

Sygn. akt: KIO/KD 3/22

UCHWAŁA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 2 lutego 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 5 stycznia 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość z siedzibą w Zamościu, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2021 r. (znak sprawy KND/44/21/DKZP) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie inwentaryzacji i ekspertyz ciągów SN i linii 110 kV oraz stacji GPZ, RPZ, RS, SN/SN i SN/nN z terenu eksploatacji PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Ordysińska

wyraża następującą opinię:

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

Uzasadnienie

uchwały z dnia 2 lutego sygn. akt: KIO/KD 3/22

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „Kontrolujący”) w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie inwentaryzacji i ekspertyz ciągów SN i linii 110 kV oraz stacji GPZ, RPZ, RS, SN/SN i SN/nN z terenu eksploatacji PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość, na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

1. art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp2004”, poprzez zmianę postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy bez spełnienia przesłanek uzasadniających taką zmianę;
2. art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez włączenie do zakresu zamówienia zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
3. art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez ustalenie wartości zamówienia wcześniej aniżeli 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia;
4. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp2004 przez dwóch członków komisji przetargowej oraz przez osobę, która podpisała umowę w sprawie zamówienia publicznego;
5. art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z 52 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r., poz. 1128) poprzez wskazanie w pkt 2 ppkt 5 protokołu postępowania niezgodnej z prawdą daty ustalenia wartości zamówienia;
6. art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004 poprzez wskazanie w pkt 4 lit. A pkt 1 protokołu postępowania, iż członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenie określone w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, podczas gdy dwóch członków komisji nie złożyło przedmiotowych oświadczeń.

W toku postępowania wyjaśniającego i kontroli doraźnej Kontrolujący ustalił, iż przedmiotowe zamówienie zostało udzielone, poprzez zawarcie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Vimap Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Vimap”) umowy nr ZPU/0154-P/2019 w dniu 30 lipca 2019 r. (dalej: „Umowa”) po wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Vimap, w której to ofercie (pkt 6.2 formularza oferty) wykonawca zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia w terminie do 31 grudnia 2019 r. (§52 ust. 1 Umowy). Następnie Umowa została zmieniona w drodze aneksu nr 1 z dnia 4 listopada 2019 r. (dalej: „Aneks nr 1”), mocą którego termin realizacji przedmiotu umowy został określony jako do dnia 31 marca 2020 r. Kolejna zmiana Umowy została dokonana w drodze aneksu nr 2 z dnia 2 kwietnia 2020 r. (dalej: „Aneks nr 2”), mocą którego termin realizacji przedmiotu Umowy uległ zmianie na termin do dnia 31 lipca 2020 r. Ponowna zmiana Umowy została dokonana w drodze aneksu nr 3 z dnia 8 czerwca 2020 r. (dalej: „Aneks nr 3”), mocą którego termin realizacji przedmiotu umowy określony w §52 ust. 1 Umowy został określony jako do dnia 31 stycznia 2021 r.

Pytany o przyczyny dokonania powyższych zmian treści Umowy Zamawiający, pismem z dnia 24 lutego 2021 r.

poinformował Kontrolującego, że powodem ich dokonania była zarówno konieczność pozyskania wymaganych zgód korporacyjnych Spółki, co już na wstępie wydłużyło termin zawarcia umowy, jak również Zamawiający nie przewidział niepewnej pogody (występujące deszcze i mgły) i konieczności oczekiwania wykonawcy na jej poprawę, w celu możliwości odbycia lotów, bowiem warunki atmosferyczne mają podstawowe znaczenie dla późniejszej jakości otrzymanych materiałów fotograficznych. Dodatkowo podniósł, że niezaprzeczalnym utrudnieniem było także uzyskanie możliwości wykonywania lotów helikopterem nad zamkniętymi strefami lotniczymi (obiekty wojskowe) lub nad strefami kontrolowanymi (strefa nadgraniczna w Oddziale Zamość jest bardzo długa i wynosi ok. 300 km) i wiążące się z tym ograniczenia od niezależnych od wykonawcy i inwestora urzędów. Dodatkowo, w trakcie realizacji umowy, awarii uległ śmigłowiec i z uwagi na ograniczone możliwości specjalistycznej naprawy wykonawca oczekiwał na serwis około 2 tygodni. Podniósł także, że wskutek ogłoszenia na terenie kraju stanu zagrożenia epidemicznego (COVID-19), napotkano kolejne trudności wykonawcze, zarówno po stronie wykonawcy jak i Zamawiającego. Zamknięcie granic kraju, jak i sytuacja epidemiczna znacząco utrudniała dokończenie zadania poprzez problemy z przemieszczaniem się i zmianą pracowników wykonawcy, dostępnością miejsc noclegowych, wymuszoną pracą

zdalną pracowników wykonawcy, która wydłuża czas przygotowania danych. Te wszystkie ww. względy spowodowały konieczność aneksowania umowy zakupowej.

Kontrolujący nie uwzględnił powyższej argumentacji stwierdzając, iż poprzez zmianę postanowień zawartej Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez spełnienia przesłanek uzasadniających taką zmianę, Zamawiający naruszył art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, iż podstawa prawna zawarta w ustawie Pzp2004, względem dokonanych zmian postanowień Umowy w drodze Aneksu nr 1, Aneksu nr 2 oraz Aneksu nr 3 nie została sprecyzowana w treści samych aneksów, jak również w wyjaśnieniach przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli.

W treści pkt 17.2 SIWZ wskazano, iż Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień zawartej Umowy w stosunku do treści wybranej oferty, w sytuacji, gdy nastąpi zmiana przepisów obowiązującego prawa powszechnie obowiązującego oraz w sytuacjach opisanych we wzorze umowy (§54 wzoru Umowy). Z kolei przedmiotowy §54 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, określa zasady zmiany treści przyszłej umowy w ust. 15-18 danego paragrafu, jednakże odnoszą się one jedynie do zmiany przyszłej umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy. W treści §1 Aneksu nr 1, §1 Aneksu nr 2 oraz §1 Aneksu nr 3 wskazano, iż podstawą umowną zmiany treści §52 ust. 1 Umowy jest §17 ust. 1 Umowy, którego treść brzmi: Zmiany lub uzupełnienie umowy wymagają formy pisemnej w postaci aneksu pod rygorem nieważności. Analogiczną treść zawiera §17 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ. Ponadto Kontrolujący wskazał, że nie stwierdzono w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ jednoznacznych postanowień umownych, które określają zakres zmian w umowie, w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia, tym samym zasadne jest uznanie, iż zmiany postanowień Umowy dokonane w drodze aneksu nr 1, 2 i 3 nie spełniły wymogów określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004.

Kontrolujący stwierdził ponadto, że w odniesieniu do podstawy zmiany postanowień umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 wskazać należy, iż przepis ten przewiduje dwie kumulatywne przesłanki dla jego zastosowania, przy czym przesłanka, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp2004 odnosi się do konieczności zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowanej okolicznościami, których Zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. W tym względzie należy uznać, iż w odniesieniu do przedłużenia terminu realizacji zamówienia dokonanego w drodze Aneksu nr 1, tj. do dnia 31 marca 2020 r., dana przesłanka nie została spełniona. Okoliczności, na które powołuje się Zamawiający w piśmie skierowanym do Kontrolującego z dnia 24 lutego 2021 r., z uwzględnieniem treści pisma wykonawcy Vimap z dnia

10 października 2019 r. skierowanego do Zamawiającego, nie stanowiły okoliczności nieprzewidywalnych w przypadku działania z należytą starannością. Nie sposób uznać bowiem, aby charakter taki miały kwestie związane z koniecznością pozyskania zgód korporacyjnych spółki, gdyż reguły rządzące wewnętrzną organizacją Zamawiającego są mu z pewnością znane i nie mogą być traktowane jako element nieprzewidywalny. Analogicznie brak jest podstaw do uznania za okoliczność nieprzewidywalną niepewnej pogody (deszcze, mgły), szczególnie biorąc pod uwagę fakt, że Umowa miała być realizowana także w okresie jesiennym, jak również ograniczeń w dostępie do zamkniętych stref lotniczych lub stref kontrolowanych, bowiem fakt ten musiał być znany Zamawiającemu na etapie opracowywania opisu przedmiotu zamówienia. Również podniesiona w piśmie wykonawcy Vimap z dnia 10 października 2019 r. kwestia przedłużającego się etapu wyboru najkorzystniejszej oferty nie stanowi okoliczności nieprzewidywalnych, gdyż możliwość wystąpienia tego rodzaju sytuacji musi być zawsze brana pod uwagę przez Zamawiającego w szczególności, gdy określa on termin realizacji umowy datą dzienną. Jedynie wskazana przez Zamawiającego awaria śmigłowca mogłaby zostać uznana za okoliczność o charakterze nieprzewidywalnym w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp2004, jednakże w tym względzie nie sposób uznać, aby awaria trwająca około 2 tygodni rodziła konieczność zmiany Umowy polegającą na przedłużeniu terminu realizacji zamówienia o 3 miesiące.

