

Sygn. akt: KIO 573/10

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Marek Szafraniec

Klaudia Szczytowska – Maziarz

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 marca 2010 r. przez **ING Lease (Polska) Sp. z o.o., Pl. Trzech Krzyży 10/14, 00-499 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Przybiernów, ul. Cisowa 3, 72-110 Przybiernów**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,**
2. **kosztami postępowania obciąża Gminę Przybiernów, ul. Cisowa 3, 72-110 Przybiernów i nakazuje:**
 - 2.1. **zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ING Lease (Polska) Sp. z o.o., Pl. Trzech Krzyży 10/14, 00-499 Warszawa tytułem wpisu od odwołania**
 - 2.2. **dokonanie wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez Gminę Przybiernów, ul. Cisowa 3, 72-110 Przybiernów na rzecz ING Lease (Polska) Sp. z o.o., Pl. Trzech Krzyży 10/14, 00-499 Warszawa, stanowiącą wpis od odwołania zaliczony w poczet kosztów postępowania odwoławczego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Szczecinie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Gmina Przybiernów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Pozyskanie środków pieniężnych poprzez zawarcie umowy leasingu zwrotnego nieruchomości”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 24 marca 2010 r., nr: 2010/S 58-086604. W postępowaniu tym firma ING Lease (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 kwietnia 2010 r. złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu.

Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu. W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania zgodnie z prawem, w konsekwencji czego postępowanie nie może doprowadzić do zgodnego z prawem wyboru wykonawcy i udzielenia zamówienia;
- 2) wszczęcie postępowania poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu mimo, iż niedokonane zostały czynności stanowiące prawny warunek wszczęcia tego postępowania;
- 3) zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 4) wszczęcie postępowania, którego przeprowadzenie wymaga spełniania nieprzewidzianego ustawą Pzp i nie wskazanego w ogłoszeniu warunku udziału w postępowaniu, który jest dodatkowo niemożliwy do spełnienia;
- 5) określenie terminu wykonania zamówienia, który jest niemożliwy do dotrzymania w ramach tego postępowania;
- 6) zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo iż (i) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej / niepodlegającej unieważnieniu umowy, a także (ii) postępowanie

nie może doprowadzić do wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami prawa.

W szczególności Odwołujący zarzucił we wskazanym zakresie naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 3, art. 22 ust. 1, art. 48 ust. 2 pkt 3), 5), 6), i 7) w związku z art. 40 i 56 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7).

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie postępowania
- alternatywnie -
- 2) modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez uwzględnienie w jego treści wymogów zbycia przez Zamawiającego nieruchomości w trybie określonym przepisami ustawy o gospodarce nieruchomościami.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i wskazanych żądań Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

1) umowa leasingu została określona w przepisach kodeksu cywilnego (art. 709¹ – art. 709¹⁸) jako umowa nienazwana. Z definicji tej umowy wynika, że finansujący zobowiązuje się nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo użytkowania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego. Podkreślił też, że dopuszczalnym jest, aby osoby dostawcy i korzystającego były tożsame, a w takiej sytuacji mówimy o leasingu zwrotnym. Zgodnie z tymi definicjami do realizacji leasingu zwrotnego nieruchomości będącej przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest dokonanie dwóch transakcji:

- sprzedaży nieruchomości przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu i
- leasing nieruchomości przez wybranego wykonawcę na rzecz Zamawiającego.

W obydwu przypadkach – jak wskazał to Zamawiający – jest dostarczenie Zamawiającemu środków finansowych. Powyższe oznacza, że mimo wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp do nabywania praw do nieruchomości (art. 4 pkt 3 lit. i ustawy Pzp) to biorąc pod uwagę, że usługą leasingu jest objęta przedmiotowo ustawą Pzp, w tym także z uwagi na brzmienie art. 16 lit. a) dyrektywy klasycznej do wyłonienia przez podmiot podlegający reżimowi ustawy Pzp wykonawcy świadczącego tę usługę mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp.

2) Jednostki samorządu terytorialnego jaką jest Zamawiający w kwestii sposobów i możliwości gospodarowania nieruchomościami wchodzącymi w skład ich zasobu nieruchomości podlegają regulacjom ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami. Zgodnie zaś z art. 28 tej ustawy sprzedaż nieruchomości albo oddanie nieruchomości gruntowej w użytkowanie wieczyste następuje w drodze przetargu lub w drodze bezprzetargowej, zgodnie z procedurą wskazaną w rozdziale 4 tej ustawy. Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą przesłanki dopuszczające bezprzetargowy tryb zbycia nieruchomości stosownie do przepisów wskazanego rozdziału 4 tej ustawy. Podniósł, że wskazane przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a sankcją ich naruszenia jest nieważność umowy (art. 58 Kc).

