pierwsze, zgodzić należy się z wynikami kontroli wskazującymi na fakt, że Powiat Mławski prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył art. 17 ust. 2 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów działu III ustawy Pzp, podczas gdy rodzaj i wartość zamówienia publicznego zobowiązywała zamawiającego do udzielenia zamówienia na podstawie przepisów działu II ustawy Pzp. Powołanie się na pomyłkę nie może egzonerować Zamawiającego od odpowiedzialności za udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP. Wszak, Zamawiający naruszył podstawowe regulacje prawa zamówień publicznych, co doprowadziło do naruszenia fundamentalnej zasady, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 PZP). „Omyłka” Zamawiającego skutkowałą szeregiem dalszych naruszeń, takich jak m.in. zaniechanie przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, ustalenie krótszych terminów w ramach postępowania. Wyrażona w art. 17 ust. 2 PZP zasada legalizmu oznacza formalną zgodność czynności zamawiającego z przepisami PZP (uchw. Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. KIO/KD 52/19). Takiej zgodności nie dochowano w niniejszym postępowaniu, co przyznał sam Zamawiający, powołując się na pomyłkę. Nieprawidłowe jest również powołanie się przez Powiat Mławski na załącznik II do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L z 2014 r., Nr 94, str. 65). Załącznik ten zawiera wykaz rodzajów działalności, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 6 lit. a) przedmiotowej Dyrektywy. Zgodnie zaś z tym przepisem, „zamówienia publiczne na roboty budowlane” oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest m.in.: wykonanie albo zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku II.” Owszem, jakkolwiek Klasa 45.31 tego załącznika obejmuje „Wykonywanie instalacji elektrycznych”, w tym „elektrycznych systemów grzewczych”, to Zamawiający pomija, iż kluczowe znaczenie dla ustalenia rodzaju udzielanego zamówienia ma w pierwszej kolejności ocena, co stanowi

główny przedmiot zamówienia, a co jedynie uzupełnia lub towarzyszy temu przedmiotowi. Nie ulega wątpliwości, iż głównym przedmiotem zamówienia była instalacja fotowoltaiczna i instalacja gruntowej pompy ciepła z jednoczesnym i koniecznym kompleksowym przygotowaniem podłoża pod montaż tych urządzeń. Aczkolwiek, roboty budowlane polegające na kompleksowym przygotowaniu podłoża pod montaż urządzeń były zadaniem koniecznym do zainstalowania paneli fotowoltaicznych na pięciu obiektach objętych zamówieniem, tj. ZS nr 1, ZS nr 3, ZS nr 4, LO im. Stanisława Wyspiańskiego, Bursa Szkolna. Pozostałe obiekty, tj. ZS nr 2, Specjalny Ośrodek Szkolno Wychowawczy, Centrum Administracyjne do Obsługi Placówek Opiekuńczo-Wychowawczych w Kowalewie, Mławska Hala Sportowa nie wymagały kompleksowego przygotowania podłoża polegającego na naprawie dachu. Słusznie uznał Prezes Urzędu, że roboty budowlane wchodzące w skład zamówienia, polegające na remoncie dachu utożsamianym z kompleksowym przygotowaniem podłoża, stanowiły prace akcesoryjne względem dostawy instalacji paneli fotowoltaicznych. Krajowa Izba Odwoławcza podziela ustalenie, iż celem umowy nie był remont dachów. Tak jak słusznie zauważył Prezes Urzędu, zamiarem Powiatu Mławskiego było nabycie rzeczy ruchomych – instalacji fotowoltaicznych i instalacji pompy ciepła wraz z ich instalacją (art. 7 pkt 4 PZP). Przedmiotem zamówienia nie było samo w sobie wykonanie elektrycznych systemów grzewczych (Klasa 45.31 załącznika II do Dyrektywy), pomp ciepła, czy też instalacji fotowoltaicznych. Powiat nie zamierzał zamówić wykonania instalacji, tj. robót budowlanych polegających na wykonaniu instalacji fotowoltaicznych oraz pomp ciepła, lecz nabyć ich własność wraz z dokonaniem montażu, a przy tej okazji konieczne było również uprzednie przystosowanie do ich montażu co do części budynków Zamawiającego. Następnym ustaleniem, że głównym przedmiotem zamówienia była dostawa instalacji fotowoltaicznej i instalacji gruntowej pompy ciepła z towarzyszącymi jej dostawie robotami budowlanymi, była konieczność uwzględnienia wartości tej dostawy w kontekście ustalenia, czy wartość zamówienia przekracza progi unijne i w związku z tym, które przepisy PZP dotyczące udzielenia zamówienia, tj. zawarte w dziale II „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne” czy dziale III „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne” należy zastosować. Nieprawidłowe ustalenia w tym zakresie, tj. ustalenie, że mamy do czynienia z robotami budowlanymi, dla których określono wyższy próg unijny, doprowadziły w sposób oczywisty, do dalszych naruszeń, w tym niezastosowania przepisów działu II PZP, w szczególności art. 86 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, będącym właściwym publikatorem dla przedmiotowego postępowania z uwagi na rodzaj i wartość zamówienia, a w efekcie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy (art. 17

ust. 2 PZP).