Kontrolujący stwierdził także, że analogicznie, jak to miało miejsce w przypadku Aneksu nr 1, tak też w przypadku przedłużenia terminów realizacji, dokonanych w drodze Aneksu nr 2 i Aneksu nr 3 - brak jest podstawy prawnej zmiany postanowień umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp2004. Chociaż Zamawiający powołuje się w powyższym zakresie na okoliczności związane z sytuacją epidemiczną, Kontrolujący podkreślił, iż ustawą z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r., poz. 1842 ze zm.) - dalej: „ustawa COVID”, ustawodawca szczegółowo uregulował zasady zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z wystąpieniem COVID-19, które to regulacje muszą być uważane za mające charakter *lex specialis* względem art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 w zakresie, w jakim odnoszą się do okoliczności wskazanych w art. 15r ust. 1

ustawy COVID. Kontrolujący przypomniał treść przepisów obowiązujących na dzień dokonywania zmiany Umowy w dniu 2 kwietnia 2020 r., jak też w brzmieniu aktualnym na dzień zmiany Umowy w dniu 8 czerwca 2020 r. i podniósł, że Zamawiający, mimo wezwania do niego kierowanego, nie przekazał Kontrolującemu załącznika do Aneksu nr 2, który obejmował pismo wykonawcy Vimap z dnia 19 marca 2020 r. zawierające, jak można wnioskować

z treści samego Aneksu nr 2, uzasadnienie konieczności zmiany Umowy w zakresie przedłużenia terminu realizacji zamówienia. W przekazanej Kontrolującemu dokumentacji postępowania znajduje się pismo wykonawcy Vimap z dnia 27 maja 2020 r. stanowiące załącznik do Aneksu nr 3, w którym wykonawca ten nie wskazał jednakże na żadne okoliczności, o których mowa w art. 15r ust. 1 ustawy COVID. Kontrolujący zaznaczył, że nie może za taką okoliczność zostać uznany sam fakt ogłoszenia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego oraz zaleceń Ministra Zdrowia dotyczących dystansu społecznego, bez wskazania na związki powyższych z należyтым wykonaniem umowy. Jednocześnie, zarówno z powyższego pisma wykonawcy, jak również z ogólnikowych wyjaśnień Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. nie sposób wywieść konkretnych okoliczności mogących wpłynąć na należyte wykonanie Umowy, które uzasadniałyby przedłużenie terminu jej realizacji o tak długi, tj. łącznie 10-miesięczny okres, biorąc pod uwagę fakt, iż pierwotny termin wykonania zamówienia obejmował 5 miesięcy, zaś nawet z uwzględnieniem przedłużenia na drodze Aneksu nr 1 - 8 miesięcy, tj. okres krótszy, aniżeli łączny czas przedłużenia tego terminu w drodze Aneksu nr 2 oraz Aneksu nr 3. Jakkolwiek regulacja art. 15r ustawy COVID ma charakter wyjątkowy, bez wątpienia jej ratio legis nakazuje dostosowanie zakresu czasowego zmiany terminu wykonania umowy do potrzeb wynikających z okoliczności związanych z COVID-19, które mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy, co wyłącza możliwość przedłużenia tego terminu w sposób arbitralny, bez szczegółowego uzasadnienia. Nie sposób w szczególności uznać, aby kwestie odnoszące się do logistyki i planowania sposobu realizacji zamówienia mogły usprawiedliwić przedłużenie terminu realizacji zamówienia o okres dwukrotnie dłuższy od terminu pierwotnego. Niezależnie od powyższego, same wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. należy uznać za niemające oparcia w oświadczeniach wykonawcy Vimap lub dokumentach przekazanych Kontrolującemu w toku kontroli doraźnej.

W odniesieniu do podstawy prawnej zmiany postanowień umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp2004 Kontrolujący zwrócił uwagę na doprecyzowującą ją treść przepisu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp2004, stwierdzającego w jego pkt 2 lit. a), iż zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli: f...) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści. W odniesieniu do zmian Umowy objętych przedmiotem kontroli doraźnej w szczególności należy zwrócić uwagę na fakt, iż łączny okres przedłużenia terminu realizacji umowy

obejmował 13 miesięcy, co stanowi okres ponad dwukrotnie dłuższy aniżeli pierwotny, 5-miesięczny termin realizacji umowy. Z tego względu należy stwierdzić, iż gdyby faktyczny termin realizacji umowy był znany wykonawcom na etapie postępowania, co najmniej mogłoby to mieć wpływ na ich decyzję o ubieganiu się o jego udzielenie, jak również na ceny złożonych ofert. Ma to szczególne znaczenie w związku z przewidzeniem przez Zamawiającego w treści §10 ust. 1 lit. b) wzoru umowy oraz analogicznie w treści ostatecznie zawartej z wykonawcą Vimap Umowy kary umownej nakładanej na wykonawcę za opóźnienie w wykonaniu Umowy w całości lub części, której to możliwość nałożenia mogła być uwzględniona w cenach zaofiarowanych przez poszczególnych wykonawców. Skutkiem tego uznać należy, iż zmiany postanowień Umowy dokonane w drodze Aneksu nr 1, Aneksu nr 2 oraz Aneksu nr 3 miały charakter zmian istotnych w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp2004, a co za tym idzie, iż nie spełniły wymogów określonych w art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp2004.

Dalej Kontrolujący stwierdził, że w odniesieniu do podstawy prawnej zmiany postanowień umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, jak przyjmuje się w doktrynie, oceniając możliwość zmiany umowy na podstawie ww. przepisu należy mieć również na względzie regulację Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności treść motywu 107 akapit drugi, który stanowi, iż modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Z treści motywu 107 dyrektywy wynika zatem, iż pomiędzy modyfikacją umowy a koniecznością zmiany jej wartości musi zachodzić związek przyczynowo - skutkowy. Innymi słowy, modyfikacje umowy w oparciu o przywołaną podstawę muszą skutkować zmianą (nieznaczną) wartości umowy. W tym względzie Kontrolujący zwrócił uwagę, iż zmiany postanowień Umowy dokonane w drodze Aneksu nr 1, Aneksu nr 2 oraz Aneksu nr 3 nie skutkowały zmianą wartości Umowy, tym samym nie spełniły wymogów określonych w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004.

Jednocześnie wykluczyć należy możliwość uznania zmian postanowień Umowy dokonanych w drodze Aneksu nr 1, Aneksu nr 2 oraz Aneksu nr 3 za znajdujące uzasadnienie na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 lub pkt 4 ustawy Pzp2004 z uwagi na fakt, iż nie dotyczyły one realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy jak również zastąpienia dotychczasowego wykonawcy przez nowego wykonawcę.