3) Powołując się na stanowisko doktryny Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z prawem i ta zasada legalizmu w obszarze zamówień publicznych nie ogranicza się jedynie do przepisów ustawy Pzp. Wprowadził, że obowiązek prowadzenia postępowania i wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami prawa dotyczy również przepisów znajdujących się poza ustawą Pzp. W tym zakresie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być również prowadzone przez Zamawiającego zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy o gospodarce nieruchomościami .

Zdaniem Odwołującego sam fakt wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które ma doprowadzić do zawarcia umowy leasingu zwrotnego nieruchomości, tj. umowy obejmującej sprzedaż nieruchomości przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy bez uprzedniego wyczerpania procedury przetargowej wynikającej z przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami, również stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Podkreślił też, że brak zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu jakichkolwiek informacji odnoszących się do kwestii przetargu wymaganego przepisami ustawy o gospodarce nieruchomościami stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wskazującego na konieczność opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Podkreślił, że sprzedaż nieruchomości przez Zamawiającego poza regulacjami ustawy o gospodarce nieruchomościami skutkuje nieważnością umowy sprzedaży nieruchomości. Nieważność ta z kolei powoduje brak tytułu prawnego po stronie finansującego (wykonawcy) do oddania nieruchomości do używania i pobierania pożytków korzystającemu (tj. Zamawiającemu) na zasadzie leasingu zwrotnego nieruchomości.

Odwołujący wskazał, że aby wykonawcy mogli ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego muszą *de facto* spełnić nie przewidziany w ustawie Pzp i nie opisany w ogłoszeniu o zamówieniu warunek udziału w tym postępowaniu. Warunek ten nie jest możliwy do spełnienia w ramach tego postępowania o zamówienie publiczne, a co najmniej możliwy jest do spełnienia tylko przez jednego wykonawcę, tj. uprzedniego nabywcę nieruchomości w trybie przetargowym zgodnie z ustawą o gospodarce nieruchomościami. Prowadzenie postępowania bez uwzględnienia trybu przetargowego wynikającego z przepisów wskazanej ustawy oznacza – zdaniem Odwołującego – że termin realizacji zamówienia określony w ogłoszeniu o zamówieniu jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania.

Odwołujący podniósł także, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez naruszenia przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami nie powinno być kontynuowane i z uwagi na sankcje nieważności umowy sprzedaży nieruchomości zawartej z naruszeniem przepisów wskazanej ustawy powinno być unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na wadę tego postępowania.

Odwołujący podkreślił też, że niezależnie od art. 146 ustawy Pzp wskazującego na przesłanki nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, ustawa Pzp przewiduje ponadto w art. 7 ust. 3, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zgodnie zaś z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający musi unieważnić postępowanie obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie takie, które prowadzi do udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu w sposób sprzeczny z przepisami jakiegokolwiek ustawy podlega – zdaniem Odwołującego – unieważnieniu przez samego Zamawiającego albo przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zamawiający wyraził swoje stanowisko na piśmie w ramach udzielonej odpowiedzi na odwołanie, zawartej w piśmie z dnia 16 kwietnia 2010 r. i złożonej do akt sprawy przed otwarciem posiedzenia Izby.

W odpowiedzi tej Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego do usługi objętej przedmiotem zamówienia mają zastosowanie tylko przepisy ustawy Pzp, nie mają natomiast zastosowania przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami. Transakcja leasingu zwrotnego nieruchomości jest dopuszczalna – zdaniem Zamawiającego – przez jednostki samorządu terytorialnego na podstawie art. 13 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami (z zastrzeżeniem wyjątków wynikających z ustawy o gospodarce nieruchomościami mogą być przedmiotem obrotu), a dodatkowo przemawia za tym art. 353¹ kc. Zamawiający podkreślił, że w przedmiocie niniejszego zamówienia mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp natomiast powyższe uniemożliwi