W ocenie składu orzekającego, wyjaśnienia podane przez Zamawiającego w treści zastrzeżeń z 11 grudnia 2023 r., nie zasługują na uwzględnienie również w zakresie dotyczącym naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 133 ust. 1 PZP. Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Powiat Mławski ww. przepisów poprzez zaniechanie udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na miniPortalu, przedmiarów robót uwzględniających remont dachu w zakresie pięciu obiektów i w konsekwencji zaniechanie udostępnienia SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania w pełnym zakresie. Oznacza to, iż w wyniku kontroli doraźnej, okazało się, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone w sposób nieprzejrysty. Jak zaś podniósł Zamawiający w zastrzeżeniach, w świetle art. 133 ust. 1 i art. 280 ust. 1 pkt 1 PZP, strona internetowa prowadzonego postępowania to strona, na której zamawiający zapewnia bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia – zatem jest to jedynie strona, za pośrednictwem której wykonawcy mogą pozyskać informację o warunkach zamówienia, czy o oczekiwaniach jakie zamawiający formułuje w kierunku potencjalnych wykonawców. Zdaniem Powiatu Mławskiego,

Prezes Urzędu arbitralnie przyjął, iż stroną internetową prowadzonego postępowania był miniPortal dostępny pod adresem co stoi w oczywistej sprzeczności np. z treścią ogłoszenia o zamówieniu, w treści którego w pkt 3.1. „Adres strony internetowej prowadzonego postępowania” Zamawiający jednoznacznie wskazał: bip.powiatmlawski.pl, zaś miniPortal wskazał wyłącznie jako sposób komunikowania się wykonawców z Zamawiającym (pkt 3.6 ogłoszenia o zamówieniu). Według Zamawiającego, PZP nie nakazuje utożsamiać strony internetowej, za pośrednictwem której wykonawcy mogą np. składać wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, bądź oferty – ze stroną internetową prowadzonego postępowania. Skoro Zamawiający – w jego ocenie konsekwentnie – informował i traktował stronę BIP, jako stronę prowadzonego postępowania, to jednak w ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, konsekwencji tej zabrakło przy publikacji i udostępnianiu dokumentów zamówienia. Jak słusznie wskazał Prezes Urzędu, Zamawiający publikował dokumenty zamówienia na obu stronach, przy czym żadna nie obejmowała wszystkich dokumentów zamówienia. PFU nie został udostępniony na stronie BIP, zaś przedmiary robót nie zostały udostępnione na stronie miniPortalu. W konsekwencji, bez względu na uznanie, która ze stron stanowiła stronę prowadzonego postępowania – doszło do naruszenia zasady przejrzystości (art. 16 ust. 2 PZP). Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska Prezesa Urzędu, iż kluczowym dla dochowania tej zasady jest zapewnienie na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ

(art. 133 ust. 1 PZP). PFU nie został zaś udostępniony w całości, tj. wraz z przedmiarami, na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Nie sposób uznać, że Zamawiającym, że PFU nie stanowił dokumentacji postępowania, skoro SWZ na str. 10 zawierała informację, że: „Potwierdzeniem prawidłowo dokonanej kalkulacji ceny będzie załączony do oferty szczegółowy kosztorys (...) zawierający wszystkie koszty niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia: - wynikające zarówno z dokumentacji projektowej, przedmiarów robót, warunków i obowiązków określonych w specyfikacji oraz własnej wiedzy i doświadczenia (...)” Do przedmiarów robót odsyła się zaś w samym PFU pn. Remont szczytów dachów na obiektach należących do Powiatu Mławskiego: „Szacunkowe wielkości prac budowlanych określono w przedmiarze stanowiącym załącznik do postępowania przetargowego.” Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza za Prezesem Urzędu, że przedmiary te zawierały szacunkowe wielkości prac budowlanych polegających na remoncie dachu, opisanych w PFU, a więc były niezbędne do prawidłowej wyceny zamówienia zgodnie z SWZ. Jeżeli zaś Zamawiający nie zamierzał traktować PFU jako dokumentu zamówienia to nie powinien go udostępniać wykonawcom w ramach komunikacji w przedmiotowym postępowaniu i nie powinien odsyłać w nim do przedmiarów, do których z kolei odsyłał wprost w SWZ i w oparciu o które nakazywał kalkulować cenę. Krajowa Izba Odwoławcza uznaje za prawidłowe ustalenia Prezesa Urzędu, że w kontrolowanym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia w zakresie remontu dachu zawarty został w PFU i przedmiarach robót, a zatem należy uznać, że te dokumenty zamówienia stanowią integralną część SWZ. Słusznie wskazał również Prezes Urzędu, iż „strona internetowa prowadzonego postępowania” to strona, na której jest prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, to poprzez tę stronę będą składane oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, które będą musiały być przekazane do zamawiającego poprzez system teleinformatyczny. To na tej stronie należy również udostępnić SWZ w pełnym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza uważa również, iż z przywołanych przez Prezesa Urzędu przepisów art. 64 w zw. z art. 61 ust. 1 PZP wynika, że strona internetowa prowadzonego postępowania jest narzędziem, wykorzystywanym do celów komunikacji zamawiającego z wykonawcami za pomocą środków elektronicznych, które muszą być niedyskryminujące, ogólnie dostępne i interoperacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2023 r., poz. 57, 1123 i 1124) z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych i które nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia. W szczególności, zauważyć należy, iż art. 22 Dyrektywy, który został implementowany w przywołanych przepisach PZP odnosi się w ramach ustalenia zasad komunikacji w postępowaniu, również do udostępniania

dokumentów zamówienia. W szczególności, jako wyjątek od zasady komunikacji elektronicznej, Dyrektywa dopuszcza komunikację ustną, lecz wyłącznie w odniesieniu do przekazywania informacji dotyczących innych niż istotne elementów postępowania o udzielenie zamówienia – zaś w tym kontekście, za istotne elementy postępowania o udzielenie zamówienia uznaje, m.in. dokumenty zamówienia (art. 22 ust. 2 Dyrektywy). Tak też wynika z art. 61 ust. 2 PZP, który implementuje ww. przepis Dyrektywy. Oznacza to, iż regulacja Rozdziału 7 Komunikacja zamawiającego z wykonawcami obejmuje również wymagania dotyczące strony internetowej prowadzonego postępowania. W konsekwencji to stronę miniPortalu należało uznać za stronę internetową prowadzonego postępowania. Sam Zamawiający nie kwestionował, że w SWZ przyjęto, iż komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia będzie odbywać się na stronie miniPortalu. Jakkolwiek, Zamawiający mógł dodatkowo udostępniać dokumenty zamówienia na swojej stronie internetowej BIP, to jednak zgodnie z zasadą bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do specyfikacji warunków zamówienia – wszystkie dokumenty zamówienia Zamawiający powinien był udostępnić na stronie prowadzonego postępowania, tj. na stronie miniPortalu. Jak słusznie podniósł Prezes Urzędu, pełny dostęp do SWZ oznacza, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania musi być udostępniony pełny i kompletny zakres SWZ, nawet jeżeli niektóre warunki zamówienia zostały już opisane w ogłoszeniu o zamówieniu, zaś bezpośredni dostęp do SWZ oznacza, że zamawiający powinien wskazać bezpośrednią ścieżkę dostępu do SWZ, a nie jedynie ogólny adres internetowy strony, na której prowadzone jest postępowanie. Zasady te nie zostały dochowane, skoro na stronie miniPortalu nie umieszczono pełnego PFU, tj. przedmiarów robót uwzględniających remont dachu dla obiektów: (1) Liceum Ogólnokształcącego im. St. Wyspiańskiego w Mławie; (2) Zespołu Szkół nr 1 w Mławie; (3) Zespołu Szkół nr 3 w Mławie; (4) Bursy Szkolnej w Mławie; (5) Zespołu Szkół nr 4 w Mławie. Dokumenty te zostały zamieszczone wyłącznie na stronie dnia 30 czerwca 2021 r. Zamawiający nie zapewnił do tych dokumentów zamówienia także, tzw. ścieżki bezpośredniego dostępu – ani w treści SWZ, ani na stronie miniPortalu, będącego stroną internetową prowadzonego postępowania. Tym samym, naruszona została zasada przejrzystości, której celem jest ograniczenie pola dla ewentualnych niejasności, nieporozumień, sprzeczności a co za tym idzie nadużyć, prowadzących do uznaniowości przy wyborze oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie do naruszenia zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP (art. 17 ust. 2 PZP).

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 610 ust. 3 w zw. z art. 617 ustawy Prawo zamówień publicznych
– wyraziła opinię, aby nie uwzględniać zastrzeżeń Powiatu Mławskiego.

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Aleksandra Patyk Michał Pawłowski