Kontrolujący stwierdził zatem, że zmiany postanowień Umowy dokonane w drodze Aneksu nr 1, Aneksu nr 2 oraz Aneksu nr 3 zostały dokonane mimo niespełnienia przesłanek odnoszących się do którejkolwiek z podstaw prawnych umożliwiających zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, określonych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Następnie, Kontrolujący uzasadniał powody, dla których uznał, że Zamawiający naruszył w postępowaniu przepisy art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004. Jak ustalono w toku postępowania wyjaśniającego i kontroli doraźnej, zgodnie z treścią pkt I pkt 6 dokumentu pn. „Opis przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, do zakresu zamówienia włączone zostało zadanie pn. „Dostarczenie fotomapy cyfrowej”. Pismem z dnia 9 maja 2019 r.

skierowanym do uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy (pytanie nr 1) w brzmieniu: Wykonawca wnosi o wydzielenie do odrębnego postępowania zadania na wykonanie ortofotomapy powierzchniowej bądź dopuszczenie składania ofert częściowych. Z uwagi na całkowicie odrębny, w stosunku do pozostałych zadań, charakter prac związanych z wykonaniem ortofotomapy powierzchniowej oraz znaczny wpływ jej ceny na całość postępowania powinna ona stanowić odrębny przedmiot zamówienia. Łączenie zadań o tak odrębnym charakterze, jak obłoty liniowe sieci elektroenergetycznej oraz opracowania powierzchniowe, w ramach jednego postępowania, prowadzi do znacznego zawężenia kręgu potencjalnych oferentów oraz ograniczenia konkurencji, a w efekcie końcowym do zawyżenia cen całości postępowania. Podział na dwa odrębne zamówienia bądź dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych zwiększy grono potencjalnych wykonawców zadań realizowanych w ramach zamówienia podstawowego (koniecznego do realizacji) i przyczyni się do obniżenia ich ceny. Uzależnianie wyboru oferenta od łącznej ceny podanej za wykonanie tak zróżnicowanych zadań, mogłoby się wiązać z dużą niegospodarnością w korzystaniu przez Spółkę Skarbu Państwa z majątku publicznego oraz brakiem zachowania zasad uczciwej konkurencji. W związku z powyższym w trosce o obniżenie kosztów wykonania zamówienia zwracamy się z propozycją wydzielenia części ortofotomapy powierzchniowej z przedmiotowego przetargu do odrębnego postępowania lub dopuszczenie składania ofert częściowych dla części liniowej i powierzchniowej, udzielił następujących wyjaśnień treści SIWZ: Zakres zamówienia jest określany przez Zamawiającego. Aktualne ortofotomapy wykorzystywane są nie tylko do bieżącej eksploatacji sieci elektroenergetycznej, ale m.in. do planowania i projektowania nowych ciągów liniowych na wszystkich poziomach napięcia (nN, SN, WN). W związku z powyższym Zamawiający podtrzymuje zakres zamówienia. Ponadto, w odpowiedzi na pytanie wykonawcy (pytanie nr 5) w brzmieniu: Co zamawiający rozumie pod pojęciem fotomapy ?, Zamawiający udzielił odpowiedzi: Zamawiający informuje, że chodzi o ortofotomapę.

W ramach kontroli doraźnej pismem z dnia 5 lutego 2021 r. zwrócono się do Zamawiającego o ustosunkowanie się do kwestii możliwego naruszenia zasad uczciwej konkurencji, w związku z zadanymi wyżej pytaniami, jednakże Zamawiający nie przekazał dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie.

W związku z powyższym Kontrolujący, w związku z koniecznością uzyskania wiadomości specjalnych, celem ustalenia i oceny stanu faktycznego sprawy, zasięgnął opinii biegłego sądowego z zakresu geodezji i kartografii w specjalności fotogrametria. W swojej opinii z dnia 20 listopada 2021 r. biegły, w zakresie wniosków stwierdził, że wykonanie fotomapy (ortofotomapy) jest klasycznym opracowaniem geodezyjnym (fotogrametrycznym) i jest niezależnym procesem, nie wpływającym na pozostały zakres przedmiotowego zamówienia. W związku z tym, opracowanie cyfrowej fotomapy i pozostałego zakresu zamówienia nie musi być wykonywany przez jednego wykonawcę. Tym samym podział przedmiotowego zamówienia na części, z wyodrębnieniem zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej mógł zwiększyć grono potencjalnych wykonawców oraz przyczynić się do obniżenia ceny. Włączenie wykonania cyfrowej fotomapy do zakresu zamówienia mogło utrudniać uczciwą konkurencję, gdyż rynek usług fotogrametrycznych jest bardzo mały. Połączenie dwóch tak specjalistycznych usług jak obłoty liniowe i fotomapa powierzchniowa mogło znacznie ograniczyć liczbę oferentów.

Kontrolujący, mając na uwadze opinię biegłego, uznał w konsekwencji, iż włączenie do zakresu zamówienia zadania pn. „Dostarczenie fotomapy cyfrowej” skutkowało opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję. Jednocześnie stwierdził, iż w ten sposób Zamawiający uchybił zasadzie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z kolei poprzez włączenie do zakresu zamówienia zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji - poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004.

Kontrolujący ustalił także, w toku prowadzonej kontroli doraźnej, że w pkt 2 ppkt 5 protokołu postępowania Zamawiający wskazał, że wartość zamówienia została ustalona w dniu 3 stycznia 2021 r. na podstawie podobnych prac wykonanych w latach wcześniejszych.

Pismem z dnia 5 lutego 2021 r. Kontrolujący zwrócił się do Zamawiającego m.in. z prośbą o wskazanie daty i sposobu ustalenia szacunkowej wartości zamówienia oraz przesłanie dokumentacji w tym zakresie, a także wyjaśnienie ewentualnych rozbieżności danych dotyczących szacunkowej wartości zamówienia we wniosku o kontrolę oraz

w protokole postępowania. Pismem z dnia 24 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował, że szacowania wartości zamówienia dokonał inicjator wniosku zakupowego w oddziale Spółki w dniu 19 października 2018 r., zgodnie z zapisami we wniosku zakupowym (pkt 8 i 9), jednakże z powodu oczywistej pomyłki w protokole z przedmiotowego postępowania wpisana została jako data wartości ustalenia zamówienia - data sporządzenia wniosku zakupowego, czyli 3 stycznia 2019 r.

Następnie, pismem z dnia 24 czerwca 2021 r., Kontrolujący zwrócił się do Zamawiającego m.in. z prośbą o wyjaśnienie przyczyn, ze względu na które ustalenie wartości przedmiotowego zamówienia zostało dokonane wcześniej aniżeli 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jak również z prośbą o przekazanie kopii wniosku zakupowego zawierającego informacje dotyczące szacowania wartości zamówienia w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający w piśmie z dnia 6 lipca 2021 r. wyjaśnił, iż wobec ustnych zapewnień inicjatora wniosku zakupowego złożonych w dniu wpływu wniosku zakupowego do Wydziału Zamówień w Oddziale Zamość (tj. 14 lutego 2019 r.) ustalona wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia pozostawała aktualna. Ponadto Zamawiający przekazał kopię przedmiotowego wniosku zakupowego z datą sporządzenia z dnia 3 stycznia 2019 r. Jednocześnie na podstawie treści pkt 6 ppkt 3 protokołu postępowania stwierdzono, iż postępowanie w sprawie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 10 kwietnia 2019 r.

Kontrolujący, w oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego przekazane w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. oraz w piśmie z dnia 6 lipca 2021 r. doszedł do wniosku, iż czynność ustalenia wartości zamówienia została w rzeczywistości dokonana w dniu 19 października 2018 r., to jest wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotem zamówienia są usługi. Potwierdza to również treść wniosku zakupowego z dnia 3 stycznia 2019 r., w którego pkt 8 wskazano, iż ustalenia wartości zamówienia dokonano w dniu 19 października 2018 r. wg średniego kursu złotego w stosunku do euro wynoszącego: 4,3117.

Jednocześnie wskazał, iż ustne potwierdzenie przez inicjatora wniosku zakupowego aktualności ustalonej z naruszeniem art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 wartości zamówienia w dacie mieszczącej się w 3-miesięcznym okresie przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, nie sanuje formalnego naruszenia dyspozycji przepisu ustawy Pzp2004 biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający jednocześnie potwierdził w piśmie z dnia 6 lipca 2021 r., iż wartość zamówienia w rzeczywistości została ustalona w okresie wcześniejszym, aniżeli dopuszczony treścią przepisu art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004. Ponadto nie jest także możliwe uznanie, iż to dzień złożenia ustnych zapewnień inicjatora wniosku

zakupowego stanowi rzeczywisty dzień ustalenia wartości zamówienia, bowiem z dostępnej Kontrolującemu dokumentacji postępowania, uwzględniając w szczególności wniosek zakupowy z dnia 3 stycznia 2019 r. wynika, iż proces ustalania wartości zamówienia zakończył się najpóźniej w dniu sporządzenia danego wniosku zakupowego, który to dzień również przekroczył 3-miesięczny okres wyznaczony treścią art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004.