stosowanie przetargu w trybie ustawy o gospodarce nieruchomościami na zbycie nieruchomości w ramach usługi leasingu zwrotnego nieruchomości. Nie jest bowiem możliwe stosowanie dwóch odrębnych trybów postępowania uregulowanych w innych ustawach do leasingu zwrotnego nieruchomości. Stosowanie dwóch odrębnych procedur w trybie dwóch odrębnych ustaw prowadziłoby zapewne do wyboru dwóch innych wykonawców, co z kolei uniemożliwiłoby zastosowanie leasingu zwrotnego nieruchomości. Zamawiający stwierdził, że w niniejszej sprawie występuje kolizja dwóch norm prawnych – art. 3 ust. 1 ustawy Pzp i art. 28 i 37 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Wobec braku normy kolizyjnej w tej sytuacji konflikt ten należy rozstrzygnąć z punktu widzenia wykładni celowościowej. Zamawiający wskazał tutaj na cel umowy leasingu – wyzbycie się składnika majątkowego (nieruchomości) przez jednostkę samorządu terytorialnego oraz cel umowy leasingu zwrotnego nieruchomości (dostarczenie finansowania). Powyższe – zdaniem Zamawiającego – przemawia za tym, aby usługę leasingu zwrotnego nieruchomości traktować jako usługę objętą wyłącznie przedmiotem regulacji ustawy Pzp. Wskazał, że po zakończeniu okresu umowy własność nieruchomości zostanie z powrotem przeniesiona na jednostkę samorządu terytorialnego. Z powyższego wywodzi, że przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami do leasingu zwrotnego nieruchomości nie powinny mieć zastosowania z uwagi na to, że przepisy te dotyczą zbycia nieruchomości i to co do zasady zbycia bezwarunkowego połączonego z trwałą utratą prawa własności przez zbywcę, tymczasem w przedmiotowej umowie leasingu zwrotnego nieruchomości przeniesienie własności nieruchomości następuje na określony czas, po którym następuje zwrotne przeniesienie własności.

Zamawiający wskazał na podobny charakter obydwu postępowań prowadzonych w trybie dwóch ustaw i ich podobną funkcję.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego co do naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem jak wykazywał w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Podniósł, że zarzut opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jest bezpodstawny, a poza tym, iż nie zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ustawy Pzp.

Zamawiający przedstawiając swoje stanowisko w sprawie przedłożył również pismo Departamentu Prawego UZP z dnia 21 maja 2009 r. (znak: UZP/DP/o-JNI/22810/9362/09), zawierające opinię dotyczącą leasingu zwrotnego nieruchomości, wydaną na rzecz Skarbnika Miasta Stołecznego Warszawy, wyrażającą podobne co Zamawiający stanowisko w przedmiocie stosowania usługi leasingu zwrotnego nieruchomości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron oraz na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikająca z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Przede wszystkim stwierdzono, że w sprawie niniejszej zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp, z uwagi na przedmiot zamówienia, który stanowi usługa leasingu finansowego oznaczona kodem ze Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych (CPV 66114000-2). Usługa leasingu nieruchomości jest objęta przedmiotowo zakresem stosowania ustawy Pzp – przedmiotem zamówienia jest *de facto* nabycie przez Zamawiającego określonej usługi finansowej. Kwestia nabycia prawa do nieruchomości objęta zakresem wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp (art. 4 pkt 3 lit. i ustawy Pzp) jest kwestią drugorzędną w tym postępowaniu i przy realizacji przedmiotu zamówienia, stąd też wyłączenie przedmiotowe stosowania przepisów ustawy Pzp nie będzie miało w tym przypadku zastosowania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W odwołaniu wskazał on bowiem, że jest wykonawcą potencjalnie zainteresowanym uzyskaniem niniejszego zamówienia publicznego, wykazując przy tym na stosowne uprawnienia, wiedzę, czy potencjał, predysponujące go do realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia. Jednocześnie jednak Odwołujący wskazał, że ewentualne naruszenie przepisów prawa, które wykazywał on w odwołaniu może skutkować bezpośrednio dla niego nieważnością ewentualnie zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z tych też względów Izba w niniejszej sprawie uznała, że Odwołujący uzasadnił swój szczególny uszczerbek w swoim interesie, przejawiającym się w możliwości uzyskania prawidłowo udzielonego mu zamówienia publicznego. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do złożenia odwołania wynikająca z dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do merytorycznych zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęte przez Zamawiającego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na usługę leasingu zwrotnego nieruchomości podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że postępowanie należy unieważnić, jeśli jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, która

uniemożliwia zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, która to umowa nie podlega unieważnieniu. Izba stwierdziła, że zawarcie umowy po przeprowadzeniu procedury negocjacji z ogłoszeniem w trybie ustawy Pzp, bez jednoczesnego zastosowania przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami byłoby niedopuszczalne. Stosowanie do art. 146 ustawy Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w określonych tam sytuacjach. Niezależnie od powyższego art. 139 ust. 1 ustawy Pzp odsyła w sytuacjach nieuregulowanych do stosowania do umów w sprawie zamówienia publicznego przepisów Kodeksu cywilnego. Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie znajdzie zastosowanie przepis art. 58 § 1 Kc wskazujący na nieważność czynności prawnej podjętej w sposób sprzeczny z przepisami ustawy, bądź mającej na celu obejście stosowania przepisów ustawy. Niewątpliwie ustawa o gospodarce nieruchomościami w przedmiocie zbycia przez Zamawiającego nieruchomości, której dotyczy niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w tej sprawie nie znajduje zastosowania, co zresztą potwierdził sam Zamawiający w odpowiedzi na zapytanie Odwołującego. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny niezgodność z przepisami ustawy, o której mowa w art. 58 Kc, odnosi się do aktów prawnych o randze ustaw, a więc do wszystkich norm prawnych obowiązujących powszechnie, mieszczących się w katalogu źródeł prawa określonym w art. 87 Konstytucji (tak P. Machnikowski w: Komentarz Kodeks cywilny pod redakcją E. Gniewka, Warszawa, 2008 r., s. 137). Tym samym sprzeczności określonych czynności prawnych Zamawiającego polegających na rozpoczęciu procedury udzielenia zamówienia publicznego opartej na pominięciu stosowania przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami należy upatrywać również w tym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie, w którym dodatkowo zostały podniesione wskazane powyżej okoliczności związane z nieważnością czynności prawnej podjętej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z pominięciem stosowania przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami, nie mogła pominąć tej okoliczności. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie o sygn. akt: III RN 108/01 organ stosujący prawo ma obowiązek ocenić ważność dokonanej czynności prawnej, ustalając stan faktyczny w jakimkolwiek postępowaniu, w którym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia ma fakt dokonania tej czynności i to niezależnie od tego, czy strony podnosiły te okoliczności, czy też ich nie podnosiły.

Izba zwróciła również w tym przypadku uwagę na art. 387 Kc stanowiący o nieważności umowy w sytuacji niemożności świadczenia. Owa niemożność w przypadku ewentualnego zawarcia umowy w przedmiocie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miałyby charakter pierwotny, tj. istniejący już w chwili zawarcia umowy z uwagi na to, że byłaby obarczona nieważnością, z punktu widzenia art. 58 § 1 Kc. Wskazana niemożność świadczenia miałyby także charakter trwały z uwagi na to, że żaden

podmiot (wykonawca) przy przyjęciu pominięcia stosowania przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami na zbycie nieruchomości należącej do jednostki samorządu terytorialnego, nie byłby w stanie zrealizować owego świadczenia biorąc pod uwagę treść art. 58 § 1 Kc.

Podstawą powyższych ustaleń Izby jest założenie przewidziane przepisami prawa, że organy władzy publicznej - w szerokim znaczeniu tego określenia bowiem stosowanie do art. 16 ust. 2 Konstytucji RP samorząd terytorialny uczestniczy w sprawowaniu władzy publicznej - działają w granicach i na podstawie obowiązującego prawa. Powyższa zasada legalizmu wyrażona została w art. 7 Konstytucji RP. W odniesieniu do jednostki samorządu terytorialnego należy wskazać art. 171 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym działalność samorządu terytorialnego podlega nadzorowi z punktu widzenia legalności.

Powyższe przepisy wskazują na to, że jednostka samorządu terytorialnego przejawiająca publiczną oznakę władztwa w tym przypadku nad majątkiem jej powierzonym ma obowiązek działać w graniach obowiązujących przepisów prawa, w tym o randze ustawy.