W konsekwencji, Kontrolujący uznał, że działanie Zamawiającego prowadzi do naruszenia art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Zamawiający naruszył również przepis art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp2004 przez dwóch członków komisji przetargowej oraz przez osobę, która podpisała umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Jak ustalił w toku postępowania wyjaśniającego Kontrolujący (pismo Zamawiającego z dnia 24 lutego 2021 r.), Zamawiający Poleceniem Służbowym nr 30/OZ/19 Dyrektora Generalnego PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość z dnia 9 kwietnia 2019 r. powołał komisję przetargową. Ta na etapie prowadzonego postępowania podejmowała wszystkie czynności do których była zobowiązana, w pomniejszonym składzie, bowiem protokół z przedmiotowego postępowania nie został podpisany przez jednego z członków, w związku z tym, że w dacie sporządzania protokołu pracownik ten przebywał na urlopie wypoczynkowym. Ponadto Zamawiający, na wezwanie Kontrolującego, przekazał oświadczenia złożone na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 przez określone osoby, przy czym formularze oświadczeń p. T. K. oraz p. J. W. nie zawierały daty oraz podpisów wskazanych osób. Jednocześnie ustalono, iż zgodnie z treścią pkt 4 lit. A ppkt 1 protokołu postępowania wskazane osoby wchodziły w skład komisji przetargowej odpowiednio jako sekretarz oraz członek komisji.

Z kolei pismem z dnia 6 lipca 2021 r. Zamawiający przekazał Kontrolującemu kopię polecenia służbowego nr 30/OZ/19 Dyrektora Generalnego PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość z dnia 9 kwietnia 2019 r. w sprawie powołania Komisji Przetargowej w postępowaniu „Wykonanie oblotów linii SN i 110kV należących do Oddziału Zamość”, gdzie w §1 wskazano: Komisję Przetargową w składzie: (1) Z. F. - Przewodniczący, (2) T. K. - Sekretarz, (3) D. W. - Członek, (4) R. K. - Członek, (5) J. W. - Członek. W §3 przedmiotowego dokumentu wskazano z kolei, iż powołana Komisja zaktualizuje i uzgodni opis przedmiotu zamówienia, przeprowadzi postępowanie, dokona oceny ofert w postępowaniu i przedłoży propozycję wyboru najkorzystniejszej oferty.

Kontrolujący ustalił jednocześnie, że w dokumentacji postępowania brak jest oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 złożonego przez p. J. W., który podpisał w imieniu Zamawiającego umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający, poproszony o udzielenie wyjaśnień w tym przedmiocie, pismem z dnia 1 grudnia 2021 r. poinformował, iż w przedmiotowym postępowaniu p. J. W. nie składał żądanego oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp 2004 r. Ponadto wskazał, że osoba ta podpisała Umowę jako Zastępca Dyrektora Generalnego Oddziału Zamość, na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Zarząd Spółki.

Kontrolujący zauważył, że w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli doraźnej, zakres czynności komisji przetargowej został dookreślony w treści polecenia służbowego nr 30/OZ/19. Wskazał, iż jak wynika z treści skierowanego do uczestników postępowania pisma Zamawiającego z dnia 9 maja 2019 r., załączonego do dokumentacji postępowania, komisja przetargowa dokonywała udzielenia wyjaśnień treści SIWZ. Podpisy p. T. K. oraz p. J. W. widnieją także w pkt 20 ppkt 1 protokołu postępowania na potwierdzenie zakończenia prac komisji przetargowej. Jednocześnie stwierdził, iż załączenie do dokumentacji postępowania formularzy oświadczeń, o których mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, niepodpisanych przez właściwe osoby, nie może stanowić substytutu złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004.

Ponadto, obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 obejmuje także osobę, która podpisała umowę w sprawie zamówienia publicznego. Czynność zawarcia umowy w przedmiocie realizacji zamówienia publicznego stanowi bowiem ostatnią czynność wykonywaną w postępowaniu, a osoby zaciągające zobowiązanie z tego tytułu powinny podlegać weryfikacji pod kątem konfliktu interesów.

Kontrolujący stwierdził także, że wskazując w pkt 2 ppkt 5 protokołu postępowania datę ustalenia wartości zamówienia niezgodną z faktyczną datą dokonania tej czynności, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z 52 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r., poz. 1128) - dalej „Rozporządzenie”.

Kontrolujący przypomniał, że zgodnie z treścią art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004, w trakcie prowadzenia postępowania o

udzielenie zamówienia Zamawiający sporządza protokół. Jednocześnie, stosownie do treści 52 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia, protokół w zależności od zastosowanego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawiera informacje, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004, oraz informacje dotyczące czynności związanych z przygotowaniem postępowania.

Zasadne jest uznanie, iż ustalenie wartości zamówienia stanowi czynność związaną z przygotowaniem postępowania, co biorąc pod uwagę fakt, iż wzór protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, stanowiący Załącznik nr 1 do Rozporządzenia, przewiduje w pkt 2 ppkt 5 wskazanie dnia ustalenia wartości zamówienia, skutkuje obowiązkiem Zamawiającego do określenia tego dnia w protokole postępowania w sposób rzetelny i zgodny z prawdą.

Jednocześnie, poprzez wskazanie w pkt 4 lit. A pkt 1 protokołu postępowania, iż członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenie określone w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, podczas gdy dwóch członków komisji nie złożyło przedmiotowych oświadczeń, Zamawiający naruszył także przepisy art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004. Powyższy przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek zawarcia informacji dotyczących złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 przez osoby wymienione w tym przepisie, co obejmuje również członków komisji przetargowej, w protokole postępowania w sposób rzetelny i zgodny z prawdą.

Informację Kontrolujący przesłał Zamawiającemu pismem z dnia 23 grudnia 2021 r. (data wpływu do Zamawiającego 30 grudnia 2021 r.).

Zamawiający, pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. (wpływ do Kontrolującego drogą mailową - 5 stycznia 2022 r., otrzymane w formie pisemnej - 12 stycznia 2022 r.), wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli w odniesieniu do zarzucanych mu naruszeń (dalej „Zastrzeżenia”).

Pismem z dnia 19 stycznia 2022 r. Kontrolujący odniósł się do Zastrzeżeń Zamawiającego, podtrzymując swoje pierwotne stanowisko, co spowodowało przekazanie przez Zamawiającego Zastrzeżeń do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli, stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz z zastrzeżeniami Zamawiającego w przedmiocie naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie w zakresie, w jakim Kontrolujący stwierdził naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji także art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku kontroli doraźnej stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp2004”,

poprzez zmianę postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy bez spełnienia przesłanek uzasadniających taką zmianę;

2. art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez włączenie do zakresu zamówienia zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
3. art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez ustalenie wartości zamówienia wcześniej aniżeli 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia;
4. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp2004 przez dwóch członków komisji przetargowej oraz przez osobę, która podpisała umowę w sprawie zamówienia publicznego;
5. art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z 52 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r., poz. 1128) poprzez wskazanie w pkt 2 ppkt 5 protokołu postępowania niezgodnej z prawdą daty ustalenia wartości zamówienia;
6. art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004 poprzez wskazanie w pkt 4 lit. A pkt 1 protokołu postępowania, iż członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenie określone w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, podczas gdy dwóch członków komisji nie złożyło przedmiotowych oświadczeń.

W odniesieniu do wskazanego w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” naruszenia art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez zmianę postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy bez spełnienia przesłanek uzasadniających taką zmianę, potwierdził się.

Jak ustalono, na podstawie dokumentacji z przeprowadzonej kontroli doraźnej, Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy Vimap, z którym w dniu 30 lipca 2019 r. zawarł umowę nr ZPU/0154-P/2019. Z treści formularza oferty wynikało z kolei (pkt 6.2), że wykonawca zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia w terminie do 31 grudnia 2019 r. Taki też termin realizacji zamówienia Zamawiający wpisał do treści zawartej z wykonawcą Umowy (§52 ust. 1). Następnie Umowa została zmieniona w drodze trzech kolejnych aneksów, ostatni z nich tj. Aneks nr 3, wydłużał termin

realizacji przedmiotu Umowy do dnia 31 stycznia 2021 r.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004, ustawodawca wprowadził zakaz dokonywania zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. W punktach 1-6 tego przepisu wymieniono jednak przesłanki dopuszczalności zmiany, m.in. jeśli zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Konieczne zatem było ustalenie czy w niniejszej sprawie zaszły okoliczności, wymienione w tym przepisie, które uprawnialyby Zamawiającego do ich dokonania w szczególności, że jak zauważył Kontrolujący, podstawa prawna dla dokonanych zmian postanowień Umowy w drodze Aneksu nr 1, Aneksu nr 2 oraz Aneksu nr 3 nie została sprecyzowana w treści samych aneksów, jak również w wyjaśnieniach przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli. Z kolei Zamawiający, pytany o przyczyny dokonania powyższych zmian treści Umowy, w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. przywołał szereg okoliczności faktycznych, które miały leżeć u podstaw jego decyzji takich jak: konieczność pozyskania wymaganych zgód korporacyjnych Spółki, warunki pogodowe (występujące deszcze i mgły), brak możliwości wykonywania lotów helikopterem nad zamkniętymi strefami lotniczymi lub nad strefami kontrolowanymi i wiążące się z tym ograniczenia od niezależnych od Wykonawcy i inwestora urzędów, w końcu też awarię śmigłowca i ogłoszenie na terenie kraju stanu zagrożenia epidemicznego (COVID-19).

Kwestionując z kolei zarzuty sformułowane przez Kontrolującego, Zamawiający w piśmie z dnia 5 stycznia 2022 r., wnosząc zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej doprecyzował, że zmiany postanowień zawartej Umowy w zakresie, w jakim przedłużony został termin realizacji określony w Aneksie nr 1, należy tłumaczyć przede wszystkim okolicznościami, których Zamawiający nie mógł przewidzieć. Z powodu wewnętrznych procedur obowiązujących w Spółce, a co za tym idzie koniecznością wystąpienia do Zarządu Spółki z wnioskiem o wyrażenie zgody na zaciągnięcie zobowiązania w wyższej niż pierwotnie zakładano kwocie (najkorzystniejsza oferta złożona w toku postępowania przewyższała kwotę pierwotnie przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia), Zamawiający był zmuszony oczekiwać na wyrażenie tej zgody 20 dni. Ponadto przedłużające się postępowanie przetargowe, uzasadniało zmianę terminu realizacji zadania, i to niezależnie od tego, który podmiot zostałby wybrany w wyniku przetargu. Zamawiający miał prawo przypuszczać, rozpoczynając postępowanie przetargowe 10 kwietnia 2019 r., że umowa zostanie podpisana w trakcie trwania związania wykonawców złożoną ofertą tj. do 17 lipca

2019 r., zaś podpisana została 30 lipca 2019 r. To również uzasadniało, w jego ocenie, przedłużenie okresu realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba zgadza się z Kontrolującym, że w świetle przepisów dotyczących zamówień publicznych, umowy określające proces ich realizacji, z zastrzeżeniem określonych wyjątków, nie mogą podlegać modyfikacjom. Stanowią one bowiem efekt przeprowadzenia sformalizowanego postępowania, w którym dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, w oparciu o określone warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert, jak też warunki wykonania zamówienia. Całkowita dobrowolność zmiany postanowień tak zawartych umów w okolicznościach, gdy wybór wykonawcy, zakres świadczenia, a także warunki realizacji umowy nie byłyby w żaden sposób wiążące dla stron stoi, w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych.

W szczególności, w kontekście prezentowanej przez Zamawiającego argumentacji dostrzec należy, że zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, dopuszcza się dokonanie zmiany w umowie jeżeli zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, oraz b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Tym samym możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, że konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć, pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 §1 i 2 kodeksu cywilnego), a w konsekwencji skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze.

Nie mieszczą się w powyższej definicji zmiany wywołane okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego, takie jak konieczność uzyskania odpowiedniej zgody korporacyjnej na zaciągnięcie zobowiązania w wyższej, niż pierwotnie zakładano kwocie. Nie sposób też zaakceptować stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym przedłużające się postępowanie przetargowe w sytuacji, gdy ustalony został w warunkach przetargu termin realizacji Umowy datą dzienną, uprawnia Zamawiającego do dokonania zmian w tym zakresie. Obydwie okoliczności Zamawiający mógł, i powinien był przewidzieć w momencie

wszczynania postępowania. Jak trafnie zauważył Kontrolujący, sam Zamawiający podjął ryzyko określenia terminu realizacji konkretną datą, chociaż miał możliwość jego ustalenia w dniach czy tygodniach od zawarcia umowy, a określenie terminu w taki właśnie sposób już na wstępie obarczone jest pewnym ryzykiem. Zamawiający w takim przypadku zawsze musi przyjąć pewien margines czasowy, wynikający z okoliczności nieprzewidzianych, takich jak np. wydłużenie czasu na badanie ofert, podpisanie umowy czy też toczące się postępowanie odwoławcze. Z pewnością nie można zakładać, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta w terminie związania wykonawców złożoną ofertą. Ponadto, nie sposób nie zauważyć, że zawierając przedmiotową Umowę wybrany wykonawca zgodził się

na określony termin realizacji zadania, po czym wystąpił do Zamawiającego o przedłużenie określonego w Umowie terminu.

Z kolei w zakresie, w jakim Zamawiający złożył wyjaśnienia dotyczące konieczności zawarcia aneksu nr 2 i 3 do Umowy, Izba w pełni podzieliła argumentację Kontrolującego w zakresie, w jakim ten zwracał uwagę na fakt uregulowania przez ustawodawcę w treści ustawy COVID, zasad zmiany terminu wykonania umowy z uwagi na okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, a także wiążące się z tym obowiązki informacyjne po stronie zamawiającego i wykonawcy. Jak ustalono w toku kontroli wykonawca Vimap, zwracając się o wydłużenie terminu realizacji zamówienia, nie wskazał jakie to konkretne okoliczności, o których mowa w art. 15r ust. 1 ustawy COVID, zaistniały w niniejszej sprawie. Sam fakt, że na terenie Rzeczypospolitej Polskiej ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego, a w związku z tym Minister Zdrowia wydał stosowne zalecenia, nie może automatycznie powodować sytuacji, w której wydłużane są terminy realizacji zamówienia publicznego. Celem ustawodawcy było umożliwienie dokonania takich zmian, jednak w sytuacjach szczególnych, a więc kiedy stan epidemii i związane z tym ograniczenia wpływają na możliwość realizacji umowy w terminie pierwotnie określonym, przy czym należało każdorazowo ustalić jakie to okoliczności i jaki mają wpływ na realizację zamówienia.

Tym samym należało stwierdzić, że ustalenia kontroli, co do naruszenia przepisów art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, skutkiem nieuprawnionej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku ze zmianą terminu realizacji zamówienia, albowiem nie zaszyły przesłanki określone tym przepisem, są prawidłowe.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, nie ulega bowiem wątpliwości, że ustalenie dłuższego terminu realizacji zamówienia na etapie prowadzenia postępowania, mogło mieć wpływ na krąg wykonawców, jak też wpłynąć na cenę przez nich oferowaną.

Odnosząc się z kolei do wskazanego w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez włączenie do zakresu zamówienia zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Kontrolujący w toku postępowania wyjaśniającego i kontroli doraźnej ustalił, że zgodnie z treścią pkt I ppkt 6 dokumentu pn. „Opis przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, do zakresu zamówienia włączone zostało zadanie pn. „Dostarczenie fotomapy cyfrowej”. W toku postępowania jeden z oferentów zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wydzielenie do odrębnego postępowania zadania na wykonanie ortofotomapy powierzchniowej, bądź dopuszczenie składania ofert częściowych. Argumentował to tym, że zakres ten jest całkowicie odrębny, w stosunku do pozostałych zadań, zaś łączenie zadań o tak odrębnym charakterze, jak obloty liniowe sieci elektroenergetycznej oraz opracowania powierzchniowe, w ramach jednego postępowania, prowadzi do znacznego zawężenia kręgu potencjalnych oferentów oraz ograniczenia konkurencji, a w efekcie końcowym do zawyżenia cen całości postępowania. Z kolei podział na dwa odrębne zamówienia bądź dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, zwiększy grono potencjalnych wykonawców zadań realizowanych w ramach zamówienia podstawowego (koniecznego do realizacji) i przyczyni się do obniżenia ich ceny. Zamawiający, w piśmie z dnia 9 maja 2019 r., skierowanym do wykonawców, odpowiadając na powyższe pytanie stwierdził, że zakres zamówienia jest określany przez Zamawiającego. Aktualne ortofotomapy wykorzystywane są nie tylko do bieżącej eksploatacji sieci elektroenergetycznej, ale m.in. do planowania i projektowania nowych ciągów liniowych na wszystkich poziomach napięcia (nN, SN, WN). W związku z powyższym Zamawiający podtrzymał decyzję o zaniechaniu podziału zamówienia na części.