Określony przez Zamawiającego charakter przedmiotu zamówienia leży w obszarach dwóch aktów prawnych o randze ustaw, które są - przy jednoczesnym ich zastosowaniu do określonej przez Zamawiającego usługi objętej przedmiotem zamówienia - sprzeczne ze sobą. Powyższe ustalenie zresztą nie było kwestionowane przez żadną ze stron postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza jako organ powołany do rozstrzygania sporów powstałych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 172 ust. 1 ustawy Pzp - w ocenie składu orzekającego - nie posiada kompetencji do podjęcia rozstrzygnięcia w przedmiocie braku obowiązku stosowania przez Gminę Przybiernów w niniejszej sprawie przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami „na korzyść” stosowania przepisów ustawy Pzp. Powyższe, zdaniem składu orzekającego, stanowiłoby o przekroczeniu uprawnień Izby, określonych w przepisach ustawy Pzp. Izba nie posiada również uprawnień do rozstrzygania norm kolizyjnych „na niekorzyść” jednej z ustaw, co do której nie posiada kompetencji orzeczniczych. Niemniej jednak uznała, że skoro przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego leży w sferze właściwości dwóch różnych ustaw, do których stosowania jednostka samorządu terytorialnego - Gmina prowadząca to postępowanie - jest zobowiązana, a dodatkowo realizacja przedmiotu zamówienia nie jest niezbędna dla podmiotu Zamawiającego, tj. nie jest związana z koniecznością wypełniania przez ten podmiot podstawowych zadań nałożonych na nią przepisami ustawy, Zamawiający powinien zrezygnować z takiego instrumentu finansowego dla swoich potrzeb i skorzystać w to miejsce z innych możliwości, na które przepisy prawa pozwalają w sposób wyraźny.

Izba stwierdziła, że realizacja usługi leasingu zwrotnego nieruchomości faktycznie stanowi o czasowym przeniesieniu własności nieruchomości na podmiot trzeci przez jednostkę samorządu terytorialnego. Do zbycia tej nieruchomości w sensie prawnym *de facto* jednak dochodzi i nie można w takiej sytuacji pominąć okoliczności, w których to wyłącznie czasowe przeniesienie własności nieruchomości może stać się jej trwałym zbyciem przez Gminę (np. upadłość wykonawcy, na rzecz którego nastąpiło zbycie nieruchomości, nie dotrzymanie przez Gminę warunków umowy leasingu i jej zerwanie w trakcie relacji). Tym samym zatem skoro ustawodawca w określony sposób reglamentował tak istotną czynność prawną jak zbycie nieruchomości należącej do jednostki samorządu terytorialnego, przyjęcie w tym zakresie ograniczeń w stosowaniu ustawy o gospodarce nieruchomościami z uzasadnieniem konieczności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę finansową dla Gminy w sytuacji, gdy realizacja tej usługi w określony sposób (leasing zwrotny nieruchomości) nie jest wprost nakazana Gminie przepisami obowiązującego prawa - stanowiłoby o niedopuszczalnym obejściu tych przepisów ustawowych.

Izba stwierdza również, że nie jest związana opinią wyrażoną w tym zakresie przez Departament Prawny Urzędu Zamówień Publicznych, którą przedłożył Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie, ponieważ opinia ta nie stanowi źródła prawa, a dodatkowo została wydana w sprawie innego podmiotu aniżeli Zamawiający.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie nie stwierdzała wykazywanych przez Odwołującego naruszeń przepisów ustawy Pzp – art. 7 ust. 3 i art. 29 ust. 1. Skład orzekający Izby nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, że w tym przepisie mówi się o konieczności udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami każdego aktu o randze ustawowej. Ilekroć w przepisach ustawy Pzp wskazuje się na pojęcie ustawy ustawodawca odwołuje się wyłącznie do przepisów tej właśnie ustawy Pzp. Tam, gdzie ustawodawca uznał za konieczne odwoływanie się innych aktów prawnych, w treści ustawy Pzp określił stosowane odesłanie do tych innych aktów rangi ustawowej (np. art. 14, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.)

Co do wykazywanego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, to zgodnie z tym przepisem przedmiot zamówienia opisuje Zamawiający w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w sposób jasny określił – w szczególności udzielając odpowiedzi na zapytanie wykonawcy - że w przedmiotowej sprawie nie będzie stosował przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami. Co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia i zasad na jakich ten przedmiot zamówienia mógłby wykonawca uzyskać nie powinno być uzasadnionych wątpliwości. Inną kwestią jest w tym zakresie ocena tych

okoliczności w kontekście nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której to oceny Izba dokonała powyżej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....