Pytany przez Kontrolującego o powody takiej decyzji (pismo do Zamawiającego z dnia 5 lutego 2021 r.) i ustosunkowanie się do kwestii możliwego naruszenia zasad uczciwej konkurencji, w związku z zadanymi wyżej pytaniami, Zamawiający nie przekazał dodatkowych wyjaśnień.

W związku z powyższym Kontrolujący, mając na uwadze konieczność uzyskania wiadomości specjalnych, celem ustalenia i oceny stanu faktycznego sprawy, zasięgnął opinii biegłego sądowego z zakresu geodezji i kartografii w specjalności fotogrametria. Biegły wydał stosowną opinię w dniu 20 listopada 2021 r. w zakresie wniosków stwierdzając, że wykonanie fotomapy (ortofotomapy) jest klasycznym opracowaniem geodezyjnym

(fotogrametrycznym) i jest niezależnym procesem, nie wpływającym na pozostały zakres przedmiotowy zamówienia. W związku z tym, opracowanie cyfrowej fotomapy i pozostałego zakresu zamówienia nie musi być wykonywane przez jednego wykonawcę. Tym samym podział przedmiotowego zamówienia na części, z wyodrębnieniem zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, mógł zwiększyć grono potencjalnych wykonawców oraz przyczynić się do obniżenia ceny. Włączenie wykonania cyfrowej fotomapy do zakresu zamówienia mogło utrudniać uczciwą konkurencję, gdyż rynek usług fotogrametrycznych jest bardzo mały. Połączenie dwóch tak specjalistycznych usług jak obloty liniowe i fotomapa powierzchniowa mogło znacznie ograniczyć liczbę oferentów.

Kontrolujący, mając na uwadze opinię biegłego, uznał w konsekwencji, iż włączenie do zakresu zamówienia zadania pn. „Dostarczenie fotomapy cyfrowej” skutkowało opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję.

Z kolei w swoich zastrzeżeniach, Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wyjaśniał, że jego zamiarem było otrzymanie usługi całościowej, tj. kompleksowej usługi polegającej na dostarczeniu wyników skanowania laserowego

wraz z usługą wykonania i dostarczenia ortofotomapy powierzchniowej. Zamawiający przyjął, że należy pozyskać dane w wersji szerokiej, dzięki której uzyska nowe możliwości w zakresie usprawnienia szeroko rozumianego zarządzania majątkiem sieciowym w obszarach eksploatacji, modernizacji i rozwoju.

Argumentował również, że ortofotomapa powinna być traktowana jako powiązana technologicznie z uwagi na to, że Zamawiający chciał mieć szeroki pogląd na przebieg istniejących sieci elektroenergetycznych (SN i 110kV) oraz linii projektowanych na rzeczywistym podkładzie ortofotomapy. Dodatkowo, pozyskane przy tym zadaniu ortofotomapy miały także posłużyć jako wkład do planowanego w najbliższej przyszłości uruchomienia GIS w Oddziale Zamość. Zamawiający miał na celu uzyskanie wszystkich możliwych danych i ich kompatybilność z dostarczonym z zadaniem oprogramowaniem.

Zwracał również uwagę, że mając na celu nieograniczanie konkurencyjności przy opracowywaniu zakresu przedmiotowego zamówienia, nie wszystkie funkcjonalności brane były pod uwagę. Zamawiający odstąpił od skanowania/ wykonania zdjęć w technologii rejestracji wyładowań niepełnych (takie też są możliwości). Zamawiający nie wziął również pod uwagę wektoryzowania przebiegu linii kablowych. Wykonanie ortofotomapy powierzchniowej daje realne wyniki i możliwości w pozyskaniu tego typu danych łącznie. Można stwierdzić, że wykorzystywanie ortofotomapy podnosi jakość informacji w oparciu, o którą zarządza się majątkiem sieciowym Zamawiającego.

Zamawiający podkreślał, że ustawa Pzp2004 nie nakłada na Zamawiającego obowiązku podziału zamówienia na części oraz, że ma prawo opisać swoje potrzeby w taki

sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty określonej grupie wykonawców nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum.

Kontrolujący, celem oceny argumentów przywołanych w zastrzeżeniach od wyniku kontroli, a odnoszących się do powołanej w Informacji o wyniku kontroli opinii biegłego sądowego z dnia 20 listopada 2021 r., zwrócił się ponownie do biegłego sądowego z prośbą o ustosunkowanie się do zastrzeżeń od wyniku kontroli pismem z dnia 17 stycznia 2022 r. W odpowiedzi biegły wskazał, że nie kwestionuje potrzeb Zamawiającego posiadania danych powierzchniowych (ortofotomapy) i danych dotyczących istniejącej infrastruktury liniowej (obloty liniowe) w zakresie usprawnienia szeroko rozumianego zarządzania majątkiem sieciowym w obszarach eksploatacji, modernizacji i rozwoju. Powtórzył jednak, że obloty liniowe i ortofotomapa na etapie wykonania nie jest powiązana technologicznie. Te dwa procesy są całkowicie od siebie niezależne. Przytoczył także fragment uzasadnienia zawartego w poprzednio przygotowanej opinii, że wykonanie ortofotomapy jest typowym opracowaniem geodezyjnym (fotogrametrycznym) i, że jest to proces niezależny, wykonywany przez specjalistyczne firmy posiadające przystosowane samoloty oraz odpowiednie kamery lotnicze. W Polsce funkcjonuje tylko kilka tego typu firm (w praktyce trzy). Podmioty spoza Polski w zasadzie nie wykonują takich prac w naszym kraju gdyż musiałyby posiadać certyfikat bezpieczeństwa przemysłowego którego pozyskanie jest długotrwałe.

Kontrolujący, opierając się w znaczącej części na wnioskach wynikających z przedmiotowej opinii uznał, że Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył przepisy art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004. W konsekwencji stwierdził również, że zachodzą przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czego Zamawiający zaniechał.

W pierwszej kolejności skład orzekający w niniejszej sprawie zwraca uwagę, że kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego (art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp2004). W istocie decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może

pozostawać o tyle subiektywna, o ile Zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części. Zamawiający, podejmując zatem decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy decyzja taka przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Zamawiającego musi także uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 - równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Innymi słowy swoboda Zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie, miał obowiązek kwestie powyższe wziąć pod uwagę, jeśli jednak podział na części w danym postępowaniu nie jest uzasadniony żadnymi względami - to ustawodawca niewątpliwie takiego obowiązku nie ustanowił.

Nie sposób też zgodzić się z oceną Kontrolującego, że taki sposób sformułowania przedmiotu zamówienia, który w istocie wymusza na działających na danym rynku przedsiębiorcach korzystanie z usług podwykonawców lub konsorcjantów dla realizacji części zamówienia, stanowi o utrudnianiu uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp2004 oraz o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004. Nie można bowiem stwierdzić, że już poprzez samą tylko okoliczność, że do zrealizowania zamówienia konieczne będzie czy to skorzystanie z podwykonawców, czy też działanie ich wspólnie, jako grupa - stanowi samo w

sobie o naruszeniu zasad zamówień publicznych. Niewątpliwie, jak wskazał Kontrolujący poszukiwanie podwykonawcy lub konsorcjanta do partycypacji w procesie ubiegania się o udzielenie zamówienia stanowi pewne obciążenie dla wykonawcy, ale nie jest to przeszkoda do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Wszak zawsze kwestia ubiegania się o dane zamówienie - poszukiwanie zamówień, złożenie oferty i wymaganych dokumentów, wiąże się z pewnym wysiłkiem i zaangażowania określonych zasobów.

Nierzadko zdarza się, że zlecając zamówienie, w których zakresie leży szereg różnych czynności, znajdują się w nim również takie elementy, których wykonanie będzie możliwe przez węższą grupę podmiotów. Taka specjalistyczna część może zostać wówczas zlecona podwykonawcy. Nie jest też niczym szczególnym w takiej sytuacji, że do realizacji zamówienia powołuje się konsorcja, przy czym bez znaczenia jest, jaki jest udział danego członka konsorcjum w wykonaniu całości, czasami zdarza się nawet, że ten jest marginalny.

W kontekście przedmiotowych zarzutów konieczne jest także odniesienie się do stanowiska biegłego, które ten zajął w niniejszej sprawie, albowiem wnioski

Kontrolującego zostały w znaczącej części sformułowane na podstawie sporządzonych przez niego opinii: z dnia 20 listopada 2021 r., jak też opinii uzupełniającej z dnia 17 stycznia 2022 r.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że powołany przez Kontrolującego biegły sądowy w zakresie geodezji i kartografii w specjalności fotogrametria, nie jest uprawniony do oceny czy włączenie do zakresu zamówienia zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia mogło skutkować utrudnieniem uczciwej konkurencji oraz nierównym traktowaniem wykonawców. Ocena w tym przedmiocie należy bowiem do Kontrolującego, zaś rolą biegłego i celem pozyskania jego opinii jest wyłącznie poznanie jego stanowiska w kwestiach technicznych, związanych z przedmiotem zamówienia. Należy zatem stwierdzić, że pytanie skierowane do biegłego zostało sformułowane w sposób nieprawidłowy, zaś wnioski w zakresie, w jakim stwierdził on, że naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji, nie mogą zostać wzięte pod uwagę.

Z kolei w odniesieniu do kwestii, w których opinia biegłego była istotna tj. w zakresie w jakim powinien ocenić czy charakter zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, jest całkowicie odrębnym w stosunku do pozostałych zadań wchodzących w zakres przedmiotowego zamówienia stwierdził on jedynie, że wykonanie takiej mapy jest procesem niezależnym i nie wpływa na pozostały zakres przedmiotowego zamówienia. Powyższe nie oznacza jeszcze, że zasadne i konieczne jest wydzielenie tego właśnie zakresu, czy to jako odrębnej części, czy też wyodrębnienie i zlecenie w innym postępowaniu.

Okoliczność, że brak jest powiązania technologicznego pomiędzy tymi zakresami, nie wyklucza, że zakresy te nie są powiązane ze sobą organizacyjnie czy ekonomicznie. Kontrolujący tych elementów nie badał, nie wziął też w ogóle pod uwagę i nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego, który wskazywał na możliwość obniżenia kosztów ponoszonych przez wykonawcę, właśnie dzięki ujęciu zadania dostarczenia fotomapy cyfrowej w zakresie zamówienia obejmującego także obloty liniowe, ze względu na udział kosztów wspólnych realizacji tych dwóch zakresów. Nie sposób zatem stwierdzić czy takie ich powiązanie i zagregowanie w jednym postępowaniu właśnie ze względów ekonomicznych, nie było usprawiedliwione. Nie sposób w żaden sposób przesądzić, że korzystniejszy efekt ekonomiczny uzyskałby Zamawiający wydzielając ten zakres i zlecając go odrębnie w ramach części lub w oddzielnym zamówieniu.

Z takim postępowaniem wiąże się też inne ryzyko, polegające na tym, że na ten wyodrębniony przedmiot nie zostałaby złożona żadna oferta, lub też, że na pozostały zakres złożono by ofertę. Nie wiadomo, gdyż ani Kontrolujący ani biegły do kwestii tej nie odnieśli

się, czy w takiej sytuacji udzielenie jednego zamówienia, bez podpisania umowy w wyniku drugiego postępowania, miało by sens.

Biegły nie odpowiedział również na pytanie, czy w sposób, jak to uczynił Zamawiający w postępowaniu, określany jest przedmiot zamówienia w innych tego rodzaju zamówieniach. Co istotne stwierdza on w swojej opinii, że w swojej pracy zawodowej nie spotkał zamówień łączących obiekty liniowe linii energetycznych z wykonaniem fotomapy powierzchniowej, nie wskazując jednocześnie czy ten rynek badał, a jeśli tak ile tego rodzaju zamówień poddał analizie. Jednocześnie zastrzega, że na tym rynku się nie zna, bowiem jest specjalistą z dziedziny fotogrametrii.

Opinia biegłego, opisując rynek wykonawców, którzy mogliby wykonać ten zakres zamówienia wskazuje na kilka specjalistycznych firm, które posiadają przystosowane samoloty i odpowiednie kamery lotnicze. Biegły wskazuje, że tych podmiotów na rynku Polskim jest „kilka (w praktyce trzy)”, nie wyjaśnia też czy są to te same firmy, które złożyły oferty w tym postępowaniu. Dodatkowo jeszcze należy zwrócić uwagę na ten fragment opinii biegłego, w której stwierdza on, że w przypadku tego zamówienia, gdzie konieczne jest wykonanie zdjęć na dużym obszarze - takie zadanie wykonywane jest przy pomocy specjalistycznych samolotów fotogrametrycznych. Jednak nie wyklucza, że taki sam efekt można uzyskać stosując drony, stwierdzając jedynie, że taki sposób realizacji tego zadania nie jest ekonomicznie uzasadniony. Nie wyjaśnia jednak jak przełożyłoby się to na koszt realizacji zamówienia i ile jest podmiotów, które przy użyciu dronów mogłyby takie opracowanie wykonać, a tym samym ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Iżba nie podziela również poglądu wyrażonego przez Kontrolującego, że znaczenie dla określenia wpływu na konkurencyjność postępowania może mieć fakt, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia jeden z wykonawców wniosł o wydzielenie zadania na dostarczenie fotomapy cyfrowej do odrębnego postępowania. To, że jeden potencjalny oferent oczekuje określonego sposobu zlecenia dane usługi, gdyż z różnych przyczyn jest to dla niego korzystniejsze, nie przesądza, że taki sposób wykonania zamówienia będzie równie korzystny dla Zamawiającego, a już z całą pewnością

sama ta okoliczność nie potwierdza oddziaływania danego sposobu sformułowania zakresu zamówienia na konkurencję w postępowaniu.

Tym samym nie sposób stwierdzić w niniejszej sprawie, że doszło do naruszenia wskazywanych przez Kontrolującego przepisów. Wbrew twierdzeniom zawartym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie sposób stwierdzić, że należało dokonać podziału zamówienia na części, a zlecenie dostarczenia powierzchniowej fotomapy cyfrowej w odrębnym zadaniu

czy postępowaniu mogło mieć wpływ na grono potencjalnych wykonawców czy też przyczynić się do obniżenia ceny.

Izba podzieliła natomiast ustalenia i wnioski Kontrolującego w zakresie, w jakim stwierdził on naruszenie art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez ustalenie wartości zamówienia wcześniej aniżeli 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jak też art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z 52 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r., poz. 1128), poprzez wskazanie w pkt 2 ppkt 5 protokołu postępowania niezgodnej z prawdą daty ustalenia wartości zamówienia.

Mając na uwadze, co ustalił Kontrolujący i co znalazło się w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, w protokole prowadzonego postępowania (pkt 2 ppkt 5) wskazano, iż wartość zamówienia została ustalona w dniu 3 stycznia 2019 r. Dodatkowo Zamawiający przekazał kopię wniosku zakupowego z dnia 3 stycznia 2019 r., z którego treści wynika, iż ustalenia wartości zamówienia dokonano w dniu 19 października 2018 r. wg średniego kursu złotego w stosunku do euro wynoszącego: 4,3117. Mając na uwadze zawartą w tym dokumencie informację, biorąc jednak również pod uwagę same wyjaśnienia Zamawiającego składane w toku kontroli należy zgodzić się z Kontrolującym, że czynność ustalenia wartości zamówienia została w rzeczywistości dokonana w dniu 19 października 2018 r.

Odnosząc się z kolei do argumentacji Zamawiającego, zawartej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazującej na kwestie braku wewnętrznych regulacji w zakresie konieczności sporządzania odrębnego dokumentu z szacowania wartości zamówienia, omyłkowego wpisania przez pracownika sporządzającego wniosek daty 19 października 2018 r., jak też twierdzenia, że Zamawiający uznał ustne zapewnienia Inicjatora wniosku zakupowego złożone w dniu wpływu wniosku zakupowego do Wydziału Zamówień w Oddziale Zamość (tj w dniu 14 lutego 2019 r.), że ustalona wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia pozostawała aktualna na dzień jego wpływu, żaden z powyższych argumentów nie może stanowić podstawy do uwzględniania przedmiotowych zastrzeżeń.

Powyższe przeczy bowiem ustaleniom, jakie zostały poczynione przez Kontrolującego, w oparciu o dokumenty i wyjaśnienia składane przez Zamawiającego. Zamawiający w toku kontroli w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. poinformował, iż szacowania wartości zamówienia dokonał inicjator wniosku zakupowego w oddziale Spółki w dniu 19 października 2018 r. Z kolei sam fakt ustnego potwierdzenia aktualności wartości szacunkowej zamówienia na dzień 14 lutego 2019 r., nie stanowi wystarczającej podstawy

do uznania, że nie został naruszony przepis art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004, gdyż nie zostało to odnotowane w żadnym dokumencie, w szczególności w protokole z postępowania.

Tym samym zasadne było uznanie przez Kontrolującego, iż poprzez ustalenie wartości zamówienia wcześniej aniżeli 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający naruszył art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Mając powyższe na uwadze uznać należy, że Zamawiający naruszył także art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z 52 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r., poz. 1128), wskazując w pkt 2 ppkt 5 protokołu postępowania niezgodną z prawdą datę ustalenia szacunkowej wartości zamówienia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się z kolei do wskazanego w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp2004 przez dwóch członków komisji przetargowej oraz przez osobę, która podpisała umowę w sprawie zamówienia publicznego, jak też art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004 poprzez wskazanie w pkt 4 lit. A pkt 1 protokołu postępowania, iż członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenie określone w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, podczas gdy dwóch członków komisji nie złożyło przedmiotowych oświadczeń, Izba uznała powyższe zarzuty za uzasadnione.

Bezspornym w niniejszej sprawie, co wynika z akt kontrolowanej sprawy jest, że dwóch członków komisji przetargowej powołanej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania nie złożyły oświadczeń wynikających z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 (za złożenie takich oświadczeń nie może być uznane załączenie do protokołu samych formularzy oświadczeń, bez daty i podpisu osób, które oświadczenia niniejsze miały obowiązek złożyć). Ponadto, przedmiotowego oświadczenia nie podpisała również osoba podpisująca w imieniu Zamawiającego umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający, w piśmie z 5 stycznia 2022 r., zawierającym zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej wyjaśniał, że zaniechanie złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp2004 przez dwóch członków komisji przetargowej wynikało z niezamierzonego działania, zaś brak oświadczenia osoby która podpisała umowę w sprawie zamówienia wynikało z braku jasnych interpretacji co do definicji

pojęcia zakończenia postępowania przetargowego.

Przyjmując bowiem, że postępowanie kończy się z chwilą wyboru oferty, to czynność tylko i wyłącznie podpisania umowy przez umocowaną osobę, która nie wykonywała żadnych czynności w przeprowadzonym postępowaniu, zdaniem Zamawiającego nie wymagała

podpisania ww. oświadczenia. Dotychczasowa praktyka zamawiających, usankcjonowana opiniami UZP, wskazywała, że w sytuacji gdy osoba podpisująca umowę nie wykonywała czynności w postępowaniu, nie musiała składać oświadczeń o bezstronności w trybie art. 17 ustawy Pzp2004. Wywodzono to dodatkowo z definicji legalnej „postępowania”, które zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp nie obejmowało czynności zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający podnosił także, że UZP zmieniło swoje podejście do tego zagadnienia dopiero w opinii prawnej „Nowe podejście do badania konfliktu interesów” i pomimo, że zapisów ustawy Pzp2004 w tym zakresie nie zmieniła się, to zmieniła się ich ocena i interpretacja. Z kolei poglądy doktryny na tą okoliczność w dalszym ciągu pozostają różne.

Izba uznała, że argumentacja podnoszona przez Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę.

W części odnoszącej się do konieczności złożenia oświadczenia przez członków komisji przetargowej należało podzielić stanowisko Kontrolującego, że podnoszony przez Zamawiającego aspekt braku zamierzonego działania nie stanowi okoliczności sanującej przedmiotowe zaniechanie, ze względu na formalny charakter tego zarzutu.

Z kolei w zakresie, w jakim Zamawiający nie uznawał, iż konieczne jest złożenie w powyższym trybie oświadczenia przez osobę podpisującą umowę, Izba podzieliła w pełni argumentację zawartą w przywołanej przez Zamawiającego opinii Prezesa UZP, opublikowanej w marcu 2018 r. pt. „Nowe podejście do badania konfliktu interesów”. Izba dostrzegła wprawdzie, że treść tej opinii zmieniła dotychczasową interpretację dokonywaną przez Urząd, dotyczącą kwestii podpisania umowy, jako czynności dokonywanej po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Sama jednak zmiana stanowiska prezentowanego przez Urząd w tym przedmiocie, nie może zostać zaakceptowana. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji, która podważałaby wnioski zawarte w treści opinii. Z kolei nie sposób uznać, że Zamawiający nie miał wystarczająco dużo czasu na zapoznanie się z prezentowaną tam interpretacją przepisów ustawy Pzp2004 w kontekście obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004 przez osobę podpisującą umowę w sprawie zamówienia publicznego, jak też dostosowania się do nowych wytycznych Urzędu, gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia będące przedmiotem kontroli zostało wszczęte w kwietniu 2019 r., zaś opinia ukazała się na stronie internetowej Urzędu w marcu 2018 r.

W tym zakresie należy również nadmienić, że kwestia momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiła przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r. (sygn. III CZP 103/10), stwierdził, iż „(...) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy

Pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r. (...), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (...). Z powyższego wynika też obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, przez wszystkie te osoby, które brały udział w wykonywaniu czynności podejmowanych w ramach postępowania, w tym obowiązek powyższy dotyczyć będzie osoby podpisującej umowę w sprawie zamówienia publicznego, tj. kierownika zamawiającego lub osoby, której powierzono to zadanie w ramach postępowania na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy. Jeśli to czynność zawarcia umowy w przedmiocie realizacji zamówienia publicznego jest ostatnią czynnością wykonywaną w postępowaniu, to osoby zaciągające zobowiązanie z tego tytułu również powinny podlegać weryfikacji pod kątem konfliktu interesów.

Ponadto, jak trafnie zauważyła Izba w Uchwale z 7 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO/ KD 79/19: „Niezależnie od dogmatycznych sporów co do rozumienia samej definicji postępowania z art. 2 pkt 7a pzp, przy interpretacji zakresu zastosowania art. 17 ust. 2 pzp nie sposób abstrahować od celu, jakiemu służą uregulowania zawarte w art. 17 ust. 1-3 pzp. Jest nim odsunięcie po stronie zamawiającego wszystkich osób, których bezstronność z określonych powodów budzi (przesłanki skonkretyzowane w art. 17 ust. 1 pkt 1-3 i 5 pzp) lub może budzić (przesłanka o charakterze klauzuli generalnej z art. 17 ust. 1 pkt 4 pzp) wątpliwości, od podejmowania jakichkolwiek czynności związanych z udzielaniem danego zamówienia. Nie sposób zatem wyłączać z tego kręgu osób, które ze strony zamawiającego dokonują czynności prawnej z wykonawcą w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Powyższe stanowisko skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podzieliła i uznaje jako własne.

W konsekwencji Izba stwierdziła także, że zasadnie Kontrolujący zarzucił także Zamawiającemu naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004, gdyż wskazał on w pkt 4 lit. A pkt 1 protokołu postępowania, iż członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenie określone w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, podczas gdy dwóch członków komisji nie złożyło przedmiotowych oświadczeń.

Powyższe naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe w sentencji uchwały.

na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak

Przewodniczący:

Członkowie: