



Urząd Zamówień
Publicznych



Ministerstwo
Rozwoju i Technologii



Polityka
zakupowa państwa

Szacowanie wartości zamówienia.

Wprowadzenie.

Prezentujemy Państwu publikację, w której omówiono wybrane zagadnienia, istotne z punktu widzenia kontrolera w zakresie zagadnień dotyczących szacowania wartości zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane.

Kontrolujący odnajdą w niej wskazówki m.in. w zakresie prawidłowego ustalenia wartości zamówienia publicznego, jak również przykłady nieprawidłowości stwierdzanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w przedstawianej materii.

Poruszone zagadnienia opracowane zostały w oparciu o przeprowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrole, wydane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opinie prawne, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz dopełnione przykładami dobrych praktyk zaczerpniętych z korespondencji Urzędu z uwzględnieniem zarówno obowiązującej obecnie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), dalej: „ustawa Pzp”, jak i ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019 r. poz. 1843), dalej: „ustawa Pzp2004”, oraz obowiązujących wówczas przepisów, które z uwagi na obecne regulacje nie straciły swojej aktualności.

1. Ustalenie wartości zamówienia – zagadnienia ogólne.

1.1. Cel ustalenia wartości zamówienia.

Ustalenie wartości zamówienia stanowi czynność o podstawowym znaczeniu dla procedury udzielenia zamówienia publicznego z uwagi na fakt, iż pozwala ono na wybór właściwego reżimu prawnego, który będzie stosowany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, dalej także: „KIO”¹. Tym samym, od przekroczenia przez wartość zamówienia określonej wartości progowej zdefiniowanej odrębnie dla poszczególnych rodzajów procedury w art. 2 ustawy Pzp, uzależniony jest obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp do przeprowadzenia danego postępowania o udzielenie zamówienia, a w przypadku zamówień klasycznych, jeśli ustawa Pzp znajduje zastosowanie – wartość zamówienia stanowi przede wszystkim podstawę do ustalenia, czy zamawiający obowiązany jest prowadzić dane postępowanie w tzw. procedurze krajowej, regulowanej przepisami Działu II ustawy Pzp, czy też w tzw. procedurze unijnej, regulowanej przepisami Działu III ustawy Pzp, z zastrzeżeniem szczególnych instrumentów i procedur, o których mowa w Dziale IV ustawy Pzp. Analogicznie, w przypadkach określonych w art. 11 ust. 5 ustawy Pzp, wartość zamówienia determinuje zaistnienie w konkretnym przypadku podstawy wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp. Podkreślić przy tym należy, iż regulacje dotyczące wartości zamówienia określone w ustawie Pzp znajdują także zastosowanie do ustalenia tej wartości w przypadku istnienia

¹ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/KD 42/09.

wyłączenia jej stosowania z uwagi właśnie na wartość zamówienia, co ogranicza możliwość podejmowania przez zamawiających arbitralnych rozstrzygnięć co do zasad ustalania wartości zamówienia celem uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Ustawodawca w treści ustawy Pzp wielokrotnie odwołuje się do pojęcia wartości zamówienia, m.in. czyniąc zeń element definicji zamawiającego subsydiowanego (art. 6 ustawy Pzp), czy też podstawę dla przeprowadzenia obliczeń w zakresie weryfikacji ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Wartość zamówienia posiada także znaczenie w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, uzależniona jest od niej bowiem liczba członków składu orzekającego rozpoznającego odwołanie (art. 487 ust. 1 ustawy Pzp) czy też termin na wniesienie odwołania w określonych przypadkach (art. 515 ustawy Pzp).

Jednakże oprócz znaczenia czysto proceduralnego w aspekcie ustawy Pzp, czynność ustalenia wartości zamówienia posiada także istotną wagę z perspektywy gospodarki finansowej zamawiającego, pozwalając na co najmniej wstępną ocenę możliwości finansowych zamawiającego w zakresie realizacji określonego zadania poprzez udzielenie zamówienia publicznego. Należy także zauważyć, iż jakkolwiek ustawodawca wyraźnie rozróżnia na kanwie ustawy Pzp pojęcia „wartości zamówienia” oraz „kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” (art. 222 ust. 4 ustawy Pzp) i nie ustanawia między nimi formalnej zależności, o tyle w praktyce wartość zamówienia może stanowić punkt odniesienia dla określenia tzw. budżetu zamawiającego dla danego zamówienia, choć nie jest z nim tożsama. Nie sposób również pominąć znaczenia ustalonej wartości zamówienia dla wyceny ofert przez wykonawców w sytuacji, jeśli zamawiający zdecyduje się na ujawnienie wartości zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu.

Rola i znaczenie czynności ustalenia wartości zamówienia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje swe potwierdzenie w systematyce ustawy Pzp poprzez umiejscowienie przepisów dotyczących tej problematyki w Dziale I ustawy Pzp („Przepisy ogólne”), co oznacza, iż mają one zastosowanie do wszystkich zamówień i konkursów regulowanych treścią tej ustawy.

1.2. Istota pojęcia wartości zamówienia.

Ustawa Pzp nie definiuje wprost pojęcia wartości zamówienia, wskazując w art. 28, iż podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Należy podkreślić, iż ustalenie wartości zamówienia jest podstawową czynnością na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, z uwagi na przypisaną tej czynności funkcję proceduralną, gdyż ustalenie wartości zamówienia określa zakres obowiązków proceduralnych po stronie zamawiającego i przesądza o zastosowaniu właściwej procedury udzielenia zamówienia. Zamawiający ma obowiązek ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością przed wszczęciem postępowania, kiedy już dokładnie ustalił jakiego zamówienia będzie udzielać oraz jaka będzie jego wielkość i zakres. Jednocześnie należy zauważyć, iż ustawodawca wyróżnił w treści art. 28 ustawy Pzp kilka zasadniczych elementów stanowiących bazę do ustalenia wartości zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wartość zamówienia odnosi się bezpośrednio do wynagrodzenia wykonawcy, co oznacza, iż determinowana jest ona przede wszystkim przez warunki rynkowe. Jednocześnie, wynagrodzenie to ma być rozpatrywane jako całkowite, tj. obejmujące wszystkie jego składniki, z uwzględnieniem świadczeń dodatkowych. W motywie 19 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65, ze zm.), dalej: „dyrektywa klasyczna”, podkreślono, iż do celów oszacowania wartości zamówienia, trzeba uwzględnić wszystkie dochody, niezależnie od tego, czy zostały one otrzymane od instytucji zamawiającej, czy też od osób trzecich, co stanowi normatywne odzwierciedlenie poglądów wyrażanych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej². Analogicznie art. 5 ust. 1 dyrektywy klasycznej doprecyzowuje, iż całkowita kwota należna powinna zostać oszacowana z uwzględnieniem wszelkich opcji oraz wznowień zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia, przy czym dotyczy to także nagród lub wynagrodzeń dla kandydatów lub oferentów. Szczegółowe regulacje w tym zakresie transponujące odnośne przepisy dyrektywy klasycznej zawarte zostały w art. 31-33 ustawy Pzp. Jednocześnie w orzecznictwie KIO podkreśla się niedopuszczalność zaliczenia do wartości zamówienia innych składników aniżeli wynagrodzenie netto wykonawcy³.

W procesie ustalania wartości zamówienia mamy do czynienia wyłącznie z aspektem szacunkowości wynagrodzenia wykonawcy, gdyż z natury rzeczy jego rzeczywista wysokość nie może być zamawiającemu znana na etapie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć należy, iż wartość zamówienia jest wartością w tym sensie stałą, iż jej ustalenie na określonym poziomie wiąże zamawiającego ze wszystkimi tego konsekwencjami, w szczególności do stosowania właściwego reżimu prawnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, po wszczęciu tego postępowania, co potwierdza także orzecznictwo KIO⁴. W szczególności podkreślenia wymaga, iż sam fakt stwierdzenia w toku postępowania, że wynagrodzenie wykonawcy odbiega od wielkości oszacowanej na etapie ustalania wartości zamówienia, nie przesądza w sposób automatyczny o zaistnieniu podstawy do unieważnienia postępowania i ewentualnej zmiany stosowanego reżimu prawnego, o ile nie stwierdzono błędu w procesie ustalania wartości zamówienia na etapie przed wszczęciem postępowania.

Art. 28 ustawy Pzp przewiduje, iż wynagrodzenie wykonawcy stanowiące podstawę ustalenia wartości zamówienia nie zawiera podatku od towarów i usług, tj. podatku VAT. Ma to szczególnie znaczenie jako element różnicujący wartość zamówienia od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jak również cen ofertowych, które stanowią zasadniczo wartości brutto. Z tego też względu, w sytuacji gdy wartość zamówienia stanowi element zestawiany z ceną ofertową dla weryfikacji zaistnienia rażąco niskiej ceny, ustawodawca nakazuje powiększyć wartość zamówienia

² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 stycznia 2007 r., sygn. C-220/05.

³ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2009 r., sygn. akt KIO/KD 27/09.

⁴ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 42/17.

o należny podatek od towarów i usług (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), aby zagwarantować ich porównywalność.

Ostatnim elementem normatywnej konstrukcji podstawy ustalenia wartości zamówienia jest obowiązek ustalenia całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy z należytą starannością. Ustawa Pzp nie definiuje tego pojęcia, stąd też zasadne jest odwołanie się do reguł zawartych w przepisach ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), dalej: „kc”, z uwzględnieniem dorobku orzeczniczego w tej materii. Art. 355 § 1 kc definiuje należytą staranność jako staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, tj. działanie z wykorzystaniem najlepszej wiedzy i doświadczenia osoby dokonującej tej czynności i z zachowaniem wszelkich reguł, jakie mogą mieć do niej zastosowanie⁵. Należy przyjąć, iż wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny⁶, tj. nieoparty na indywidualnych cechach i właściwościach dłużnika, w szczególności na zapobiegliwości, jakiej sam on przestrzega, lecz na oczekiwaniach społecznych wobec osób, które znalazły się w określonej sytuacji⁷. W kontekście ustalania wartości zamówienia oznacza to przede wszystkim uwzględnienie profesjonalnego charakteru podmiotu, jakim zasadniczo jest zamawiający, który co do zasady powinien posiadać dostateczną orientację w zakresie warunków rynkowych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia tak, aby w sposób rzetelny, przy uwzględnieniu właściwych metod i środków, dokonać prawidłowego określenia wartości zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, *uwzględniając różnice, [...] wynikające z charakteru prowadzonej działalności gospodarczej jej celu, należy stosować do zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ustalenia wartości zamówienia, taką samą miarę należytej staranności, jakiej oczekuje się od wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności gospodarczej)*⁸. Z perspektywy kontroli prawidłowości przeprowadzenia procedury ustalenia wartości zamówienia istotne będzie tym samym zasadnicze wyłączenie możliwości powoływania się przez zamawiającego na czynniki indywidualne (np. faktyczny brak wiedzy o warunkach rynkowych, nieumiejętność rzetelnego sformułowania informacji przekazywanych w procedurze rozeznania rynku w sposób miarodajny dla następczo wszczynanego postępowania o udzielenie zamówienia) dla usprawiedliwienia błędnego ustalenia wartości zamówienia. Należy podkreślić, iż zamawiający zobowiązany jest do wzięcia pod uwagę wszelkich istotnych okoliczności mogących wpływać na wysokość wynagrodzenia wykonawcy w związku z realizacją danego zamówienia.

⁵ Pismo UZP z dnia 12 maja 2020 r., znak: WK/164/19/DKZP.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 23 października 2003 r., sygn. V CK 311/02.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - V Wydział Cywilny z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. VI ACa 1077/12.

⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1267/08.

Jak podkreśla się przy tym w orzecznictwie, wartość zamówienia ma być przede wszystkim wartością realną, tj. jak najbardziej odpowiadającą rzeczywistej rynkowej wartości przedmiotu zamówienia⁹.

ZAPAMIĘTAJ

Nieprawidłowości w zakresie ustalenia wartości zamówienia mogą dotyczyć nie tylko niedoszacowania wysokości wynagrodzenia wykonawcy, mającego wpływ na wybór właściwego reżimu prawnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, ale również jego przeszacowania, skutkującego ustaleniem wartości zamówienia przez zamawiającego powyżej wartości rzeczywistej, co może mieć znaczenie m.in. z perspektywy istnienia przesłanek do rozpoczęcia procedury weryfikacji ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 2 ustawy Pzp).

Ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia, co do zasady, powinna znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach postępowania. Ustawa Pzp, jak również akty wykonawcze do tej ustawy wskazują dokumenty, w których zamawiający jest zobligowany bądź wyłącznie uprawniony do podania ustalonej przed wszczęciem postępowania wartości zamówienia.

Wartość zamówienia, jako jedną z informacji fakultatywnych, zamawiający może ujawnić w ogłoszeniu o zamówieniu oraz ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy¹⁰ publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż tzw. progi unijne). Informację o wartości zamówienia zamawiający może podać również w ogłoszeniach przekazywanych Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne), tj. m.in. we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, ogłoszeniu o zamówieniu (w tym zamówieniu sektorowym), okresowym ogłoszeniu informacyjnym (zamówienia sektorowe)¹¹.

⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2015 r., sygn. akt KIO 802/15.

¹⁰ Zob. pkt 5.5 załącznika nr 1 i pkt 3.5 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439), dalej: „rozporządzenie w sprawie ogłoszeń”.

¹¹ Zob. wzory standardowych formularzy, określone w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, ze zm).

DOBRA PRAKTYKA

Dobrą praktyką jest podanie przez zamawiającego ustalonej przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wartości zamówienia w ogłoszeniu, pomimo iż taki obowiązek nie wynika z przepisów ustawy Pzp.

Obligatoryjnie informacja o wartości zamówienia powinna zostać ujawniona przez zamawiającego w ogłoszeniu o wyniku postępowania¹² (BZP) oraz ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia (DUUE). Oszacowana wartość zamówienia powinna zostać wpisana w protokole postępowania (art. 72 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Wskazana powinna zostać data oraz podstawa na jakiej dokonano oszacowania wartości zamówienia. W protokole postępowania wartość zamówienia może zostać wpisana po otwarciu ofert, przy czym fakultatywnie możliwe jest ujawnienie tej wartości jeszcze przed otwarciem ofert.

W § 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434), dalej: „rozporządzenie w sprawie protokołów”, określone zostały wzory protokołów postępowania o udzielenie zamówienia lub zawarcie umowy ramowej w trybach przewidzianych w ustawie Pzp. W każdym ze wzorów protokołów w pkt 3 zamawiający zobowiązany jest wskazać ustaloną przed wszczęciem postępowania wartość zamówienia i jej równowartość wyrażoną w euro oraz w zależności od trybu udzielanego zamówienia:

- wartość zamówień (w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych) z podziałem na części,
- wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie obowiązywania umowy,
- wartość przewidywanych zamówień, o których mowa odpowiednio w art. 214 ust. 1 pkt 7, art. 388 pkt 2 lit. c oraz w art. 415 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp,
- wartość zamówienia udzielanego jako część zamówienia oraz wartości aktualnie udzielanego zamówienia częściowego,
- wartość zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów, których zamawiający przewiduje udzielić w okresie obowiązywania dynamicznego systemu zakupów.

W protokole postępowania należy ujawnić równowartość wartości zamówienia wyrażoną w euro. Podstawą przeliczenia wartości zamówienia lub konkursu jest średni kurs złotego w stosunku do euro, ustalony na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie równowartości progów określonych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE i 2009/81/WE (Dz. Urz. UE C 457 z 11.11.2021, str. 1)¹³.

¹² Zob. pkt 4.2 załącznika nr 3 rozporządzenia w sprawie ogłoszeń.

¹³ Art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

Aktualny kurs został podany w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2021 r. poz. 1177) i wynosi 4,4536¹⁴.

ZWRÓĆ UWAGĘ NA...

W protokole postępowania należy uwzględnić wartość zamówienia określoną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania, ale zalecanym działaniem jest wykazanie w protokole również wartości zamówienia zaktualizowanej po wszczęciu postępowania, jeżeli taka zmiana nastąpiła.

ZAPAMIĘTAJ

Wartość zamówienia odnajdziesz w:

- ogłoszeniu zamieszczonym w BZP oraz w DUUE
- protokole postępowania

PRAKTYKA KONTROLI

W postępowaniach objętych kontrolą Prezesa UZP można zauważyć uchybienia zamawiającego związane z brakiem lub nieprawidłowym ujawnieniem wartości zamówienia, czy też błędną podstawą przeliczenia wartości zamówienia.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej¹⁵ wskazano, iż w sekcji 2 protokołu postępowania (Druk ZP-ZOC) zamawiający nie zamieścił informacji odnośnie ustalonej wartości kontrolowanego zamówienia oraz sposobu i terminu jej kalkulacji. W związku z powyższym, Prezes Urzędu stwierdził, iż *zamawiający nie prowadząc protokołu postępowania w sposób rzetelny, uchybił treści art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

¹⁴ Obwieszczenie Prezesa UZP ogłoszone na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

¹⁵ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 17 sierpnia 2018 r., znak: KND/12/18/DKZP.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej¹⁶ stwierdzono, iż m.in. w pkt 2.2 protokołu postępowania (druk ZP-PO), Zamawiający określił wartość zamówienia na 620 000,00 zł nie podając przy tym równowartości tej kwoty w euro.

Prezes Urzędu stwierdził, iż *zamawiający nie prowadząc protokołu postępowania w sposób rzetelny, uchybił treści art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w związku z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

W uzasadnieniu stwierdzonego naruszenia wskazano, iż *protokół postępowania jest dokumentem odwzorowującym przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko prowadzenie protokołu postępowania na bieżąco i w sposób rzetelny prowadzi do wypełnienia jego funkcji informacyjnej. (...) Szczegółowy zakres informacji, jakie powinien zawierać protokół, został określony w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1128). (...) Zgodnie z § 3 rozporządzenia, wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego stanowi załącznik do rozporządzenia. Z pkt 2.4. wzoru protokołu stanowiącego załącznik do ww. rozporządzenia wynika, iż zamawiający jest zobowiązany podać wartość zamówienia zarówno w złotych polskich, jak i w euro.*

Krajowa Izba Odwoławcza¹⁷ uznała motywację kontrolującego stwierdzając naruszenie przez zamawiającego cytowanych powyżej przepisów za w pełni uzasadnione.

W Informacji o wyniku kontroli uprzedniej¹⁸ stwierdzono, iż z treści pkt 2.4 protokołu postępowania (druk ZP-PN) zamawiający ustalił wartość kontrolowanego zamówienia w dniu 18 września 2019 r. na podstawie rozeznania rynku. Wartość została uaktualniona na podstawie notatki z dnia 16 stycznia 2020 r. w sprawie ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. Wartość zamówienia ustalono na kwotę 73 170 731,71 zł oraz przeliczono tę wartość na kwotę 16 970 274,30 euro. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 lutego 2020 r.

W związku z powyższym Prezes Urzędu stwierdził, iż zgodnie z treścią art. 35 ust. 3 ustawy Pzp, średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień, określa co najmniej raz na dwa lata w drodze rozporządzenia Prezes Rady Ministrów. Ze względu na datę wszczęcia kontrolowanego postępowania zamawiający był zatem zobowiązany do zastosowania aktualnego kursu określonego w § 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2019 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2453), który wynosi 4,2693 zł

¹⁶ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 października 2019 r., znak: KND/27/19/DKZP.

¹⁷ Zob. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt KIO/KD 70/19.

¹⁸ Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20 października 2020 r., znak: KU/145/20/DKZP.

i obowiązywał od 1 stycznia 2020 r. Właściwie obliczona wartość zamówienia wyrażona w euro powinna wynosić 17 138 812,38 euro.

Zamawiający nie posługując się właściwym kursem złotego w stosunku do euro wadliwie oszacował wartość zamówienia, a tym samym naruszył przepis art. 32 ust. 1 i art. 35 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z przepisami ww. rozporządzenia.

W Informacji o wyniku kontroli uprzedniej¹⁹ stwierdzono, iż z punktu 2.2. protokołu postępowania (druk ZP-PN) oraz z punktu 5 wewnętrznego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia w maju 2019 r. na kwotę 37 450 658,61 zł oraz przeliczył tę wartość na kwotę 8 221 967,81 euro.

Z wyjaśnień zamawiającego udzielonych w toku kontroli przedmiotowego postępowania (pismo z dnia 16.12.2019 r.) wynika: *„Zamawiający informuje, że wartością szacunkową przedmiotowego zamówienia jest kwota 37 450 658,61 zł, co stanowi 8 685 821,98 euro. Oznacza to, że podczas przedmiotowego postępowania Zamawiający stosował kurs wynoszący 4,3117 zł, co zgodne jest z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2477). Natomiast kwota podana w protokole postępowania (8 221 967,81 euro) jest wynikiem powielonego błędu pisarskiego”.*

Zgodnie z treścią art. 35 ust. 3 ustawy Pzp, średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień, określa co najmniej raz na dwa lata w drodze rozporządzenia Prezes Rady Ministrów.

Biorąc pod uwagę datę wszczęcia kontrolowanego postępowania w dniu 12.07.2019 r. (termin publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, na stronie internetowej oraz w siedzibie zamawiającego) zamawiający był zobowiązany do zastosowania kursu określonego w § 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2477), który wynosił 4,3117 zł i obowiązywał od dnia 01.01.2018 r. Właściwie obliczona wartość szacunkowa zamówienia wyrażona w euro powinna zatem wynosić 8 685 821,98 euro.

Zamawiający nie posługując się właściwym kursem złotego w stosunku do euro przy szacowaniu wartości zamówienia wadliwie oszacował wartość zamówienia, a tym samym naruszył przepis art. 32 ust. 1 i art. 35 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z przepisami ww. rozporządzenia.

¹⁹ Informacja o wyniku kontroli z dnia 17 grudnia 2019 r., znak: KU/175/19/DKZP.

W Informacji o wyniku kontroli uprzedniej²⁰ stwierdzono, że z pkt 2.6 protokołu postępowania (druk ZP-PN) wynika, iż Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia w dniu 27.02.2018 r. na kwotę 1 100 000 000 – 1 650 000 000 zł oraz przeliczył tę wartość na kwotę 261 992 092,60 – 392 988 138,90 euro.

Z wyjaśnień zamawiającego udzielonych w toku kontroli przedmiotowego postępowania (pismo z dnia 03.10.2019 r.) wynika, iż *„podana w pierwotnej wersji protokołu szacowana kwota zamówienia 261 992 092,6 – 392 988 138,9 EUR, wynikała z zastosowania przez Zamawiającego błędnego przelicznika PLN na EUR. Zamawiający do przeliczenia zastosował bowiem ogłaszany przez NBP kurs średni z dnia ogłoszenia o wszczęciu postępowania zamiast przelicznika wynikającego z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. 2017.2477)”*.

Zgodnie z treścią art. 35 ust. 3 ustawy Pzp2004, średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień, określa co najmniej raz na dwa lata w drodze rozporządzenia Prezes Rady Ministrów.

Biorąc pod uwagę datę wszczęcia postępowania w dniu 02.03.2018 r. (termin publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, na stronie internetowej zamawiającego oraz w siedzibie zamawiającego) Zamawiający był zobowiązany do zastosowania kursu określonego w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2477), który wynosił 4,3117 zł i obowiązywał od dnia 01.01.2018 r. Właściwie obliczona wartość szacunkowa zamówienia wyrażona w euro powinna zatem wynosić 255 119 790,34 – 382 679 685,51 euro. Zamawiający co prawda w załączeniu do pisma z dnia 20.08.2019 r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie Prezesa Urzędu do uzupełnienia dokumentacji postępowania i udzielenia wyjaśnień, przekazał poprawiony protokół postępowania sporządzony na druku ZP-PN, w którym dokonał przeliczenia wartości zamówienia z zastosowaniem aktualnego na dzień wszczęcia postępowania kursu euro, tj. z uwzględnieniem wyliczonych powyżej wartości, niemniej jednak nie sposób uznać, iż zamawiający dokonując następczo poprawy wartości szacunkowej zamówienia w protokole postępowania, dokonał czynności szacowania w sposób prawidłowy. Zamawiający nie posługując się właściwym kursem złotego w stosunku do euro przy szacowaniu wartości zamówienia wadliwie oszacował wartość zamówienia, a tym samym naruszył przepis art. 32 ust. 1 i art. 35 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z przepisami ww. rozporządzenia.

Warto również wskazać przykład postępowania zamawiającego, które nie uchybiało przepisom ustawy Pzp.

²⁰ Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 28 października 2019 r., znak: KU/102/19/DKZP.

KONTROLA KROK PO KROKU

Sprawdź, czy:

- wartość zamówienia oszacowana została zgodnie z zasadami określonymi w art. 28-36 ustawy Pzp,
- dokonano aktualizacji wartości zamówienia, jeżeli zaistniały ku temu okoliczności,
- wartość zamówienia ujawniona została w protokole postępowania,
- wartość zamówienia określona została jako wartość netto,
- dokonano przeliczenia wartości zamówienia z zastosowaniem aktualnego na dzień wszczęcia postępowania kursu euro,
- w protokole postępowania podana została data oraz podstawa ustalenia wartości zamówienia,
- wartość zamówienia została ujawniona w ogłoszeniu o wyniku postępowania (BZP) oraz ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia (DUUE).

W sprawie zainicjowanej wnioskiem o kontrolę kilkunastu postępowań przeprowadzonych przez Zarząd Dróg Miejskich wnioskodawca podniósł m.in. zarzuty wobec braku podania przez zamawiającego podczas otwarcia ofert oszacowanej wartości zamówienia. W udzielonej wnioskodawcy odpowiedzi wyjaśniono, iż zgodnie z pkt 4.2 załącznika nr 3 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439), wydanego na podstawie art. 272 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniach o udzielenie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, na Zamawiającym ciąży obowiązek podania szacunkowej wartości zamówienia dopiero na etapie publikacji ogłoszenia o wyniku postępowania. Natomiast, podanie wartości zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu jest jedynie uprawnieniem zamawiającego, z którego może skorzystać w wybranych przez siebie postępowaniach, o czym świadczy użycie w pkt 5.5 załącznika nr 1 do ww. rozporządzenia sformułowania: jeżeli zamawiający podaje informacje o wartości zamówienia. Ponadto, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434), zamawiający jest zobowiązany podać informację dotyczącą wartości zamówienia w protokole postępowania, przy czym może to uczynić fakultatywnie jeszcze przed otwarciem ofert, wówczas zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może złożyć wniosek o udostępnienie protokołu zamówienia i dzięki temu uzyskać informację o szacunkowej wartości zamówienia, albo uzupełnić ww. informację w protokole po otwarciu ofert.

W sprawie stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia nie stwierdzono podstaw do wszczęcia kontroli doraźnej stwierdzając, iż Zamawiający nie miał obowiązku podawania na etapie trwania postępowania oszacowanej wartości zamówienia.

1.3. Orientacyjna wartość zamówienia.

Ustawa Pzp obok „wartości zamówienia” wyraźnie rozróżnia pojęcia „orientacyjnej wartości zamówienia” oraz „kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Ma to doniosłe znaczenie z perspektywy kontroli prawidłowości oszacowania wartości zamówienia publicznego.

Ustawodawca odwołuje się do orientacyjnej wartości zamówienia w przepisach odnoszących się m.in. do planu postępowań o udzielenie zamówień²¹. Plan postępowań jest zbiorem postępowań przewidzianych do przeprowadzenia w danym roku finansowym, sporządzanym przy użyciu środków komunikacji elektronicznej według wzoru określonego rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2362) w sprawie wzoru planu postępowań o udzielenie zamówień.

Zapamiętaj!

Orientacyjna wartość zamówienia to wartość bez podatku od towarów i usług

Zamawiający publiczni oraz ich związki²² zobowiązani są przygotować i opublikować plan postępowań w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na swojej stronie internetowej nie później niż w terminie 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego przez uprawniony organ.

Plan postępowań zawiera w szczególności informacje dotyczące: (1) przedmiotu zamówienia; (2) rodzaju zamówienia według podziału na zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi; (3) przewidywanego trybu albo procedury udzielenia zamówienia; (4) orientacyjnej wartości zamówienia; (5) przewidywanego terminu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

W planie postępowań zamawiający wskazuje orientacyjną wartość zamówienia. Orientacyjna wartość zamówienia stanowi, co do zasady, ustaloną w momencie sporządzania planu przybliżoną (przypuszczalną) wartość nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Wartość ta nie musi być wartością tożsamą z wartością szacunkową zamówienia, o której mowa w art. 28 ustawy Pzp. Powinna jednak, niezależnie od tego, w jakim czasie zamawiający zamierza faktycznie wydatkować środki, obejmować realizację całego zamówienia publicznego.

Należy pamiętać, iż obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie aktualności planu postępowań o udzielenie zamówień (art. 23 ust. 4 ustawy Pzp). Przepis ten nie określa sposobu aktualizowania planu zamówień publicznych, co oznacza swobodę zamawiającego w tym zakresie pod warunkiem zapewnienia przejrzystości planu. W sytuacji, gdy informacje podane w planie postępowań uległy dezaktualizacji, zmieniły się plany zakupowe zamawiającego, gdy pojawił się zamiar udzielenia nowego, wcześniej

²¹ Art. 23 ustawy Pzp.

²² Obowiązek sporządzania planu postępowań dotyczy trzech grup zamawiających publicznych: (1) jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 869, 1622 i 1649); (2) innych, niż określone w pkt 1 państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej; (3) związków tych podmiotów.

nieplanowanego zamówienia lub rezygnacji z zaplanowanego postępowania zamawiający ma obowiązek dokonać stosownej modyfikacji planu.

Zmiana orientacyjnej wartości zamówienia, co do zasady, nie podlega aktualizacji w każdym przypadku. Zasadnym jest dokonanie aktualizacji planu, gdy zamawiający zmienia swoje zamierzenia w zakresie planowanej procedury udzielenia zamówienia, np. planuje przeprowadzić procedurę unijną, w miejsce pierwotnie planowanej procedury krajowej.

Aktualizację planu zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej zamawiającego.

Do orientacyjnej wartości zamówienia ustawa Pzp odwołuje się również przy okazji wprowadzonej do systemu zamówień publicznych instytucji – analizy potrzeb i wymagań²³. Zamawiający publiczny, obowiązany jest dokonać analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem postępowania klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Zamawiający dokonując analizy potrzeb i wymagań powinien uwzględnić właśnie orientacyjną wartość zamówienia (a nie wartość zamówienia) dla każdego z wariantów, o którym mowa w art. 83 ust. 2 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Orientacyjna wartość poszczególnych wariantów zamówienia, ale także orientacyjna wartość bądź koszt zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby za pomocą zasobów własnych lub alternatywnego środka jej zaspokojenia, która pomoże zamawiającemu w dokonaniu wyboru wariantu stanowi, co do zasady przybliżoną, potencjalną, spodziewaną wartość nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych.

Zauważenia wymaga, iż wartości orientacyjnej nie można utożsamiać z pojęciem „wartości zamówienia” będącej szacunkowym wynagrodzeniem wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalonym przez zamawiającego z należytą starannością na podstawie art. 28-36 ustawy Pzp, a także pojęciem „kwoty na sfinansowanie zamówienia”, o której mowa w art. 222 ust. 4 ustawy Pzp.

DOBRA PRAKTYKA

Ustalając orientacyjną wartość zamówienia, aby w sposób rzeczywisty określała zakres i wielkość zamówienia, dobrą praktyką jest pomocnicze zastosowanie reguł odnoszących się do szacowania wartości zamówienia określonych w przepisach ustawy Pzp.

²³ Art. 83 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Orientacyjna wartość to wartość oszacowana przez zamawiającego w przybliżeniu, np. na podstawie rozeznania rynku. Dla określenia orientacyjnej wartości zamówienia, również w każdym z wariantów (z art. 83 ust. 2 pkt 2 lit. b ustawy Pzp) można posłużyć się danymi pozyskanymi w wyniku:

- analizy ogólnodostępnych informacji, cenników, wydruków ze stron internetowych,
- analizy ofert z poprzednich postępowań (z uwzględnieniem zmian warunków oraz zmian rynkowych),
- kontaktów z innymi zamawiającymi,
- analizy wyników postępowań o udzielenie zamówień publicznych z TED/BZP (z uwzględnieniem różnorodności uwarunkowań),
- analizy ofert orientacyjnych przesłanych w ramach rozeznania rynku²⁴.

KONTROLA KROK PO KROKU

Sprawdź, czy:

- w planie postępowań zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej zamawiającego ujawniona została orientacyjna wartość zamówienia i czy jest to wartość netto,
- dokonano aktualizacji orientacyjnej wartości zamówienia, gdy zaistniały ku temu przesłanki, np. zmiana procedury z krajowej na unijną,
- w analizie potrzeb i wymagań wskazana została orientacyjna wartość zamówienia.

ZAPAMIĘTAJ

Wartość orientacyjną zamówienia odnajdziesz w:

- planie postępowań o udzielenie zamówień,
- analizie potrzeb i wymagań.

²⁴ Per analogiam https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0023/45374/Wskazowki-w-przedmiocie-analizy-potrzeb-i-wymagan.pdf.

1.4. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Z punktu widzenia kontroli istotnym jest odróżnienie wartości zamówienia od kwoty, jaką zamawiający zamierza wydatkować na realizację zamówienia. Przepisy ustawy Pzp w art. 222 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązują Zamawiającego, by najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia²⁵. Podanie minimalnej kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia przed otwarciem ofert zapewnia realizację zasady jawności i przejrzystości postępowania, a także uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stanowi też mechanizm zabezpieczający wykonawców przed manipulowaniem wynikami postępowania²⁶.

Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doniosłą rolę, gdyż wiąże zamawiającego do wysokości wskazanej kwoty. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie jest tożsama z ustaloną przez zamawiającego wartością zamówienia na podstawie art. 28 i nast. ustawy Pzp. Zauważenia wymaga, iż w przeciwieństwie do wartości zamówienia i zaoferowanej ceny, w jednostkach sektora finansów publicznych, kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ma swoje źródło w planie finansowym lub w dokumentach planowania wieloletniego²⁷. Jest to wiążąca deklaracja na temat minimalnej sumy gwarantowanej, która stanowi dodatkowy warunek zamówienia. Różnica pomiędzy ww. kwotami nie wynika jedynie z faktu, iż wartość zamówienia należy podać jako kwotę bez podatku od towarów i usług, podczas gdy kwota podawana przed otwarciem ofert w trybie art. 222 ust. 4 ustawy Pzp stanowi kwotę brutto, ale przede wszystkim wynika stąd, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna odpowiadać rzeczywistej kwocie przeznaczonej na wydatkowanie, celem wykonania danego zamówienia publicznego, a więc uwzględniającej wszystkie możliwe zmienne, które nie były uwzględniane na etapie szacowania wartości zamówienia, np. należne z tego tytułu opłaty i podatki, czy też przesunięcia środków budżetowych zamawiającego.

Zapamiętaj!
Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota brutto.

Przepisy ustawy Pzp nie nakazują, aby kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia była tożsama z kwotą szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek VAT. Z reguły kwota, o której mowa w art. 222 ust. 4 ustawy Pzp jest kwotą wyższą od wartości szacunkowej zamówienia, jednakże przepisy ustawy Pzp nie zabraniają ustalenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia poniżej wysokości wartości zamówienia, o której mowa w art. 28 ustawy Pzp.

²⁵ Na gruncie ustawy Pzp2004 informacja o kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odczytywana była bezpośrednio przed otwarciem ofert. Obecnie informacja ta powinna znaleźć się na stronie internetowej prowadzonego postępowania najpóźniej przed otwarciem ofert.

²⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2017 r., sygn. akt 2678/17.

²⁷ Por. M. Winiarz, [w:] W. Miśąg, Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, Warszawa 2019, s. 1095.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO²⁸ *ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na danym poziomie nie powoduje po stronie zamawiającego obowiązku dopasowania czy też ustalenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na takim samym poziomie. Dopuszczalna staje się sytuacja wszczęcia postępowania pomimo tego, iż wartość szacunkowa zamówienia jest wyższa niż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ustawodawca bowiem celowo wprowadził wyraźne rozróżnienie tych kwot.*

Istotną, podnoszoną we wnioskach o kontrolę, jest kwestia możliwości zwiększenia bądź pozostawienia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia na poziomie z chwili sprzed otwarcia ofert. Decyzja zamawiającego w tej materii związana jest bezpośrednio z instytucją unieważnienia postępowania, a dokładnie z przesłanką określoną w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Udostępnienie informacji o minimalnej sumie gwarantowanej, najpóźniej przed otwarciem ofert, zapobiega bezzasadnemu unieważnieniu postępowania z powodu rzekomego braku środków. Przez złożenie oświadczenia w sprawie deklarowanej kwoty zamawiający zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą, jeśli zaofferowana cena lub koszt nie przekroczy tej kwoty²⁹. Gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zamawiającemu przysługuje uprawnienie do unieważnienia postępowania, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Jeżeli natomiast możliwości finansowe zamawiającego pozwalają na zwiększenie tej kwoty do wysokości ceny oferty najkorzystniejszej i zamawiający jest zainteresowany zwiększeniem tej kwoty w celu wyboru oferty – możliwe jest dokonanie wyboru oferty, której cena przekracza pierwotnie założony budżet. Zamawiający zatem powinien w każdym przypadku zweryfikować swoje możliwości finansowe, biorąc pod uwagę charakter i okoliczności udzielanego zamówienia oraz uwzględniając wiążące go przepisy i zasady dotyczące gospodarowania środkami finansowymi. Jeżeli po dokonaniu odpowiednich korekt w budżecie zamawiający zabezpieczy większe środki na finansowanie zamówienia, nie będzie zobowiązany do unieważniania postępowania, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO³⁰.

Pamiętać należy, iż decyzja o zwiększeniu tej kwoty stanowi suwerenną i niezawisłą decyzję zamawiającego. Zamawiający, który decyduje się na zwiększenie tej kwoty dokonując przeniesień wydatków, musi przestrzegać obowiązujących w tym zakresie przepisów oraz wewnętrznych procedur. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: *„zamawiający jest dysponentem środków finansowych i decydem odnośnie wydatkowania tych środków, przy czym decyzja odnośnie zwiększenia kwoty przeznaczonej nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób. Warte podkreślenia jest, iż Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie*

²⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1250/21. Zobacz również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1401/20.

²⁹ Por. R. Szostak, Planowanie i finansowanie zamówień publicznych, Warszawa 2007, s. 119.

³⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 755/22.

zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnieniu postępowania. Uczestnicy postępowania, wykonawcy nie mogą oczekiwać, że zamawiający będzie przesunął środki przeznaczone na realizację innych części zamówienia, czy zaoszczędzonych w toku postępowania. Bezpodstawnym jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków³¹.

W sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe bądź jest niecelowe, a kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Okoliczność, w której cena oferty przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie stanowi natomiast przesłanki odrzucenia oferty³².

Wspomnieć należy, iż podstawę do unieważnienia postępowania (pod warunkiem, że zamawiający przewidział, że taka podstawa do unieważnienia postępowania może być przez niego zastosowana) stanowi okoliczność braku przyznania środków finansowych, o które ubiegał się zamawiający dla celów dofinansowania zamówienia.

Czyniąc zadość kwestiom formalnym kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna znaleźć odzwierciedlenie w protokole postępowania.

ZAPAMIĘTAJ

Jeżeli możliwości finansowe zamawiającego pozwalają zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną i zamawiający jest tym zainteresowany, możliwe jest dokonanie wyboru oferty, której cena przekracza założony budżet.

Warto nadmienić, iż ustawodawca w treści ustawy Pzp odwołuje się również do pojęcia „wartość umowy”, jednocześnie go nie definiując. Wartość umowy to najprościej rzecz ujmując wartość jaka wynika wprost z zawartej z wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem jest to kwota brutto, którą zamawiający obowiązany jest zapłacić wykonawcy za wykonanie zamówienia. Przepisy ustawy Pzp

³¹ por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt KIO 961/15; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2347/15; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2451/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 558/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 755/22.

³² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2020 r., sygn. akt KIO 400/20.

zobowiązują do ujawnienia wartości umowy w protokole postępowania³³, w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia (sekcja V.2.4 ogłoszenia o udzieleniu zamówienia) oraz w ogłoszeniu o wyniku postępowania (pkt 8.3 załącznika nr 3 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń). Dodatkowo, zwrócić należy uwagę, iż w ogłoszeniu o wykonaniu umowy należy ujawnić łączną wartość wynagrodzenia wypłaconą z tytułu zrealizowanej umowy, tj. wartość obejmującą zmianę wynagrodzenia wypłaconego wykonawcy w toku realizacji zamówienia (pkt 5.4 załącznika nr 7 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń).

PRAKTYKA KONTROLI

Jak pokazują dotychczas przeprowadzone kontrole Prezesa Urzędu, błędna interpretacja pojęć poprzez utożsamianie wartości zamówienia z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, tj. jako tej samej wartości prowadzi do uchybienia przepisom ustawy Pzp.

Dla przykładu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej³⁴ stwierdzono, iż w *pkt 11.2. protokołu postępowania (druk ZP-PN) zamawiający wskazał, że: „Bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie: zamówienia w wysokości 6.948.670,59 zł netto (...)”*.

Ponadto, zamawiający zamieszczając na swojej stronie informację, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp wskazał: „Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia: 6.948.670,59 złotych netto.”

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tę samą kwotę zamawiający jest zobligowany podać w informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że nie można utożsamiać kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, z wartością zamówienia szacowaną przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32-35 ustawy Pzp. Podkreślić bowiem należy, iż zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast w myśl art. 86 ust. 3 i 5 pkt 1 ustawy Pzp, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a informacje dotyczące tej kwoty zamieszcza na stronie internetowej. Sformułowanie „kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” użyte w tych przepisach oznacza, że zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaką rzeczywiście może wydatkować na zamówienie. Tym samym, kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą brutto i powinna zawierać podatek od towarów i usług.

³³ Zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp protokół postępowania zawiera co najmniej wartość umowy w sprawie zamówienia publicznego (...).

³⁴ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 listopada 2019 r., znak: KND/32/19/DKZP.

Celem art. 86 ust. 3 i 5 ustawy Pzp jest ustanowienie swoistej gwarancji wyboru oferty wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, pod warunkiem, że zaproponowana przez niego cena nie przekroczy kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (co mogłoby być przesłanką unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Wobec faktu, iż ceny ofert są cenami brutto, kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia również powinna być wyrażona kwotą brutto, aby zapewnić jej porównywalność z ceną oferty. Wobec powyższego, podanie kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jako kwoty netto stanowi naruszenie art. 86 ust. 3 i 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający podając kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert w wartości netto (bez uwzględnienia wartości podatku od towarów i usług) oraz odwołując się do powyższej wartości w „Informacji z otwarcia ofert w postępowaniu” Nr ZZ/153/2017 r., naruszył dyspozycję art. 86 ust. 3 oraz art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp³⁵.

Stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenia zostały podtrzymane przez Krajową Izbę Odwoławczą³⁶.

Kontrolujący powinni również zwrócić uwagę na obowiązek jaki na zamawiającego nakłada wprost treść art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, tj. zamieszczenia na stronie prowadzonego postępowania (wcześniej na stronie internetowej) kwoty jaką zamawiający zamierza wydatkować na realizację zamówienia. Kwestia ta zarówno w kontekście ujawnionych naruszeń jak i prawidłowego postępowania zamawiającego dostrzegana jest w postępowaniach wyjaśniających i kontrolnych prowadzonych przez Prezesa Urzędu.

Dla przykładu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej³⁷ wskazano, iż zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego dokument pn. „Informacja z otwarcia ofert” z dnia 25 września 2018 r., wraz z załącznikiem pn. „Zbiorcze zestawienie ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na serwisowanie w latach 2018-2020 lotniczych aparatów ucieczkowych (LAU) typu SEA LV2”, którego kopia została także dołączona do przekazanej do Urzędu dokumentacji postępowania, nie zawiera informacji dotyczących kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta nie została wskazana także w żadnym innym dokumencie zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego poczynszy od dnia otwarcia ofert.

W kontrolowanym postępowaniu w świetle ustaleń stanu faktycznego, potwierdzonych przez wyjaśnienia Zamawiającego stwierdzono, iż Zamawiający uchybił obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 86 ust. 5 ustawy Pzp2004, poprzez niezamieszczenie informacji dotyczących kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na swojej stronie internetowej niezwłocznie po otwarciu ofert. Jednocześnie

³⁵ Przywołane Informacja o wyniku kontroli oraz Uchwała KIO zostały wydane pod rządami ustawy Pzp2004 i obowiązującego wówczas art. 86 ust. 3 oraz art. 86 ust. 5 pkt 1, które z uwagi na aktualnie obowiązujące regulacje art. 222 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie straciły swojej aktualności.

³⁶ Zob. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO/KD 75/19.

³⁷ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 15 października 2019 r., znak: KND/47/19/DKZP.

w Informacji o wyniku kontroli doraźnej podkreślono, iż „nie może zostać uznane za substytut realizacji powyższego obowiązku określenie maksymalnej wartości usług objętych umową w załączniku do SIWZ, gdyż sformułowanie to nie musi być tożsame z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w rozumieniu art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, jak również ze względu na fakt, iż literalna wykładnia przedmiotowego przepisu ustawy Pzp nakazuje zamieszczenie określonych w nim informacji niezwłocznie po otwarciu ofert, niezależnie od informacji zawartych w dokumentach publikowanych na stronie zamawiającego przed tym terminem”.

W kontrolowanym postępowaniu Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezamieszczenie na stronie internetowej informacji dotyczących kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy zostało podtrzymane przez Krajową Izbę Odwoławczą, która wskazała, iż *Kontrolujący stwierdził naruszenie polegające na niepodaniu kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia zgodnie z art. 86 ust. 5 pkt 1 p.z.p. i trafnie wskazano, że obowiązkowi tego nie może zastąpić wskazanie maksymalnej wartości usługi we wzorze umowy. Jak podnosi sam zamawiający kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, podana na kanwie art. 86 ust. 5 pkt 1 p.z.p. jest związana z normą art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zatem trudno nadać charakter wiążący wartości maksymalnej z wzoru umowy, czy traktować ją jako substytut kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Natomiast zastrzeżenia zamawiającego, dotyczące funkcji kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, oparte są na błędnym przekonaniu, że ocenie podlegają okoliczności bezpośrednio związane z wysokością tej kwoty, a nie sam fakt jej niepodania we właściwej formie po otwarciu ofert. W konsekwencji powyższego w ocenie Izby zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego nie mogą stanowić o braku naruszenia art. 86 ust. 5 pkt 1 p.z.p., zatem nie zostały one przez skład orzekający uwzględnione³⁸.*

W kontekście stwierdzonego w przedstawionej powyżej Informacji o wyniku kontroli doraźnej uchybienia wyjaśnienia wymaga, iż zachowuje ona swą aktualność, co do samego obowiązku ujawnienia kwoty na sfinansowanie zamówienia, bowiem co należy podkreślić obecnie obowiązujący art. 222 ust. 4 ustawy Pzp przybrał inne brzmienie niż obowiązujący w czasie prowadzonej kontroli doraźnej art. 86 ust. 5 ustawy Pzp2004. Znamienny jest bowiem moment zamieszczenia na stronie internetowej kwoty na wydatkowanie zamówienia, tj. uprzednio „niezwłocznie po otwarciu ofert”, a obecnie „najpóźniej przed otwarciem ofert”.

W kontrolowanych postępowaniach dostrzegane są także uchybienia zamawiających polegające na zaniechaniu zawarcia w protokołach postępowania kwoty przeznaczonej na wydatkowanie zamówienia.

³⁸ Zob. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO/KD 69/19.

Dla przykładu, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej³⁹ wskazano, iż w sekcji 7 protokołu postępowania („Otwarcie ofert”) nie zamieszczono informacji na temat kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jak również rzeczywistego terminu otwarcia ofert. Prezes Urzędu stwierdził, iż zamawiający nie prowadząc protokołu postępowania w sposób rzetelny, uchybił treści art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Na uwagę zasługują również przykłady prawidłowego zachowania zamawiającego.

W sprawie zainicjowanej wnioskiem o kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie świadczeń polegających na prowadzeniu placówki, zapewniającej całodobową opiekę osobom w stanie nietrzeźwości, przebywającym na terenie miasta Koszalina”⁴⁰, podniesiony został zarzut udostępnienia przez zamawiającego kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jeszcze przed upływem terminu składania ofert.

W udzielonej wnioskodawcy odpowiedzi w odniesieniu do powyższego zarzutu wyjaśniono, iż zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, najpóźniej przed otwarciem ofert. W cytowanym wyżej przepisie wskazany został termin końcowy, przed upływem którego zamawiający zobowiązany jest udostępnić informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. termin otwarcia ofert. Jednocześnie ustawa Pzp nie określa terminu początkowego ani zdarzenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po którym zamawiający ma obowiązek udostępnić taką informację. W badanej sprawie Zamawiający przed upływem terminu składania ofert udostępnił na stronie internetowej postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym, zamawiający uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp.

W innej sprawie również zainicjowanej wnioskiem o kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej oświetlenia drogowego na terenie gminy G(...) wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę lub zgłoszenia budowy” podniesiony został zarzut udostępnienia przez zamawiającego informacji o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, jeszcze przed upływem terminu składania ofert.

Z ustaleń Urzędu Zamówień Publicznych wynikało, iż termin składania upływał w dniu 11 marca 2021 r. o godzinie 10:00, natomiast termin otwarcia ofert został wyznaczony tego samego dnia na godzinę 10:30. Z kolei w dniu 11 marca 2021 r o godzinie 8:19, a więc przed otwarciem ofert, zamawiający udostępnił

³⁹ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 17 sierpnia 2018 r., znak: KND/12/18/DKZP.

⁴⁰ Znak sprawy: WK/361/21/DKZP.

na stronie internetowej postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym, zamawiający uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp⁴¹.

W kontekście uprawnienia zamawiającego do zwiększenia kwoty jaką przeznaczono na sfinansowanie zamówienia jako przykład można wskazać sprawę zainicjowaną wnioskiem o kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa sprzętu stanowiącego wyposażenie pracowni warsztatu samochodowego w ramach projektu „Opolskie szkolnictwo zawodowe dla rynku pracy” realizowanego przez Regionalny Zespół Placówek Wsparcia Edukacji w Opolu.

We wniosku o kontrolę wnioskodawca podniósł, że oferta firmy „M” (479 870,00 zł brutto) znacząco przekracza budżet zamawiającego (390 000,00 zł brutto). Na podstawie analizy sprawy ustalono, iż stosownie do treści protokołu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć 390 000,00 zł. W wyjaśnieniach złożonych w toku postępowania wyjaśniającego zamawiający wyjaśnił, że: *prowadząc projekt o budżecie 42,25 mln złotych doposaża szkoły w całym województwie opolskim kupując najrozmaitszy sprzęt do wspomagania nauczania w szkołach zawodowych i technicach. Projekt trwa 4 lata (2018-2022) i zakupiony sprzęt to wiele postępowań przetargowych. A sprzęt to tylko jedno z wielu zadań. W wyniku niektórych postępowań powstają oszczędności, które Zamawiający ma prawo przeznaczyć na inne działania projektowe. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku przedmiotowego postępowania.*

Prezes Urzędu stwierdził, iż *kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie musi być tożsama z kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W toku postępowania może okazać się bowiem, że zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert. W konsekwencji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowania zamówienia, zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert i udzielić zamówienia. Wówczas kwota jaką zamawiający przeznaczona na udzielenie zamówienia będzie przekraczała kwotę określoną w art. 222 ust. 4 ustawy Pzp. W takim przypadku zamawiający jest obowiązany przestrzegać obowiązujących w tym zakresie przepisów oraz wewnętrznych procedur. W przypadku, gdy zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych ma możliwość zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak by była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, dokonuje takiej czynności w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, o ile uzna to za uzasadnione i celowe, udzielając następnie zamówienia wykonawcy.*

⁴¹ Znak: WK/171/21/DKZP.

Na gruncie przedmiotowej sprawy, Prezes Urzędu uznał, że podnoszony zarzut w zakresie ww. kwestii nie zasługuje na uwzględnienie⁴².

KONTROLA KROK PO KROKU

Sprawdź, czy:

- najpóźniej przed otwarciem ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania udostępniono informację o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia określona została jako wartość brutto,
- kwota ta została ujawniona w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- spełnione zostały przesłanki unieważnienia postępowania, jeżeli zamawiający dokonał tej czynności w postępowaniu (art. 255 pkt 3, art. 257, art. 310, art. 355 ust. 3 ustawy Pzp).

2. Ustalanie wartości zamówień udzielanych w częściach.

2.1. Zasady ogólne.

Zasadniczą regulację w odniesieniu do kwestii ustalania wartości zamówień udzielanych w częściach stanowi art. 30 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego:

1. Jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.
2. W przypadku gdy zamawiający planuje nabycie podobnych dostaw, wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw, nawet jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych.
3. Przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych.
4. W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług

⁴² Znak: KND/94/21/DKZP.

oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

Tym samym w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż w art. 30 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca statuuje generalną zasadę sumowania wartości części zamówienia dla wszystkich rodzajów zamówienia, tj. robót budowlanych, usług oraz dostaw, przy czym dotyczy to zarówno sytuacji, w której zamawiający prowadzi odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia obejmujące część zamówienia, jak również sytuacji, w której zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania. Wynika z tego, iż techniczne rozdzielanie przez zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia nie przesądza automatycznie o odrębności poszczególnych zamówień z perspektywy zasad ustalania wartości zamówienia. Konstrukcja ta jest komplementarna z wyrażonym w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp generalnym zakazem dzielenia zamówienia na odrębne zamówienia, który nie wyłącza jednakże możliwości prowadzenia oddzielnych postępowań w ramach zamówienia stanowiącego całość, pod warunkiem potraktowania przedmiotu poszczególnych zamówień jako części jednego zamówienia podlegających sumowaniu ich wartości. Jak podkreślono w opinii UZP, *zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy PZP właściwych dla łącznej wartości zamówienia*⁴³.

PRAKTYKA KONTROLI

W piśmie z dnia 29 grudnia 2017 r., znak: WK/154/17/DKZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż w przypadku zlecenia wykonywania zadań o charakterze użyteczności publicznej, podlegających przepisom ustawy o gospodarce komunalnej, brak jest konieczności łącznego ustalania ich wartości z wartością zamówień udzielanych na podstawie ustawy Pzp.

2.2. Koncepcja trzech tożsamości.

W ramach przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, najistotniejsze wątpliwości pojawiają się zazwyczaj w odniesieniu do klasyfikacji poszczególnych robót budowlanych, dostaw lub usług jako bądź to odrębne zamówienia niepodlegające sumowaniu, bądź części jednego zamówienia, z czym wiąże się

⁴³ Opinia UZP pt. Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej.

obowiązek ustalenia ich łącznej wartości. Celem ujednoczenia wykładni przepisów ustawy Pzp w ujęciu praktycznym, zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie prawa zamówień publicznych wypracowano koncepcję tzw. trzech tożsamości, której celem jest określenie zasad pozwalających na ustalenie, w jaki sposób zamawiający powinien potraktować określone roboty budowlane, dostawy lub usługi w konkretnym przypadku. Tym samym, gdy możliwe jest stwierdzenie, że pomiędzy określonymi robotami budowlanymi, dostawami lub usługami zachodzą łącznie trzy tożsamości: przedmiotowa, podmiotowa oraz czasowa, warunkuje to obowiązek potraktowania ich jako części jednego zamówienia i uznania za wartość zamówienia łącznej wartości poszczególnych części.

a) Tożsamość przedmiotowa.

Istotą tożsamości przedmiotowej jest przynależność robót budowlanych, dostaw lub usług do tego samego rodzaju oraz posiadania przez nie tego samego przeznaczenia⁴⁴. W tym względzie należy podkreślić, iż definiowanie tego pojęcia za pomocą przesłanki odnoszącej się do tożsamości rodzaju zamówienia nie wyłącza możliwości uznania za jedno zamówienie zamówienia obejmującego równocześnie roboty budowlane, dostawy lub usługi, co wynika z treści art. 27 ustawy Pzp, kwestia określania tożsamości przedmiotowej znajduje bowiem zastosowanie tylko do sytuacji, w których istnieje wątpliwość co do obowiązku łącznego szacowania wartości dla zamówień podzielonych na części.

Co do zasady, o istnieniu tożsamości przedmiotowej decyduje nie tylko jednorodność przedmiotowa, ale również sytuacja, w której mimo jej braku, możliwe jest stwierdzenie, że zamówienia tworzą funkcjonalną całość. Podkreślić należy, że w odniesieniu do rodzajów zamówienia, o których mowa w art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, tj. robót budowlanych i usług, jednorodność ta powinna być rozumiana ściśle, jako spełnianie przez części zamówienia tych samych lub bardzo zbliżonych funkcji technicznych lub gospodarczych. Jednocześnie w treści art. 30 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca przesądził, iż w odniesieniu do dostaw, tożsamość przedmiotowa powinna być rozumiana szerzej aniżeli w odniesieniu do robót budowlanych i usług, obejmując nie tylko takie same dostawy, ale także dostawy podobne. Jak wskazuje motyw 19 dyrektywy klasycznej, *pojęcie podobnych dostaw należy rozumieć jako produkty o identycznym lub podobnym przeznaczeniu – jak np. dostawy różnych rodzajów żywności lub różnych mebli biurowych. Zazwyczaj wykonawca działający w danym sektorze byłby zainteresowany dostawą takich artykułów jako części swojego normalnego asortymentu.* Należy uznać, że podobieństwo dostaw musi być tym samym rozumiane w sposób zobiektywizowany, jako podobieństwo przeznaczenia produktów z uwagi na ich naturę i typowe zastosowanie, niezależnie od specyficznego zastosowania przewidzianego przez zamawiającego. Jak podkreślono w treści dyrektywy klasycznej, podobieństwo przeznaczenia zachodzi m.in. względem różnych rodzajów żywności czy różnych mebli biurowych przy czym uznać należy, że stwierdzenie to nie ma charakteru absolutnego z uwagi na fakt, iż ustawodawca unijny zastosował odniesienie do aspektu podmiotowego, wiążąc wskazaną konstatację z przyjętym założeniem o dostawie tego rodzaju artykułów

⁴⁴ m.in. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO/KD 2/21.

jako części normalnego asortymentu jednego wykonawcy, co oznacza, iż w perspektywie konkretnego stanu faktycznego możliwe jest uznanie, iż zamówienia obejmujące dostawy tego rodzaju nie podlegają łącznemu określaniu wartości⁴⁵. W aspekcie praktycznym, pomocne w ustaleniu charakteru zamówień może być również przyporządkowanie poszczególnych zadań do odpowiadających im kodów CPV, jakkolwiek należy zaznaczyć, iż zbieżność lub rozbieżność tych kodów co do zasady sama w sobie nie może w sposób samodzielny i absolutny przesądzać o prawidłowości kwalifikacji poszczególnych zamówień pod względem istnienia tożsamości przedmiotowej.

PRAKTYKA KONTROLI

W ramach czynności kontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, istnienie tożsamości przedmiotowej stwierdzano m.in. w odniesieniu do:

- zamówień dotyczących doradztwa prawnego przy realizacji tej samej inwestycji z uwagi na zbieżność zakresu prac na podstawie każdej z zawartych umów (pismo UZP z dnia 10 grudnia 2021 r., znak: KND/111/21/DKZP);
- zamówień dotyczących robót budowlanych, których realizacja była planowana na tym samym obiekcie budowlanym (pismo UZP z dnia 17 lipca 2018 r., znak: WK/271/18/DKZP);
- zamówień w przedmiocie organizacji koncertów plenerowych niezależnie od faktu wyodrębnienia w ramach oddzielnych postępowań organizacji części artystycznej oraz części technicznej (pismo UZP z dnia 16 listopada 2021 r., znak: KND/82/21/DKZP).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał natomiast, iż brak jest tożsamości przedmiotowej w odniesieniu do dwóch niezależnych od siebie obiektów budowlanych, które w żaden sposób nie tworzą jednej całości, zarówno w znaczeniu gospodarczym jak i technicznym (pismo UZP z dnia 10 stycznia 2019 r., znak: WK/516/18/DKZP).

b) Tożsamość podmiotowa.

Tożsamość podmiotowa oznacza możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Tym samym o jej istnieniu względem określonych robót budowlanych, dostaw lub usług podlegających weryfikacji w zakresie stanowienia części jednego zamówienia będzie świadczyć funkcjonowanie na rynku co najmniej jednego wykonawcy, który mógłby zrealizować dane zadania. Podkreślić przy tym należy, iż nie oznacza to wyłączenia możliwości zlecenia przez danego wykonawcę podwykonawstwa, istotą stwierdzenia istnienia

⁴⁵ Opinia UZP pt. Zasady szacowania wartości zamówienia na zakup produktów spożywczych.

tożsamości podmiotowej jest bowiem możliwość przyjęcia założenia, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia obejmującego określone części, zamawiający mógłby otrzymać ofertę w odniesieniu do każdej z części od jednego wykonawcy. Jednocześnie ocena ta następuje w kategoriach zobiektywizowanych, a jednocześnie abstrakcyjnych, co oznacza, iż weryfikacji w istocie podlega kwestia funkcjonowania na rynku wykonawcy realizującego określone roboty budowlane, dostawy lub usługi na warunkach przewidywanych przez zamawiającego aniżeli fakt, czy ten konkretnie wykonawca rzeczywiście wyraziłby wolę uczestnictwa w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu.

PRAKTYKA KONTROLI

W piśmie z dnia 21 lutego 2019 r., znak: WK/5-10/19/DKZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził brak tożsamości podmiotowej m.in. w odniesieniu do zamówień na dostawę sprzętu medycznego o odmiennym przeznaczeniu, co miało wpływ na odmienny krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 maja 2021 r., znak: KND/1/21/DKZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził istnienie tożsamości podmiotowej względem zamówień na dostawę przedmiotów wyposażenia mundurowego, z uwagi na fakt, iż zamawiający udzielił przedmiotowych zamówień jednemu wykonawcy. Zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2021 r., sygn. akt KIO/KD 9/21).

c) Tożsamość czasowa.

Poprzez tożsamość czasową należy rozumieć możliwość udzielenia lub realizacji zamówienia w tym samym czasie. Tym samym punkt odniesienia dla ustalenia istnienia tożsamości czasowej zamówień stanowi określona perspektywa czasowa, w ramach której wystąpi obiektywna możliwość zaplanowania zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług przewidzianych do realizacji w ramach udzielanego zamówienia publicznego. Oznacza to tym samym, iż o tożsamości czasowej zamówień z perspektywy obowiązku łącznego ustalenia wartości zamówienia można mówić w odniesieniu nie tylko do zamówień, które zamawiający faktycznie planował, lecz także do zamówień, które zamawiający powinien zaplanować. Jedynie bowiem w przypadku, w którym potrzeba udzielenia zamówienia ujawni się po udzieleniu innego zamówienia związanego z danym zamówieniem w zakresie tożsamości przedmiotowej i podmiotowej, możliwe jest stwierdzenie braku tożsamości czasowej pomiędzy nimi. Należy zaznaczyć, iż celowy podział zamówienia na odrębne zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp z naruszeniem zasad określonych w art. 29 ustawy Pzp może mieć miejsce wtedy, gdy zamawiający ma możliwość

przewidzenia kilku zamówień częściowych w dacie wszczęcia pierwszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym rezygnuje on z ustalania wartości tych zamówień łącznie.

Ustawa Pzp nie określa wprost zasad ustalania długości przedziału czasowego w ramach którego można stwierdzić istnienie tożsamości czasowej między zamówieniami, zasadniczo jednak przyjęć należy, iż wyznaczana jest ona przez reguły planowania udzielanych zamówień obowiązujące danego zamawiającego. W znacznej części przypadków perspektywa ta będzie zbieżna z okresem, na jaki dany zamawiający ustala swój budżet/plan finansowy, jak wskazuje bowiem art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, wskazane w przepisie grupy zamawiających nie później niż w terminie 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego przez uprawniony organ, sporządzają plan postępowań o udzielenie zamówień, jakie przewidują przeprowadzić w danym roku finansowym.

Szczególna sytuacja dotyczy jednakże zamówień współfinansowanych ze środków unijnych z uwagi na fakt objęcia ich jednym projektem. Jak podkreślono w opinii UZP, *przy szacowaniu wartości zamówień udzielanych w ramach przedmiotowego projektu współfinansowanego ze środków UE, konieczne jest wyodrębnienie tych zamówień, których zakres może być oszacowany z góry na cały okres realizacji projektu, i które mogą być udzielone jednorazowo w ramach jednego postępowania. W odniesieniu do tych zamówień ich szacunkowa wartość winna być ustalona z uwzględnieniem wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych przewidywanych do wykonania w całym okresie realizacji programu*⁴⁶. Tym samym możliwość ustalenia wartości robót budowlanych, dostaw i usług przewidzianych do wykonania w ramach danego projektu „z góry”, przesądza o istnieniu tożsamości czasowej pomiędzy nimi, niezależnie od faktu udzielania tych zamówień w następujących po sobie latach (okresach budżetowych).

Podkreślenia wymaga, że ustalenie istniejącego na dany moment po stronie zamawiającego zapotrzebowania i możliwość określenia przed wszczęciem pierwszego postępowania o udzielenie zamówienia z grupy zamówień obejmujących to zapotrzebowanie stanowią determinanty obowiązku łączenia wartości zamówień w odniesieniu do ich wartości, rozmiaru i zakresu przewidzianych do udzielenia robót budowlanych, dostaw lub usług. Zamawiający zobligowany jest uwzględnić w ramach jednego postępowania lub kilku procedur, biorąc pod uwagę treść dyspozycji art. 30 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, wszystkie jednorodne roboty budowlane/usługi czy też podobne dostawy, których konieczność realizacji jest mu znana na etapie pierwszego postępowania. Zamawiający przystępując zatem do ustalenia wartości zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę robót budowlanych, usług czy dostaw, które zamierza nabyć i określić ich łączną wartość, niezależnie od tego, czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. Należy zauważyć, iż w praktyce zamawiający udzielający zamówienia w częściach, z których każda stanowi

[Więcej na temat terminów ustalania wartości zamówienia w Rozdziale 7.](#)

⁴⁶ Opinia UZP pt. Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej.

przedmiot odrębnego postępowania, ma ograniczone możliwości ustalenia zakresu zamówienia dla części zamówienia udzielanych w okresie późniejszym, aniżeli część będąca przedmiotem pierwszego postępowania. Wynika to z faktu, iż biorąc pod uwagę treść art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, który determinuje wykładnię pojęcia tożsamości czasowej dla zamówień udzielanych w częściach, zamawiający jest zobligowany do przeprowadzenia czynności ustalenia wartości zamówienia przed wszczęciem pierwszego postępowania, co oznacza, iż dla zagwarantowania rzetelności dokonanego ustalenia, niezbędne jest szczegółowe sprecyzowanie zakresu zamówienia w taki sposób, aby niezależnie od przyjętej przez zamawiającego techniki ustalania wartości zamówienia, uzyskany wynik miał charakter miarodajny. Nie w każdym jednakże przypadku oznaczać to będzie konieczność dysponowania na etapie ustalania wartości zamówienia dokładnie tym samym zakresem dokumentacji, jaki stanowi podstawę dla sporządzenia formalnego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego element specyfikacji warunków zamówienia w konkretnym postępowaniu. Jak wskazała KIO w odniesieniu do kwestii łączenia zamówień, których przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, *PFU stanowi podstawę do oszacowania wartości konkretnego zamówienia publicznego i opisu przedmiotu tego zamówienia, nie jest to dokument niezbędny dla określenia planowanych kosztów tożsamych prac, które Zamawiający zamierza zlecić w krótkiej perspektywie czasowej. [...] Sam brak PFU na kolejne planowane zamówienia na budowę ścieżek rowerowych w momencie dokonywania oszacowania wartości konkretnego zamówienia publicznego nie stanowił przy tym żadnej przeszkody w prawidłowym oszacowaniu zamówienia, bowiem Zamawiający znał skalę i zakres całego przedsięwzięcia już w momencie wszczęcia pierwszego zamówienia na budowę ścieżek rowerowych*⁴⁷.

ZAPAMIĘTAJ

W szczególności wyłączona będzie możliwość powołania się przez zamawiającego na brak tożsamości czasowej pomiędzy zamówieniami dla przyjęcia braku obowiązku łącznego ustalania ich wartości, gdy zamawiający bez uzasadnienia obiektywnymi przyczynami rezygnuje z określenia zakresu zamówienia dla zamówień już planowanych oraz spełniających kryterium tożsamości przedmiotowej i podmiotowej na etapie przed wszczęciem pierwszego postępowania obejmującego zamówienie z danej grupy, co stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

⁴⁷ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 53/19.

2.3. Wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy w związku z zamówieniem na roboty budowlane.

W art. 30 ust. 3 ustawy Pzp, ustawodawca przewidział szczególną regulację, z której wynika obowiązek

Więcej na temat ustalania wartości zamówienia mającego za przedmiot roboty budowlane w rozdziale 3.

uwzględnienia wartości dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane, o ile dostawy lub usługi są niezbędne do wykonania tych robót budowlanych. Oznacza to tym samym wyłączenie stosowania ogólnych zasad

dotyczących istnienia trzech tożsamości pomiędzy zamówieniami zróżnicowanymi rodzajowo w sposób określony w przepisie i łączenie ich pod względem ustalenia wartości ex lege z uwagi na istniejący pomiędzy nimi związek funkcjonalny, co w założeniu wyłącza możliwość obniżenia wartości zamówienia na roboty budowlane poprzez nabywanie określonych dostaw i usług przez samego zamawiającego. Jako „dostawy

PRAKTYKA KONTROLI

W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 grudnia 2020 r., znak: KND/47/20/DKZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził istnienie tożsamości czasowej pomiędzy zadaniami stanowiącymi część zamówienia podzielonego przez zamawiającego na etapy, stanowiące przedmiot odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt posiadania przez zamawiającego w momencie wszczęcia pierwszego z postępowań świadomości zakresu całej inwestycji wynikającej z dysponowania koncepcją opracowaną przez pracownię projektową. Zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO/KD 2/21).

W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 grudnia 2021 r., znak: KND/29/21/DKZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził istnienie tożsamości czasowej pomiędzy zamówieniami w przedmiocie realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu gminy udzielanymi na krótkie, kilkumiesięczne okresy na przestrzeni 12 miesięcy, kwestionując praktykę zamawiającego odrębnego szacowania wartości tych zamówień w perspektywie miesięcznej, dwu- lub trzymiesięcznej, z uwzględnieniem faktu posiadania przez zamawiającego od początku wiedzy, że przedmiotowa usługa będzie świadczona w okresie dłuższym. Zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2022 r., sygn. akt KIO/KD 6/22).

i usługi oddane przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy” w rozumieniu danego przepisu należy rozumieć przede wszystkim dodatkowe dostawy i usługi towarzyszące robotom budowlanym i konieczne do ich realizacji, nabywane w ramach odrębnego zamówienia. Dostawy i usługi, o których mowa

w tym przepisie stanowią zatem wartość dodaną dla wykonawcy, która może w szczególności zmniejszyć zakres jego świadczenia. W konsekwencji, aby w odniesieniu do określonego zamówienia realizował się obowiązek, o którym mowa w danym przepisie, usługi lub dostawy muszą stanowić element zamówienia. Innymi słowy, gdyby zamawiający nie przekazał tych usług lub dostaw wykonawcy, to stanowiłyby one element jego świadczenia⁴⁸. Tym samym do dostaw lub usług wzmiankowanych w art. 30 ust. 3 ustawy Pzp zaliczyć można będzie przykładowo zakup materiałów budowlanych czy usług utylizacji lub składowania odpadów. Z kolei co do zasady dyspozycją przedmiotowej regulacji nie będzie objęta wartość dokumentacji dotyczącej robót budowlanych (np. dokumentacji projektowej), na podstawie której będą wykonywane roboty, przy założeniu, że stanowi ona element opisu przedmiotu zamówienia⁴⁹. Od tego odróżnić natomiast należy sytuację, w której przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 oraz z 2022 r. poz. 88), dalej: „ustawa Prawo budowlane”, gdzie usługą projektową wchodzi w zakres przedmiotu danego zamówienia i tym samym składa się na łączną wartość zamówienia (art. 103 ust. 2 ustawy Pzp).

2.4. Stosowanie przepisów właściwych dla wartości danej części zamówienia.

Art. 30 ust. 4 ustawy Pzp dopuszcza możliwość wyodrębnienia przez zamawiającego części zamówienia, do której udzielenia stosować on będzie przepisy ustawy Pzp właściwe dla wartości tej części zamówienia. Istotą przedmiotowej regulacji jest tym samym uprawnienie zamawiającego do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia obejmującego część zamówienia spełniającą wskazane w treści przepisu kryteria z zastosowaniem co do zasady łagodniejszego reżimu prawnego oraz elastyczniejszych procedur w stosunku do przepisów regulujących zasady prowadzenia postępowania, jakie zamawiający byłby zobowiązany stosować z uwagi na łączną wartość zamówienia. Podkreślenia jednak wymaga fakt, iż odrębność ta ma charakter techniczny w kontekście możliwości punktowej zmiany stosowanego reżimu prawnego udzielenia zamówienia, co oznacza, iż określone roboty budowlane, dostawy lub usługi nie przestają stanowić części zamówienia w aspekcie formalnoprawnym, a tym samym ich wartość nadal składa się na łączną wartość zamówienia. Korzystając z dyspozycji art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest przestrzegać ogólnych zasad dotyczących ustalania wartości zamówienia, wyrażonych m.in. w art. 29 ustawy Pzp, w szczególności nie jest dopuszczalne odstępstwo od reguły łącznego ustalania wartości wszystkich części zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Zastosowanie uprawnienia przewidzianego w treści art. 30 ust. 4 ustawy Pzp zostało przez ustawodawcę uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek:

- 1) wartość danej części jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych;
- 2) łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

⁴⁸ Informacja o wyniku kontroli doraźnej Prezesa UZP z dnia 25 października 2019 r., znak: KND/51/19/DKZP.

⁴⁹ red. Nowak H., Winiarz M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa 2021, komentarz do art. 30, s. 201.

Zauważyć należy, iż konstrukcja normatywna drugiej ze wskazanych przesłanek potwierdza dopuszczalność zastosowania przedmiotowego uprawnienia także względem więcej aniżeli jednej części zamówienia, pod warunkiem, że wartość każdej z części jest mniejsza aniżeli kwoty 80 000 euro dla dostaw/usług albo 1 000 000 euro dla robót budowlanych.

Podkreślenia wymaga także, iż sformułowanie „może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia” powinno być wykładane rozszerzająco w ten sposób, iż w przypadku, gdy wartość danej części jest mniejsza aniżeli próg stosowania przepisów ustawy Pzp określony w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w zakresie danej części bez stosowania przepisów ustawy Pzp.

Zasadne jest uznanie, iż zastosowanie uprawnienia, o którym mowa w art. 30 ust. 4 ustawy Pzp uzależnione jest od stwierdzenia istnienia pomiędzy poszczególnymi robotami budowlanymi, dostawami lub usługami związku potwierdzającego ich charakter jako części jednego zamówienia, tj. gdy możliwe jest zidentyfikowanie tożsamości przedmiotowej, podmiotowej i czasowej pomiędzy nimi. Tym samym zakwestionować należy możliwość arbitralnego uznawania przez zamawiającego, iż dane zamówienie stanowi część określonego, większego zamówienia, wyłącznie celem skorzystania z dobrodziejstwa regulacji art. 30 ust. 4 ustawy Pzp na przykład w sytuacji, gdy wartość danego zamówienia w rzeczywistości podlega sumowaniu z innymi zamówieniami. Jednocześnie z uwagi na fakultatywny charakter art. 30 ust. 4 ustawy Pzp przyjąć należy, iż zamawiający powinien podjąć decyzję o zastosowaniu bądź odstąpieniu od skorzystania z przysługującego mu uprawnienia przed wszczęciem postępowania, obejmującego daną część zamówienia.

2.5. Przebieg procesu ustalenia wartości zamówienia.

Ustawa Pzp nie przewiduje szczegółowych regulacji określających zasady przebiegu procesu ustalania wartości zamówienia w aspekcie proceduralnym, stąd też pojawiać mogą się na tym tle pewne wątpliwości, które powinny być rozstrzygane z uwzględnieniem ogólnych zasad przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, biorąc pod uwagę dorobek doktryny i orzecznictwa w danym zakresie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż jakkolwiek celem ustalenia wartości zamówienia może być ustalenie, czy do przeprowadzenia określonego postępowania o udzielenie zamówienia należy stosować przepisy ustawy Pzp, o tyle uznać należy, iż podmiot będący zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp zobowiązany jest do ustalenia tej wartości zgodnie z regulacjami tejże ustawy⁵⁰, w innym bowiem przypadku mogłoby to prowadzić do stosowania przez zamawiających arbitralnych zasad skutkujących wyłączeniem nadmiernego zakresu prowadzonych postępowań spod regulacji ustawy Pzp.

⁵⁰ m.in. Uchwała Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie z dnia 20 czerwca 2018 r., sygn. KI – 412/155/18.

W praktyce funkcjonują różnorodne techniki estymacji wynagrodzenia wykonawcy stanowiącego podstawę ustalenia wartości zamówienia, wśród których jedną z najpopularniejszych technik ustalania wartości zamówienia stanowi zwrócenie się przez zamawiającego do podmiotów profesjonalnie zajmujących się prowadzeniem określonej działalności z wnioskiem o wycenę zamówienia lub uzyskanie informacji poprzez analizę danych udostępnianych przez te podmioty publicznie (np. w cennikach czy katalogach). Powyższa technika zwana jest często „rozeznaniem rynku”, nieraz także „zapytaniem cenowym”. Podkreślić należy, iż nie jest ona tożsama z „zapytaniem o cenę”, które stanowiło odrębny tryb udzielenia zamówienia w ustawie Pzp2004 (brak analogicznej regulacji w treści ustawy Pzp), co oznacza, iż nie znajduje uzasadnienia powoływanie się na zasady prowadzenia postępowania w trybie zapytania o cenę dla realizacji procedury ustalania wartości zamówienia. Wskazać należy także, iż jakkolwiek pojęcie „rozeznania rynku” pojawia się jako nazwa procedury odnoszącej się do ustalania wartości zamówienia w *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020* wydanych przez Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej (m.in. w sekcji 6.5.1), o tyle określone w powyższym dokumencie zasady nie mają ipso iure wiążącego charakteru dla procesu ustalania wartości zamówienia udzielanego w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy Pzp, choć mogą posiadać pewne znaczenie pomocnicze, w szczególności w zakresie wyznaczania akceptowalnej praktyki postępowania.

Ustawodawca w ramach ustawy Pzp nie wyznacza w szczególności do ilu podmiotów zamawiający powinien zwrócić się celem uzyskania informacji dotyczących szacunkowego wynagrodzenia, co należy interpretować jako pozostawienie tej kwestii do uznania zamawiającego z uwzględnieniem zasad przygotowania postępowania określonych w art. 16 ustawy Pzp. W orzecznictwie KIO zwrócono uwagę m.in. na dopuszczalność oparcia się przez zamawiających przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia w szczególności zarówno na najniższej, najwyższej, średniej wycenie, jak i na wycenie średniej po odrzuceniu wartości skrajnych⁵¹. Jakkolwiek ustawodawca nie zakazuje wprost oparcia szacunku wynagrodzenia wykonawcy na informacji pochodzącej wyłącznie od jednego podmiotu, o tyle należy mieć na uwadze, iż w przypadku zamówień dotyczących branż o wysokim stopniu konkurencyjności, z udziałem dużej liczby podmiotów funkcjonujących na danym rynku, zwrócenie się wyłącznie do jednego podmiotu może zostać potraktowane jako świadczące o niezachowaniu należytej staranności.

⁵¹ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1237/08.

PRAKTYKA KONTROLI

W piśmie z dnia 26 stycznia 2018 r., znak: WK/210/17/DKZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dopuścił możliwość ustalenia wartości zamówienia na pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego na podstawie badań - rozmów na lokalnym rynku względem osób zajmujących się typem usług obejmujących zakres zadań kierownika zespołu (inspektora nadzoru).

Podkreślić należy, iż ustawa Pzp nie wyłącza co do zasady możliwości złożenia oferty w postępowaniu przez wykonawcę, który przekazał zamawiającemu informacje stanowiące podstawę do ustalenia wartości zamówienia w ramach rozeznania rynku. Zgodnie bowiem z treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Jednocześnie w każdym przypadku niezbędna będzie ocena, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania (w tym w zakresie oszacowania kosztów zamówienia) daje danemu wykonawcy przewagę nad innymi wykonawcami oraz czy możliwe jest stwierdzenie zaistnienia w ten sposób zakłócenia konkurencji.

W zakresie procedury rozeznania rynku należy ponadto stwierdzić, iż nawet w przypadku jej zastosowania, nie ma ona charakteru bezwzględnie wiążącego dla zamawiającego, bowiem kalkulacje podmiotów trzecich mają charakter informacyjny i mogą służyć jedynie rozpoznaniu cen na rynku w zakresie przedmiotu zamówienia, zaś jedynie w oparciu o nie zamawiający we własnym zakresie dokonuje czynności oszacowania wartości przedmiotu zamówienia⁵².

Oprócz rozeznania rynku poprzez uzyskanie informacji pochodzących od podmiotów profesjonalnie zajmujących się prowadzeniem określonej działalności, dopuszczalne jest również ustalenie wartości zamówienia na podstawie informacji powziętych przez zamawiającego od innych zamawiających, jak również ustalenie tej wartości samodzielnie przez zamawiającego, korzystając z własnych zasobów i wiedzy. Należy podkreślić, iż w każdym przypadku na zamawiającym ciąży obowiązek działania z należytą starannością.

⁵² Opinia UZP pt. Dopuszczalność zwracania się do wykonawców o przedstawienie cen zamawianych usług jako podstawa sposobu szacowania wartości zamówienia.

2.6. Dokumentowanie przebiegu procesu ustalenia wartości zamówienia.

Z uwagi na brak szczegółowych uregulowań ustawy Pzp względem zasad dokumentowania przebiegu procesu ustalenia wartości zamówienia, zamawiający powinien kierować się przede wszystkim ogólną zasadą pisemności postępowania wyrażoną w art. 20 ust. 1 ustawy Pzp. Jakkolwiek przedmiotowy przepis odnosi się *expressis verbis* do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zasadna jest interpretacja, iż jego dyspozycja obejmuje także etap przygotowania postępowania w zakresie dokumentacji procesu ustalenia wartości zamówienia, biorąc pod uwagę w szczególności kluczowy charakter tej czynności dla przebiegu postępowania oraz wartość dowodową dokumentów sporządzonych pisemnie.

W praktyce funkcjonują różne sposoby dokumentowania procesu ustalenia wartości zamówienia, przy czym powszechną formę stanowi przygotowanie notatki służbowej zawierającej opis dokonanych czynności. W przypadku prowadzenia przez zamawiającego rozeznania rynku, niezbędne jest udokumentowanie korespondencji z podmiotami, które przekazywały zamawiającemu informacje, ewentualnych kopii dokumentów pobieranych ze stron internetowych lub uzyskiwanych w inny sposób, jak również obliczeń, które pozwoliły zamawiającemu na określenie szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy z uwzględnieniem przyjętej metodologii. Należy podkreślić, iż notatka służbowa powinna wskazywać w szczególności datę ustalenia wartości zamówienia, aby możliwa była ocena prawidłowości dokonanej przez zamawiającego czynności z perspektywy wymogów określonych w przepisie art. 36 ust. 1 ustawy Pzp. Analogicznie w przypadku dokonania zmiany wartości zamówienia zgodnie z treścią art. 36 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający powinien uwzględnić nową wartość zamówienia w notatce.

W odniesieniu do usług lub dostaw powtarzających się lub podlegających wznowieniu w określonym czasie, [Więcej na temat zasad ustalania wartości zamówienia zamówień na usługi lub dostawy w Rozdziale 4.](#) w zakresie, o którym mowa w art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w przypadku, gdy podstawą ustalenia wartości zamówienia jest rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia, zasadne jest uznanie, iż zamawiający powinien dysponować dokumentami potwierdzającymi wartość zamówień udzielanych w poprzednim okresie.

Należy także zauważyć, iż notatka służbowa zawierająca informacje o procesie ustalenia wartości zamówienia, zalicza się do kategorii dokumentów i informacji, o których mowa w art. 73 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że stanowi ona załącznik do protokołu postępowania.

3. Ustalanie wartości zamówienia mającego za przedmiot roboty budowlane.

3.1. Ogólne zasady szacowania.

Zasady szacowania wartości zamówienia na wykonanie robót budowlanych zostały ujęte w art. 34 ustawy Pzp oraz zróżnicowane pod względem zakresu przedmiotu zamówienia. Stosownie bowiem do art. 34 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, wartość zamówienia ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, natomiast w przypadku zaprojektowania i wykonania robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane – na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Wytyczne w zakresie sporządzania dokumentacji stanowiącej podstawę szacowania wartości zamówień na roboty budowlane zostały szczegółowo ujęte w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 2458), dalej: „rozporządzenie w sprawie kosztorysu inwestorskiego”.

Z uwagi na powyższe, badanie kwestii poprawności ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane rozpoczyna ustalenie czy w danym przypadku zamawiający był zobligowany do uzyskania kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, czy też dokonywał oszacowania tej wartości na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, oraz czy rzeczywiście ww. dokumentacja została wykonana. Przykładowo, w trakcie kontroli doraźnej postępowania mającego za przedmiot rekultywację składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne zamawiający ustalił wartość zamówienia w całości na podstawie „szacunków własnych”, nie podając żadnych podstaw prawnych, na podstawie których dokonał oszacowania wartości zamówienia, jak również nie wskazał żadnych planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym – który to dokument udostępnił wykonawcom w trakcie trwania postępowania jako część opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowiło podstawę do stwierdzenia w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 22 marca 2019 r., znak: KND/27/18/DKZP, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, a także przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. nr 130, poz. 1389) poprzez ustalenie wartości zamówienia na zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych w sposób nieodpowiadający przedmiotowi zamówienia, opisanemu w dokumentacji postępowania przekazanej wykonawcom, a tym samym niezgodny z przepisami ustawy

Pzp2004 i skutkujący zaniżeniem wartości zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 8 oraz art. 40 ust. 1 i 2 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów podstawowych wszczętym poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, stosownie do wartości zamówienia. Należy podkreślić, iż do ww. naruszeń doszło w wyniku ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia „na podstawie analizy rynku, w oparciu o zrealizowane inwestycje polegające na rekultywacji składowisk na zasadach zbliżonych do planowanych”, podczas gdy przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nakazywały – w przypadku zaprojektowania i wykonania robót budowlanych – dokonania oszacowania wartości zamówienia na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, w oparciu o wytyczne zawarte w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 (obecnie: art. 34 ust. 2 ustawy Pzp).

Kolejnym etapem badania poprawności zastosowania przez zamawiających przepisów ustawy Pzp w zakresie ustalenia szacunkowej wartości zamówienia na roboty budowlane jest porównanie kosztorysów inwestorskich lub planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z opisem przedmiotu zamówienia w celu ustalenia czy zakres przedmiotu zamówienia ujęty w dokumentacji przetargowej jest spójny z zakresem zamówienia, dla którego dokonano szacunku. W przypadku wystąpienia rozbieżności jesteśmy w stanie ustalić czy Zamawiający dokonał celowego zaniżenia wartości zamówienia bądź podziału zamówienia na odrębne postępowania, co może świadczyć o naruszeniu art. 29 oraz art. 30 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający są zobligowani do ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, z tym że w przypadku zamówień udzielanych w częściach powyższy termin odnosi się do wszczęcia pierwszego z postępowań. Zatem, analizując treść przekazanych wraz z dokumentacją postępowania kosztorysów inwestorskich bądź planowanych kosztów projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym należy jednocześnie sprawdzić czy dochowano ww. terminu. Ustalenie wartości zamówienia na roboty budowlane w terminie wcześniejszym niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, a na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy – stanowiło naruszenie art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004⁵³.

KONTROLA KROK PO KROKU

1. Ustalenie czy w danym postępowaniu wystąpił wymóg ustalenia wartości zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego lub planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym oraz czy taki dokument został sporządzony.
2. Sprawdzenie aktualności kosztorysu inwestorskiego/planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp.
3. Porównanie zakresu robót budowlanych ujętych w kosztorysie inwestorskiego/planowanych kosztach prac projektowych oraz planowanych kosztach robót budowlanych z zakresem opisu przedmiotu zamówienia – w wyniku stwierdzenia nieprawidłowości należy prowadzić postępowanie kontrolne pod kątem:
 - celowego zaniżenia wartości zamówienia w celu obejścia stosowania przepisów ustawy/stosowania reżimu dla postępowań o wartości nieprzekraczającej progów unijnych (brak ujęcia pełnego zakresu robót w dokumentacji dot. ustalenia wartości zamówienia),
 - podziału zamówienia w celu obejścia stosowania przepisów ustawy/stosowania reżimu dla postępowań o wartości nieprzekraczającej progów unijnych (pełen zakres robót ujętych w dokumentacji dot. ustalania wartości zamówienia został zawarty w opisach przedmiotu zamówienia sporządzonych dla kilku odrębnych postępowań, bez jednoczesnego łącznego szacowania wartości zamówień/prowadzenie odrębnych postępowań oszacowanych na podstawie kosztorysów inwestycyjnych sporządzonych dla każdej części inwestycji osobno, bez jednoczesnego oszacowania łącznego wartości zamówień składających się na jedno przedsięwzięcie – podczas gdy zamawiający przed wszczęciem pierwszego postępowania mógł ustalić pełen zakres i wartość wszystkich części zamówienia stanowiącego w rzeczywistości jeden obiekt budowlany),
4. W razie wątpliwości co do poprawności sporządzenia kosztorysów inwestorskich/planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z przepisami rozporządzenia w sprawie kosztorysu inwestorskiego należy rozważyć powołanie biegłego, gdyż ustalenie stanu faktycznego sprawy w takich przypadkach wymaga wiadomości specjalnych. W oparciu o sporządzoną przez biegłego ekspertyzę można postawić zarzut naruszenia art. 28 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością w związku z uchybieniami konkretnych przepisów ww. rozporządzenia.
5. W ostatnim etapie kontroli należy zbadać czy zamawiający prawidłowo podał wartość zamówienia w dokumentacji postępowania, np. w protokole postępowania, ogłoszeniu o wyniku postępowania – stwierdzenie uchybień w ww. zakresie pozwala na stwierdzenie naruszeń ustawy Pzp o charakterze formalnym.

⁵³ Zob.: Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 sierpnia 2020 r., znak: KU/99/20/DKZP, w której stwierdzono, że: *W niniejszym postępowaniu zamawiający dokonał oszacowania wartości zamówienia w dniu 30.05.2019 r. w oparciu o kosztorysy inwestorskie opracowane przez wykonawcę dokumentacji projektowej, natomiast wszczęcie postępowania nastąpiło, poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 04.12.2019 r. pod numerem 2019/S 234 – 574484. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić naruszenie przez zamawiającego art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustalenie wartości zamówienia w terminie wcześniejszym niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

3.2. Zamówienia na roboty budowlane udzielane w częściach, których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania.

Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, istnieje możliwość zaplanowania przez zamawiającego udzielenia zamówienia na roboty budowlane w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Jednocześnie, w takich przypadkach ustalenia wartości zamówienia dokonuje się poprzez zsumowanie wartości poszczególnych części zamówienia, z zachowaniem zasad określonych w art. 34 ust. 1 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają przesłanek zastosowania podziału, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, pozostawiając powyższą kwestię uznaniowości Zamawiającego, przy czym w praktyce dochodzi najczęściej do ww. podziału ze względów ekonomicznych, tj. z uwagi na brak możliwości pozyskania środków finansowych na wykonanie pełnego zakresu inwestycji w jednym postępowaniu.

W tym miejscu należy wskazać, iż zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami, przy czym przepisy ustawy Pzp nie zawierają wytycznych w zakresie ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym postępowaniem podzielonym na części, gdzie występuje wymóg łącznego szacowania tych części, czy też z kilkoma odrębnymi zamówieniami. Rozróżnienie tej kwestii odbywa się przy zastosowaniu zasady trzech tożsamości, tj. poprzez zbadanie czy pomiędzy danymi zamówieniami zachodzi tożsamość przedmiotowa, czasowa i możliwość realizacji przez jednego wykonawcę. W tym miejscu należy rozwinąć kwestię tożsamości czasowej rozumianej nie tylko jako możliwość udzielenia zamówień w tym samym czasie, ale też możliwości zaplanowania przez zamawiającego udzielenia wszystkich zamówień na roboty budowlane tożsamych rodzajowo bądź związanych z jedną inwestycją przed wszczęciem pierwszego postępowania. Zatem, jeżeli zamawiający przed wszczęciem pierwszego zamówienia jest w stanie zaplanować zakres kolejnych robót dotyczących tej samej inwestycji oraz ustalić ich wartość to w takim stanie faktycznym mamy do czynienia z jednym zamówieniem udzielanym w częściach, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy Pzp.

[Więcej na temat tożsamości przedmiotowej, czasowej i podmiotowej oraz zasadach wyrażonych w art. 30 ustawy Pzp w Rozdziale 2.](#)

Analiza kontroli Prezesa UZP przeprowadzonych w ostatnich latach wykazała, iż ocena czy w danym przypadku występuje jedno zamówienie udzielane w częściach, czy też odrębne zamówienia – nawet jeśli są związane z jedną inwestycją, jest ściśle związana z ustalonym stanem faktycznym sprawy, w szczególności z kwestią, czy przy zachowaniu należytej staranności zamawiający mógł przewidzieć pełen zakres i wartość poszczególnych części składających się na jedno przedsięwzięcie, a tym samym zaplanować ich udzielenie przed wszczęciem pierwszego postępowania. W związku z powyższym należy wyodrębnić trzy najczęściej występujące schematy stanów faktycznych dotyczących udzielania zamówień na roboty budowlane realizowane w częściach:

1. Zamawiający wszczyna w tym samym lub zbliżonym czasie kilka odrębnych postępowań na udzielenie zamówień stanowiących części jednej inwestycji.

Przykład:

Zamawiający zawarł w dniu 30 listopada 2020 r., z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp2004, umowę na:

- „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego”, wynagrodzenie wykonawcy w kwocie: 128 000,00 zł netto, 157 440,00 zł brutto, termin realizacji: 14 dni od podpisania umowy,
- „Budowę mostu w P(...) – roboty fundamentowe i umocnienie skarp” wynagrodzenie wykonawcy w kwocie: 104 122,55 zł netto, 128 070,74 zł brutto, termin realizacji: 14 dni od podpisania umowy,
- „Budowę mostu w P(...) – barierki i organizacja ruchu” wynagrodzenie wykonawcy w kwocie: 55 000,00 zł netto, 67 650,00 zł brutto, termin realizacji: 30 dni od podpisania umowy,
- „Budowę mostu w P(...) – montaż konstrukcji stalowej” wynagrodzenie wykonawcy w kwocie: 127 900,00 zł netto, 157 317,00 zł brutto, termin realizacji: 30 dni od podpisania umowy.

Zawarcie ww. umów zostało poprzedzone przeprowadzeniem postępowań w trybie zaproszenia do złożenia oferty, na podstawie przepisów wewnętrznych zamawiającego dotyczących udzielania zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.

Z przekazanych protokołów ustalenia wartości szacunkowej zamówienia wynika, iż wartość szacunkowa zamówienia pn.:

- „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” została ustalona w październiku 2020 r., na podstawie kosztorysu inwestorskiego, na kwotę 128 000,00 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 29 981,4957 euro,
- „Budowę mostu w P(...) – roboty fundamentowe i umocnienie skarp” została ustalona w październiku 2020 r., na podstawie kosztorysu inwestorskiego, na kwotę 88 125,60 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 20 641,6977 euro,
- „Budowę mostu w P(...) – barierki i organizacja ruchu” została ustalona w październiku 2020 r., na podstawie kosztorysu inwestorskiego, na kwotę 43 200,00 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 10 118,7583 euro,
- „Budowę mostu w P(...) – montaż konstrukcji stalowej” została ustalona w październiku 2020 r., na podstawie kosztorysu inwestorskiego, na kwotę 126 000,00 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 29 513,0349 euro.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 września 2021 r., znak: KND/8/21/DKZP, wskazano, iż: *pomiędzy wszystkimi czterema częściami zachodzi tożsamość przedmiotowa, gdyż dotyczą realizacji tego samego projektu – budowy mostu w P(...), tj.:*

1. zamówienie na „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” stanowiło

dostawę niezbędną do realizacji całego projektu, a więc zgodnie z art. 33 ust. 2 ustawy Pzp2004 wartość szacunkowa tych dostaw powinna zostać zsumowana z wartością szacunkową robót budowlanych mających za przedmiot budowę mostu,

2. zamówienie na „Budowę mostu w P(...) – barierki i organizacja ruchu” zawierało zarówno dostawę barierek, jak i usługę ich montażu oraz organizacji ruchu, a więc zgodnie z art. 33 ust. 2 ustawy Pzp2004 wartość szacunkowa tych dostaw i usług powinna zostać zsumowana z wartością szacunkową robót budowlanych mających za przedmiot budowę mostu,
3. zamówienia na „Budowę mostu w P(...) – roboty fundamentowe i umocnienie skarp” oraz „Budowę mostu w P(...) – montaż konstrukcji stalowej” stanowią poszczególne części realizacji tego samego projektu, a w zasadzie – stanowią jego elementy składowe, gdyż nie jest możliwym należyte wykonanie, zgodnie z dokumentacją projektową i sztuką budowlaną, budowy mostu z pominięciem którejkolwiek z ww. części. Jednocześnie należy wyjaśnić, iż charakter tymczasowy poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia (np. organizacja ruchu w trakcie realizacji zamówienia, czy też wskazany przez Zamawiającego zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego) nie zmienia faktu, iż są one niezbędne do wykonania robót budowlanych w takim samym stopniu jak elementy o charakterze stałym, a tym samym wchodzą w zakres jednego zamówienia, w niniejszym przypadku – budowy mostu w P(...).

Odnosząc się do aspektu tożsamości czasowej przedmiotowych zamówień, należy wskazać, iż w piśmie z dnia 17 marca 2021 r. Zamawiający wyjaśnił, że zaproszenie do złożenia oferty na zadanie pn. „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” zostało złożone w dniu 5 listopada 2020 r., natomiast na zadanie pn. „Budowa mostu w P(...) – roboty fundamentowe i umocnienie skarp”, „Budowa mostu w P(...) – barierki i organizacja ruchu” oraz „Budowa mostu w P(...) – montaż konstrukcji stalowej” – w dniu 26 listopada 2020 r. Wszystkie ww. zamówienia zostały udzielone na podstawie zleceń w tym samym dniu, tj. 30 listopada 2020 r., w których wyznaczono taki sam lub zbliżony termin realizacji dostaw (14 lub 30 dni liczonych od podpisania umowy). Zatem na gruncie przedmiotowej sprawy bez wątplenia zachodzi tożsamość czasowa pomiędzy zamówieniami. Ponadto należy zauważyć, że wykonanie ww. zamówień mogło zostać powierzone jednemu wykonawcy. Stanowi o tym wyraźnie fakt, że Zamawiający udzielił trzech przedmiotowych zamówień jednemu Wykonawcy (...). Jedyne w zakresie zamówienia pn. „Budowa mostu w P(...) – roboty fundamentowe i umocnienie skarp” ofertę złożył inny Wykonawca (...), jednakże powyższe nie wpływa na fakt, iż wszystkie roboty budowlane wchodzące w zakres realizacji projektu pn. „Budowa mostu w P(...)” mógł zrealizować jeden wykonawca posiadający odpowiednie doświadczenie, tym bardziej, iż w zakresie ww. zamówień Zamawiający nie postawił w ogólne warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc się do kwestii zamówienia na „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” oraz na „Budowę mostu w P(...) – barierki i organizacja ruchu” należy podkreślić, iż każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę mostu w P(...)

mógł jednocześnie zapewnić odpowiednie dostawy materiałów budowlanych oraz usługi towarzyszące wykonywanym robotom. (...)

W kontrolowanym przypadku zachodzi tożsamość przedmiotowa, tożsamość czasowa oraz możliwość należytego wykonania wszystkich 4 zamówień przez jednego wykonawcę – zatem mamy do czynienia z jednym zamówieniem mającym za przedmiot budowę mostu w P(...). W konsekwencji powyższego, Zamawiający powinien części zamówienia ujęte w 4 umowach z dnia 30 listopada 2020 r. oszacować łącznie, a następnie przeprowadzić jedno postępowanie na wszystkie części lub oddzielne postępowania dla każdej z ww. części, zgodnie z przepisami ustawy Pzp2004, gdyż łączna wartość tych zamówień przekroczyła równowartość 30.000 euro.

W uchwale z dnia 14 października 2021 r., sygn. akt KIO/KD 19/21, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że zastrzeżenia zamawiającego do wyniku ww. kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie, wskazując jednocześnie w uzasadnieniu, iż: *brak było uzasadnienia dla dokonania podziału zamówień na części, jak to uczynił Zamawiający, gdyż jego skutkiem było uniknięcie stosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. Dodać też należy, że przepisy ustawy Pzp pozwalają Zamawiającemu z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) na dokonanie podziału jednego zamówienia na części, dla których będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia Zamawiający będzie wówczas zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp, właściwych dla łącznej wartości zamówienia.*

2. Zamawiający dzieli zamówienie dotyczące jednej inwestycji na kilka części. Przed wszczęciem pierwszego postępowania posiada lub powinien (przy zachowaniu należytej staranności) znać zakres, wartość i orientacyjny czas udzielenia kolejnych części, czyli tzw. „budowanie etapami” danych obiektów budowlanych.

Przykład:

W 2016 r. na zlecenie zamawiającego opracowano dokument pn. *Koncepcja dla inwestycji mającej za przedmiot budowę chodnika/ ścieżki rowerowej*. Zamawiający udzielił na przestrzeni lat 2017-2019 trzech zamówień na budowę chodnika nazywając je kolejno Etapem I, II i III, działając na podstawie regulaminu udzielania zamówień publicznych, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro. Wartość zamówienia według szacunków zamawiającego wynosiła: 121 117,84 zł netto dla Etapu I, 122 781,04 zł netto dla Etapu II, 121 951,00 zł netto dla Etapu III.

Wobec powyższego, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 grudnia 2020 r., znak: KND/47/20/DKZP, stwierdzono, iż: *w momencie wszczęcia pierwszego z postępowań w 2017 r. Zamawiający miał świadomość zakresu inwestycji dotyczącej budowy chodnika w N(...), dysponując już wówczas dokumentem pn. *Koncepcja, opracowanym przez pracownię projektową w 2016 r. dla inwestycji Budowa chodnika/ścieżki w N(...), wykonanym w sposób dość szczegółowy.**

Świadczy to o dokonaniu gruntowego rozeznania przez Zamawiającego w tym przedmiocie. Zatem Zamawiający w 2017 r. podejmując decyzję o wyznaczeniu I etapu inwestycji musiał zdawać sobie sprawę, że jej realizacja nie zakończy się na jednym etapie i istnieje potrzeba udzielenia kolejnych zamówień w tym przedmiocie. Wskazuje na to także nazewnictwo przyjęte przez Zamawiającego dla zamówień z 2017, 2018 i 2019 r. tj. etap I, etap II, etap III. Jak można zauważyć zamówienia te zostały udzielone rokrocznie. Istniała zatem obiektywna możliwość udzielenia przedmiotowych zamówień w tym samym czasie lub w pewnej perspektywie.

Ponadto należy zauważyć, że na gruncie niniejszych zamówień zachodzi podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne, bowiem kontrolowane zamówienia dotyczyły budowy chodnika w jednej i tej samej miejscowości N(...) w obrębie działek nr 39 i 96. Zakres prac na podstawie każdej z zawartych umów w sprawie ww. zamówień obejmował: roboty przygotowawcze, roboty rozbiórkowe, roboty ziemne, elementy ulic, nawierzchnię chodnika/ścieżki, nawierzchnie bitumiczne poszerzenie, kanalizację deszczową, zjazdy-dowiązania, roboty wykończeniowe.

Równocześnie należy wskazać, że wykonanie niniejszych zamówień mogło zostać powierzone jednemu wykonawcy, stanowi o tym m.in. fakt, że Zamawiający udzielił trzech przedmiotowych zamówień temu samemu wykonawcy (...).

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że na gruncie niniejszej sprawy mamy do czynienia z jednym zamówieniem na budowę chodnika w N(...), które zostało podzielone na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości, a co za tym idzie w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Należy przy tym zauważyć, że oszacowanie łącznej wartości robót koniecznych do zrealizowania całej inwestycji budowy chodnika w miejscowości N(...) było jak najbardziej realne. Mając na uwadze stanowisko Zamawiającego świadczące o tym, że nie dokonał łącznego szacunku należy zauważyć, że powyższe nie oznacza jeszcze, że nie powinien tego uczynić. Podobnie jak w przypadku zamieszczenia odpowiedniej informacji o zamówieniach w Wieloletniej Prognozie Finansowej.

Okoliczność podziału zamówienia na budowę chodnika w N(...) na etapy była możliwa, jednak Zamawiający powinien liczyć się w tym przypadku z obowiązkiem łącznego szacowania wartości poszczególnych części/etapów (...).

Powyższe stanowisko podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO/KD 2/21, uznając, iż: w niniejszej sprawie zamówienia były udzielane w następujących po sobie przedziałach czasowych, jak również były powiązane funkcjonalnie. Zamawiający był w stanie przewidzieć pełen zakres przedmiotowych zamówień udzielanych w znanej mu perspektywie czasowej, ponieważ poprzedzone one były powstałą w 2016 roku koncepcją „Budowa chodnika/ścieżki w N(...)”. Wszystkie 3 umowy w sprawie udzielenia przedmiotowych zamówień publicznych zostały zawarte z tym samym wykonawcą. Nie ulega więc wątpliwości, że przedmiotowe zamówienia mogły być zrealizowane przez jednego wykonawcę. Ponieważ powyższe zamówienia udzielane jednemu wykonawcy w krótkim okresie czasu stanowią elementy tego samego przedsięwzięcia (są ze sobą związane), zamawiający

powinien był zsumować ich wartość i zastosować przepisy ustawy P.z.p. właściwe dla łącznej ich wartości.

Z powyższych względów nie można zamówień stanowiących przedmiot kontroli potraktować jako zamówień odrębnych i z uwagi na wartość - nieprzekraczającą progu ustawy P.z.p. – udzielić ich bez stosowania jej przepisów.

3. Zamawiający dzieli realizację danej inwestycji na części, jednakże przy zachowaniu należytej staranności nie jest w stanie określić zakresu i czasu udzielenia kolejnych etapów budowy, a tym samym ich szacunkowej wartości.

Przykład:

Zamawiający realizował inwestycję mającą za przedmiot budowę boiska sportowego w latach 2019-2021, udzielając zamówień bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zawarcie:

- umowy z dnia 8 kwietnia 2019 r. na usługę wiercenia studni głębinowej,
- umowy z dnia 19 grudnia 2019 r. na przygotowanie nawierzchni boiska pod zasiew trawy oraz wykonanie sieci wodociągowej na boisku sportowym,
- umowy z dnia 5 listopada 2020 r. na wykonanie robót budowlanych w zakresie budowy boiska sportowego zgodnie z przedmiarem robót,
- umowy z dnia 27 maja 2021 r. na roboty budowlane związane z budową boiska piłkarskiego, w tym wykonanie piłkochwyłów, oświetlenia boiska oraz siew traw na boisku piłkarskim,
- zleceń na dostawę profili stalowych i zakup lamp led ogrodowych, żarówek led, kabli i puszek instalacyjnych.

W odpowiedzi na wezwanie skierowane w toku postępowania wyjaśniającego, znak: KND/215/21/DKZP, zamawiający wyjaśnił, iż: *ww. inwestycja była realizowana systemem gospodarczym przez kilka lat tj. począwszy od roku 2019 w budżecie gminy (...) były zabezpieczane środki finansowe na realizację ww. przedsięwzięcia w takiej wysokości na jaką pozwalała sytuacja finansowa budżetu gminy (...). Adekwatnie do wysokości zabezpieczonych w budżecie środków finansowych sporządzany był kosztorys inwestorski prac do wykonania i uruchamiana była odpowiednia do wartości zamówienia procedura o udzielenie zamówienia publicznego.*

W związku z faktem, że wartość szacunkowa robót do wykonania w danym roku ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego nie przekraczała progu od którego wymagane jest stosowanie przepisów ustawy Pzp, do wyłonienia wykonawcy robót stosowane były przepisy wewnętrznego regulaminu udzielania zamówień.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem podziału zamówienia na części w celu ominięcia przepisów Pzp, ponieważ wszczynając postępowanie w danym roku i szacując wartość szacunkową robót odnosił się tylko do roku budżetowego i kosztów które mógł określić, nie wiedział natomiast jakie kwoty będą

uchwalone w przyszłym budżecie przez Radę Gminy i czy w ogóle w kolejnym roku budżetowym zadanie będzie realizowane. Dlatego do szacowania wartości zamówienia brane były pod uwagę zadania określone finansowo w budżecie danego roku których zakres opisywany był następnie w kosztorysach inwestorskich.

Wobec powyższego, w piśmie informującym o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli stwierdzono, iż pomiędzy poszczególnymi zamówieniami na roboty budowlane mającymi za przedmiot realizację inwestycji na budowę boiska piłkarskiego nie występuje tożsamość czasowa. Jedynie w zakresie umowy z dnia 27 maja 2021 r., zlecenia z dnia 10 czerwca 2021 r. oraz zlecenia w wyniku którego wystawiono fakturę z dnia 31 lipca 2021 r. uznano, iż zamawiający powinien wszystkie te zamówienia szacować łącznie, co zresztą zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 16 grudnia 2021 r. uczynił. W dalszej części pisma wskazano: *w przyjętym systemie realizowania inwestycji etapami, w zależności od uzyskanych w danym roku budżetowym środków finansowych, Zamawiający nie miał możliwości odgórnego zaplanowania realizacji całej inwestycji, gdyż wiedza o możliwości kontynuowania prac w danym roku oraz zakresie tych prac była przez Zamawiającego uzyskiwana przy uchwalaniu przez Radę Gminy budżetu na dany rok. Zatem, obowiązek łącznego szacowania zamówień – z uwagi na kryterium tożsamości czasowej – dotyczył tylko zamówień udzielanych w danym roku budżetowym, przy jednoczesnym spełnianiu kryterium tożsamości przedmiotowej oraz możliwości wykonania tych zamówień przez ten sam podmiot. Należy zauważyć, iż w przypadku umowy nr ZP.272.20.2019 i ZP.272.62.2019.ROŚ, pomimo udzielenia zamówienia w tym samym roku budżetowym nie zachodzi tożsamość przedmiotowa i możliwość wykonania zamówienia przez tego samego wykonawcę, z uwagi na zbyt duże różnice w zakresie robót budowlanych (przedmiotem pierwszej umowy było wykonanie studni głębinowej, natomiast drugiej – wykonanie nawierzchni boiska pod zasiew trawy oraz sieci wodociągowej).*

Podsumowując, analiza przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowań dotyczących realizacji inwestycji (...) wykazała, iż w latach 2019-2020 łączna wartość zamówień udzielanych w danym roku, stanowiących etapy realizacji ww. inwestycji, nie przekroczyła równowartości kwoty 30.000,00 euro, a w 2021 r. – kwoty 130.000,00 zł. Zatem, w przypadku udzielania tych zamówień Zamawiający nie był zobligowany do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

ZAPAMIĘTAJ

W przypadku realizacji inwestycji etapami, jeżeli działając z należytą starannością zamawiający mógł określić przed wszczęciem pierwszego postępowania zakres i wartość kolejnych robót oraz orientacyjny termin wszczęcia kolejnych postępowań – mamy do czynienia z jednym zamówieniem udzielanym w częściach. Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, ustalenia wartości zamówienia dokonuje się poprzez zsumowanie wartości poszczególnych części zamówienia. W przypadku zaniechania łącznego szacowania wartości wszystkich części może dojść do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

4. Ustalanie wartości zamówienia mającego za przedmiot usługi i dostawy.

4.1. Usługi i dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie.

Pierwszą czynnością, którą zamawiający powinien podjąć przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi lub dostawy jest zbadanie kwestii czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem udzielanym w częściach, czy też z odrębnymi zamówieniami, co do których nie znajduje zastosowania obowiązek łącznego szacowania części określony w art. 30 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Dopiero w momencie ustalenia, że planowane postępowanie będzie dotyczyło jednego zamówienia można rozważyć czy w danym przypadku zastosowanie do ustalenia wartości zamówienia będzie miało, w zależności od przedmiotu zamówienia, art. 30 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, czy też art. 35 ustawy Pzp.

[Więcej na temat zasad wyrażonych w art. 30 ustawy Pzp w Rozdziale 2.](#)

Z zamówieniami na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy dane zamówienie powtarza się co pewien czas lub podlega wznowieniu w pewnych ramach czasowych i nie może być spełnione przez jednorazowe zachowanie się wykonawcy. Zatem, w sytuacji gdy możliwość „skumulowania” realizacji usług lub dostaw istnieje, nie można takich zamówień zakwalifikować jako usługi i dostawy, o których mowa w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że w przypadku świadczeń powtarzających się cyklicznie oraz realizowanych więcej niż jednokrotnie, generalne zasady przesądzające o uznaniu tych usług i dostaw za jedno zamówienie nie zostają uchylone, natomiast w sytuacji gdy zamawiający planuje cykliczne udzielanie tych zamówień to podstawą ustalenia wartości zamówienia będzie art. 35 ust. 1 ustawy Pzp.

ZWRÓĆ UWAGĘ NA...

W tym miejscu nie można pominąć kwestii korelacji art. 30 ust. 1 i 2 oraz art. 35 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważmy, że ustawa Pzp wprowadza pojęcie „zamówień tego samego rodzaju” jednocześnie nie definiując tego pojęcia w kontekście zamówień udzielanych cyklicznie, o których mowa w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego można uznać, iż ww. pojęcie nabiera znaczenia wyłącznie w kontekście usług i dostaw cyklicznych, gdyż dotyczy świadczeń powtarzanych. Zakres przedmiotowy podobnych dostaw (art. 30 ust. 2 ustawy Pzp) i dostaw tego samego rodzaju (art. 35 ust. 1 ustawy Pzp) będzie tożsamy, co oznacza, że regulacja art. 35 ust. 1 ustawy Pzp nie wyłącza ogólnych zasad ustalenia wartości zamówienia wyrażonej w art. 30 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższą konkluzję można również odnieść do usług cyklicznych, gdyż wymóg szacowania łącznego poszczególnych części składających się na usługę powtarzaną w pewnym okresie czasu (art. 30 ust. 1 ustawy Pzp) nie pozostaje w sprzeczności z zasadami ustalania wartości wyrażonymi w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto należy zauważyć, iż przepis art. 35 ust. 1 ustawy Pzp doprecyzowuje sposób szacowania łącznego usług i dostaw przy zamówieniach na usługi udzielane w częściach oraz na podobne dostawy.

Jednocześnie należy zaznaczyć, iż w ustawie Pzp2004 analizowany przepis dotyczył usług lub dostaw powtarzających się okresowo lub podlegających wznowieniu w określonym czasie, co powodowało liczne problemy interpretacyjne. Dla wyjaśnienia pojęcia usług i dostaw „powtarzających się okresowo” posługiwano się doktryną prawa cywilnego, poprzez odesłanie zawarte w art. 14 ustawy Pzp2004, w której zdefiniowano pojęcie „świadczeń okresowych” jako czynności powtarzanych cyklicznie tj. powtarzających się w ściśle określonych, niekoniecznie jednakowych odstępach czasu, realizowanych więcej niż jednokrotnie tzn. w sposób powtarzalny. Jednocześnie, w odróżnieniu od świadczeń o charakterze ciągłym, pojedyncze świadczenie okresowe posiada samoistny charakter, chociaż jest tylko jednym ze składników danego stosunku zobowiązaniowego, którego zakres wyznacza czas trwania tego stosunku. Natomiast, w obecnie obowiązującej ustawie Pzp posługujemy się pojęciem usług i dostaw „powtarzających się”, co wprost wskazuje na szersze ujęcie niż zdefiniowane w systemie prawa cywilnego „świadczenia okresowe”. Zatem, poprzez usługi i dostawy powtarzające się należy rozumieć wszystkie usługi i dostawy realizowane więcej niż jednokrotnie, a więc zarówno świadczenia okresowe, jak i o charakterze ciągłym.

Ponieważ kwestia uznania, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem powtarzającym się w pewnym okresie czasu, czy też z zamówieniem udzielanym w częściach bądź kilkoma odrębnymi zamówieniami budzi problemy interpretacyjne należy przytoczyć opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pn. *Sposób udzielania i szacowania wartości zamówień przy zakupach książek przez biblioteki zachowującą aktualność w ww. kwestii również w obecnym stanie prawnym, w której wskazano: w przypadku dostaw książek argumentem przemawiającym za tym, iż nie mają one charakteru powtarzających się okresowo jest ich nieprzewidywalność, która decyduje o braku ich regularności, powtarzalności. Podstawową cechą dostaw powtarzających się okresowo jest ich cykliczność tj. powtarzanie się w ściśle określonych odstępach czasu. Powyższe wynika ze stałego zapotrzebowania na dane dostawy lub usługi, które musi być regularnie zaspokajane poprzez udzielanie zamówień. Powtarzalność tego rodzaju jest przewidywalna, zamawiający wie, że w określonych odstępach czasu będzie udzielał zamówień na dane dostawy lub usługi. Dostawy książek uzależnione są natomiast od bieżącej listy nowości lub też aktualnych potrzeb czytelników. Powtarzalność tych dostaw nie ma charakteru pewnego, zależy od planów wydawniczych poszczególnych wydawnictw i aktualnego zapotrzebowania czytelników na konkretne tytuły. Powyższe będzie wpływało również na sposób udzielania zamówień na tego rodzaju dostawy. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć i z góry zaplanować zakresu zamówień na dostawy książek, które będą udzielane w ciągu roku, nie jest w stanie przewidzieć, jakie książki pojawią się na rynku i jak będzie się kształtowało zainteresowanie czytelników. Tym samym, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, dostawy książek do bibliotek nie można zaliczyć do dostaw powtarzających się okresowo. Tym samym, do udzielania przedmiotowych zamówień nie będzie miała zastosowania norma art. 34 ust. 1 ustawy.*

W przedmiotowej sprawie, należy zatem rozważyć, czy mamy do czynienia z zamówieniem udzielanym w częściach, a więc z obowiązkiem stosowania normy art. 32 ust. 4 ustawy. Stosownie do treści tego przepisu, jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego

postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Podstawowe zagadnienie związane ze stosowaniem normy art. 32 ust. 4 ustawy w przypadku dostaw książek jest to, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem składającym się z części, czy też z wieloma odrębnymi zamówieniami. To, iż przedmiotem zamówienia jest towar jednego rodzaju (książki) nie przesądza jeszcze o konieczności traktowania poszczególnych zamówień udzielanych w trakcie roku jako jednego zamówienia i sumowania ich wartości. Z zamówieniem udzielanym w częściach, a więc z obowiązkiem stosowania normy art. 32 ust. 4 ustawy, mamy do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający z góry przewiduje i jest w stanie opisać przedmiot i zakres zamówień i może udzielić je w ramach jednego postępowania, lecz z jakichś względów podejmuje decyzję o sukcesywnym dokonywaniu zakupów. Podjęcie decyzji o udzielaniu zamówienia w częściach jest zawsze wynikiem wcześniejszego celowego działania zamawiającego.⁵⁴

Odnosząc się do kwestii ustalania wartości zamówień na usługi i dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie, należy wskazać, iż za podstawę ustalenia ich wartości uznaje się:

- 1) rzeczywistą łączną wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia, albo
- 2) łączną wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

W tym miejscu należy zauważyć, iż przepisy ustawy Pzp nie zawierają wytycznych w zakresie wyboru sposobu szacowania wartości wymienionych w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże zamawiający powinni mieć na względzie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Należy podkreślić, iż wybór metody ustalenia wartości zamówienia, która prowadzi do uzyskania nieadekwatnej w stosunku do cen rynkowych wartości zamówienia może zostać zakwalifikowana jako zamiar uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. Zatem, swoboda przyznana zamawiającym w kwestii wyboru sposobu ustalenia wartości usług i dostaw cyklicznych będzie przybierała często charakter pozorny, gdyż zakres przedmiotu zamówienia, tempo wzrostu cen w danym sektorze gospodarki oraz ogólna sytuacja rynkowa będą decydowały o zasadności zastosowania art. 35 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia mającego za przedmiot usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub

⁵⁴ Zob.: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/sposob-udzielania-i-szacowania-wartosci-zamowien-przy-zakupach-ksiazek-przez-biblioteki>

wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia. Opisany sposób szacowania wartości zamówienia opiera się ilości usług i dostaw udzielonych w przeszłości z jednoczesnym uwzględnieniem zmiennych związanych z zakresem przedmiotu zamówienia oraz wzrostem/obniżeniem cen rynkowych. Innymi słowy, wybierając tę metodę zamawiający może bazować na danych pochodzących z poprzednio prowadzonych postępowań, jednakże zobowiązany jest dokonać analizy zebranych informacji w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej oraz wprowadzić stosowne zmiany do wartości planowanych zamówień. Powyższa metoda znajduje w praktyce zastosowanie do ustalenia wartości zamówień na usługi i dostawy cykliczne, których ceny rynkowe nie uległy znacznym zmianom bądź zamawiający jest w stanie określić, bez potrzeby pozyskania stosownych informacji od podmiotów trzecich, wzrost cen rynkowych na dane usługi lub dostawy. W omawianym przypadku zamawiający z reguły dokonują oszacowania wartości zamówienia w oparciu o łączną kwotę netto wynagrodzenia wykonawcy uprzednio realizującego usługę lub dostawę, wypłaconą w okresie ostatnich 12 miesięcy, powiększoną o wskaźnik inflacji. Należy zaznaczyć, iż przy obliczaniu wartości usług i dostaw powtarzających się i wznawianych w pewnym okresie czasu w oparciu o przesłanki wymienione w art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy sugerować się wzrostem cen towarów i usług konsumpcyjnych w ujęciu średniorocznym wskazanym w ustawie budżetowej, bądź danych przekazywanych przez Główny Urząd Statystyczny w zakresie obecnego wskaźnika inflacji⁵⁵. Natomiast, w przypadku gdy zamawiający:

- nie zlecał wcześniej tego rodzaju usług i dostaw,
- nie jest w stanie określić na podstawie ogólnodostępnych danych wzrostu cen zamawianych usług lub towarów, które były już uprzednio realizowane,
- podane do publicznej wiadomości rządowe wskaźniki inflacyjne nie prowadzą do odzwierciedlenia realnego wynagrodzenia wykonawcy za świadczenie objęte przedmiotem zamówienia,

to powinien rozważyć zastosowanie art. 35 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W myśl art. 35 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w momencie gdy mamy do czynienia z zamówieniami na usługi i dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie zamawiający może dokonać ustalenia wartości na podstawie łącznej wartości zamówień, których zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie. Powyższa metoda szacowania wartości zamówień polega zatem, w przeciwieństwie do art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, na zsumowaniu wartości przyszłych zamówień wartości tego samego rodzaju, przez co należy rozumieć usługi i dostawy powtarzające się lub wznawiane w określonym czasie o identycznym lub podobnym przeznaczeniu. Należy zauważyć, iż przepisy ustawy Pzp nie regulują kwestii pozyskania przez zamawiającego danych niezbędnych

⁵⁵ Kom.: W obecnie obowiązującej ustawie Pzp zrezygnowano z wymogu ustalania wartości zamówień na dostawy i usługi powtarzające się okresowo lub podlegające wznowieniu w określonym czasie w oparciu prognozowany na dany rok średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Zatem, zamawiający mogą dokonywać ustalenia zmian wartości zamawianych usług lub dostaw również w oparciu o inne dokumenty zawierające wskaźniki inflacyjne, np. komunikaty Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

do oszacowania wartości przyszłych zamówień, o których mowa w art. 35 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem, ustalenie wartości tych usług i dostaw może zostać poprzedzone przeprowadzeniem szeroko rozumianego rozeznania rynkowego, tj. poprzez:

- samodzielne pozyskanie informacji przez zamawiającego z ogólnodostępnych źródeł np. cenników, katalogów udostępnionych na stronach internetowych, notowań z giełd towarowych,
- skierowanie zapytań do usługobiorców/dostawców w ramach rozeznania cenowego lub jako jedno z pytań zadanych podczas przeprowadzenia rozeznania w celu sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia,

czy też – w przypadku zamówień o złożonym i skomplikowanym charakterze, poprzez skorzystanie, przed wszczęciem postępowania, z doradztwa podmiotów zewnętrznych posiadających specjalistyczną wiedzę w dziedzinie, której dotyczy zamówienie, np. poprzez zlecenie wykonania ekspertyzy przez rzeczoznawcę. W tym miejscu należy wskazać, iż obowiązek ustalenia wartości zamówienia z zachowaniem należytej staranności należy do zadań zamawiającego i nie jest on związany kalkulacjami przedstawionymi przez podmioty trzecie (uzyskanymi w drodze zapytań rynkowych, czy też zleconych opinii) w powyższym zakresie, jednakże powinien podjąć wszelkie możliwe działania pozwalające na ustalenie tej wartości na poziomie rzeczywistych cen rynkowych. Ponadto, z uwagi na brak przepisów szczególnych w powyższej materii należy uznać, iż katalog działań jakie zamawiający może podjąć w celu ustalenia wartości przyszłych zamówień w oparciu o art. 35 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest katalogiem otwartym, a prym w wyborze środka będzie podyktowany przedmiotem zamówienia oraz obecną sytuacją rynkową.

Należy zauważyć, iż szacowanie wartości zamówienia w oparciu o art. 35 ust. 1 ustawy Pzp musi uwzględniać zasadę wyrażoną w art. 28 ustawy Pzp, zgodnie z którą podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należyłą starannością. Wobec powyższego, chociaż art. 35 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje oszacowanie zamówienia w oparciu o 12-miesięczny okres świadczonego wcześniej lub planowanego zamówienia, to ww. szacunek jest wyznacznikiem wartości, którą zamawiający powinien dostosować do długości trwania przyszłej usługi lub dostawy. Innymi słowy, przy planowanych umowach wieloletnich ustalenie wartości zamówienia dokonane w oparciu o art. 35 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp będzie odzwierciedleniem tylko dla 12 miesięcy planowanego zamówienia, zatem ww. wartość powinna zostać odpowiednio dostosowana do rzeczywistej długości trwania zamówienia. Podobnie, w przypadku planowania udzielenia zamówienia na okres krótszy niż 12 miesięcy, zamawiający powinien proporcjonalnie zmniejszyć ustaloną wartość zamówienia. W przypadku zaniechania odpowiedniego dostosowania wartości zamówienia do długości trwania planowanej umowy będziemy mieli do czynienia z brakiem zachowania należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia, co może doprowadzić do wadliwego wyboru trybu udzielenia zamówienia (obowiązek stosowania odpowiednich przepisów ustawy zgodnie z art. 2 i 3 ustawy Pzp), a także do nieprawidłowości przy ocenie złożonych ofert w kontekście oceny czy zawierają rażąco niską cenę (art. 224 ust. 2 ustawy Pzp).

Jednocześnie należy zauważyć, iż poza wymogiem podania w protokole postępowania wartości zamówienia (art. 72 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), kwestia udokumentowania ustalania wartości zamówienia nie została sprecyzowana w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże, z treści art. 28 ustawy Pzp obligującego Zamawiającego do ustalania wartości zamówienia z należytą starannością można wywieść również obowiązek wykazania przez zamawiającego, że przyjęte przez niego rozwiązanie pozwoliło na oszacowanie wartości zamówienia przy zachowaniu należytej staranności. Stąd też, niezależnie od przyjętego sposobu szacowania, zamawiający zobowiązany jest udokumentować czynność ustalania wartości zamówienia przy zachowaniu zasady pisemności. Należy uznać jako dobry wzorzec takiego dokumentowania sporządzanie notatki służbowej dotyczącej ustalania wartości zamówienia, do której załącznikami będą, w zależności od przyjętej metody szacowania wartości zamówienia na usługi i dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie:

- kopia faktur wystawionych w ciągu ostatnich 12 miesięcy przed wszczęciem postępowania na usługi i dostawy tego samego rodzaju, lub kopia umowy w sprawie zamówienia publicznego wraz ze wszystkimi aneksami (w przypadku wynagrodzenia wykonawcy w stałej miesięcznej wysokości), kopia dokumentu na podstawie którego ustalono wskaźnik inflacyjny (jeżeli nie jest to dokument ogólnie dostępny) – dla wartości ustalanych na podstawie art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
- kopia korespondencji z podmiotami trzecimi prowadzonej w toku rozeznania rynkowego, wydruki stron internetowych, kopie cenników i katalogów, opinia powołanego biegłego w sprawie oraz inne dokumenty stanowiące podstawę szacowania zamówień przyszłych – dla wartości ustalanych na podstawie art. 35 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy wskazać, iż stosownie do art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, ustalenia wartości zamówienia mającego za przedmiot na usługi i dostawy dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, z tym że w przypadku zamówień udzielanych w częściach powyższe terminy odnoszą się do wszczęcia pierwszego z postępowań. Zatem, z treści protokołu postępowania oraz dokumentacji dotyczącej ustalania wartości zamówienia powinna również wyraźnie wynikać data szacowania wartości zamówienia. Ustalenie wartości zamówienia w dacie wcześniejszej niż 3 miesiące przed wszczęciem postępowania, jak i zaniechanie podania w ww. dokumentach daty szacowania wartości bądź daty aktualizacji szacunku, o którym mowa w art. 36 ust. 2 ustawy Pzp, będzie świadczyło o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

PRAKTYKA KONTROLI

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2021., znak: KND/44/21/DKZP, stwierdzono m.in. naruszenie przez zamawiającego: art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez ustalenie wartości zamówienia wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z § 2 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. W oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego przekazane w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. oraz w piśmie z dnia 6 lipca 2021 r. stwierdzono, 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 19-10-2018 r. wg średniego kursu złotego w stosunku do euro wynoszącego: 4,3117.*

Jednocześnie wskazać należy, 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 wnioski zakupowe 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 powyższego należało również wskazać, iż: *zgodnie z treścią art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół [...]. Jednocześnie, stosownie do treści §2 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”), protokół w zależności od zastosowanego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawiera informacje, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", oraz informacje dotyczące: [...]*

2) 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.

Reasumując uznać należy, iż poprzez wskazanie w pkt 2 ppkt 5 protokołu postępowania niezgodnej z prawdą daty ustalenia wartości zamówienia, Zamawiający naruszył art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z §2 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia.

Rozstrzygając zasadność złożonych przez Zamawiającego zastrzeżeń dotyczących ww. Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2021 r., Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 2 lutego 2022 r, sygn. akt KIO/KD 3/22, podzieliła 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 ustalenie 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.

KONTROLA KROK PO KROKU

W oparciu o udzielone wyjaśnienia, protokół postępowania, opis przedmiotu zamówienia oraz dokumentację z szacowania wartości zamówienia (notatka służbowa, kopie faktur, kopia korespondencji z podmiotami trzecimi w ramach rozeznania rynku, wydruki ze stron internetowych itd.) sprawdzamy:

1. Czy w protokole postępowania oraz dokumentacji z szacowania wartości zamówienia podano wartość zamówienia, datę i podstawę oszacowania,
2. Czy w niniejszym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy z kilkoma odrębnymi zamówieniami,
3. Czy przedmiot zamówienia obligował zamawiającego do zastosowania art. 35 ustawy Pzp,
4. Czy przyjęty sposób szacowania jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i obejmuje pełen jego zakres, przy uwzględnieniu wytycznych wskazanych w art. 35 ustawy Pzp,
5. Czy podana wartość zamówienia stanowi kwotę bez podatku od towarów i usług,
6. Czy wartość zamówienia ustalono zgodnie z terminami określonymi w art. 36 ustawy Pzp,
7. Czy w przedmiotowym przypadku znajduje zastosowanie art. 31 lub 32 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na Informację o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 września 2021 r., znak: KND/33/21/DKZP, dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie odpadów komunalnych, w której wskazano, iż: *w obrębie sposobu, o którym mowa w art. 34 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp2004 Zamawiający co do zasady również może wybrać jako podstawę szacowania wartości przewidywanego zamówienia wartość zamówień udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym. W świetle powyższego, przyjęcie przez Zamawiającego jako podstawy ustalenia szacunkowej wartości zamówienia wartości usług zrealizowanych w 2019 r. (tj. poprzednim roku budżetowym w stosunku do roku, w którym dokonywano ustalenia szacunkowej wartości zamówienia), przy założeniu, że ilość odpadów do odebrania i zagospodarowania w 2021 nie ulegnie zmianie, było zgodne z dyspozycją art. 34 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp2004. (...)*

Jednocześnie jednak należy zauważyć, że jak wynika z dalszej części ww. przepisu, przy dokonywaniu ustalenia szacunkowej wartości zamówienia w jego oparciu należy również wziąć pod uwagę wysokość prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Powyższe ma na celu umożliwienie ustalenie kwoty stanowiącej szacunkową wartość zamówienia z należytą starannością, biorąc pod uwagę czynnik o charakterze cenotwórczym, który także może mieć wpływ na wysokość cen ofert w postępowaniu (oprócz czynników związanych z przedmiotem zamówienia). Zgodnie z art. 17 projektu ustawy budżetowej na 2021 r. z dnia

30 września 2020 r.⁵⁶, prognozowany średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem wynosił 101,8%. Szacunkowa wartość kontrolowanego zamówienia obliczona przy użyciu metody wybranej przez Zamawiającego z uwzględnieniem tego wskaźnika powinna zatem wynosić 920 016,16 zł, co przekracza kwotę §1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowej Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450) obliczoną zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2019 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych, czyli 913.630,20 zł. Próg ten zostałby przekroczony również przy przyjęciu do szacowania kwot netto wynagrodzenia wypłaconego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowych usług za 12 miesięcy poprzedzających miesiąc, w którym dokonano ustalenia szacunkowej wartości zamówienia (tj. październik 2020 – listopad 2019) – w tym przypadku kwota ta wyniosłaby 1 449 383,07 zł netto (339 489,63 euro).

Jak zatem wynika z powyższego, obydwie metody szacowania zamówienia, o których mowa w art. 34 ust. 1 pkt 1), zastosowane prawidłowo, tj. z uwzględnieniem prognozowanego średniorocznego wskaźnika towarów i usług konsumpcyjnych na 2021 r., prowadziły do ustalenia wartości szacunkowej kontrolowanego zamówienia w wysokości przekraczającej tzw. progi unijne. Ponadto należy zwrócić uwagę, że z samego zestawienia kwot faktur za usługi wykonane w ciągu 12 miesięcy poprzedzających czynność szacowania wartości zamówienia wynika, że łączna kwota netto za ten okres (tj. 1 423 755,48 zł) przekracza kwotę, o której mowa w §1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowej Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450). Biorąc powyższe pod uwagę, brak było w ocenie Kontrolującego podstaw do przyjęcia przez Zamawiającego, że wartość niniejszego zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych.

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie sposób zatem podzielić stanowiska Zamawiającego wyrażonego w przestanych do Urzędu wyjaśnieniach, że pominięcie przez niego wskaźnika inflacji podczas ustalania szacunkowej wartości zamówienia nie stanowiło nieprawidłowości i nie miało istotnego wpływu na wysokość tej kwoty. W szczególności, wobec braku podania przez Zamawiającego konkretnych przykładów w tym zakresie brak jest możliwości odniesienia się do argumentów Zamawiającego o otrzymywanych przez niego „sygnałach” z gmin sąsiednich o niskich cenach ofert w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi odbierania i zagospodarowywania odpadów (pomiędzy 731 zł a 920 zł za 1 Mg odpadów). Dane dotyczące cen ofert w postępowaniach organizowanych przez samego Zamawiającego świadczą natomiast raczej

⁵⁶ wskaźnik ten wynikał z projektu budżetu, który został we wrześniu opublikowany i wprowadzony do procesu legislacyjnego por. <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=640> [dostęp w dniu 3 września 2021 r.].

o przeciwnej tendencji (wartość stawki wybranej oferty za 1 Mg odpadów w okresie od 1 września 2020 r. do 31 grudnia 2020 r. wynosiła 1429,46 zł netto, podczas gdy w okresie od stycznia do sierpnia 2020 r. - 841,34 zł netto). Średnia arytmetyczna cen netto ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynosiła natomiast 1 491 310,14 zł netto (349 310,22 euro). (...)

Wobec powyższego stwierdzono naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 3 w zw. z art. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp2004 i § 1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowy Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450) poprzez nieprawidłowe ustalenie wartości zamówienia, prowadzące do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp2004 właściwych dla zamówień o wartości równej lub wyższej aniżeli kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004, a w efekcie do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp2004.

W uchwale z dnia 11 października 2021 r., sygn. akt KIO/KD 20/21, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła argumentację Prezesa UZP w powyższej kwestii.

W tym miejscu należy wskazać, iż w obecnie obowiązującym stanie prawnym zamawiający nie mają obowiązku ustalania na podstawie art. 35 ust. 1 ustawy Pzp wartości zamówienia w oparciu o prognozowany na dany rok średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, lecz z uwzględnieniem zmian wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia. Zatem, oszacowanie wartości zamówienia bez uwzględnienia zmian wartości zamawianych usług lub dostaw, jedynie w oparciu o łączną wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, będzie stanowiło o nieprawidłowości w zakresie ustalenia wartości zamówienia.

4.2. Dostawy na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu.

W art. 35 ust. 2 ustawy Pzp zawarto odrębne zasady szacowania wartości zamówień na dostawy, których udziela się na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia umowy dzierżawy, najmu lub leasingu, dlatego uwzględniając art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, należy przyjąć wyjaśnienie ww. pojęć zawarte kolejno w art. 693 § 1, art. 659 § 1 oraz art. 709¹ § 1 kc:

- przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz,
- przez umowę najmu wynajmujący zobowiązuje się oddać najemcy rzecz do używania przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a najemca zobowiązuje się płacić wynajmującemu umówiony czynsz,
- przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania 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.

W przypadku dostaw, których udziela się na podstawie umowy dzierżawy, najmu i leasingu ustalanie wartości zamówienia uzależnione jest od długości trwania umowy, tj.: w przypadku umów zawartych na czas:

1. nieoznaczony lub których okres obowiązywania nie może być oznaczony, wartością zamówienia jest wartość miesięczna pomnożona przez 48;
2. oznaczony:
 - a) nie dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia,
 - b) dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym miejscu należy zauważyć, iż w art. 434 ust. 1 ustawy Pzp zawarto generalną zasadę zawierania umów w sprawach zamówień publicznych na czas oznaczony. Odstępstwo od powyższej zasady zostało przewidziane w art. 435 ustawy Pzp, zgodnie z którym na czas nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy: wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci, gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej oraz licencji na oprogramowanie komputerowe. Zatem, w przypadku zawarcia umów dzierżawy, najmu lub leasingu w zakresie dostaw określonych w art. 435 ustawy Pzp, wartością zamówienia będzie zawsze wartość miesięczna pomnożona przez 48.

PRAKTYKA KONTROLI

W kontekście zasad szacowania wartości zamówień na dostawy, których udziela się na podstawie umowy dzierżawy, najmu i leasingu, należy przywołać Informację o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 marca 2019 r., znak: KND/12/19/DKZP, w której stwierdzono naruszenie przez zamawiającego art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp2004, a w konsekwencji art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 3 oraz art. 10 ust. 1,

art. 40 ust. 1 i 2 oraz art. 48 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie wartości zamówienia na dostawę gazu ziemnego bez dochowania należytej staranności oraz bez uwzględnienia pełnego okresu obowiązywania zamówienia, co doprowadziło do nieuprawnionego udzielenia ww. zamówień wykonawcy z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp. W toku kontroli ustalono, iż zamawiający zawarł w dniu 9 maja 2016 r. umowę, której przedmiotem było świadczenie w okresie od dnia 01.01.2017 r. do dnia 31.12.2020 r. usługi kompleksowej polegającej na sprzedaży i dostawie paliwa gazowego do punktów, których wykaz znajduje się w załączniku nr 1 do umowy, a następnie aneksem nr 2 do ww. umowy sprzedaży paliwa gazowego strony dokonały zmiany terminu na jaki ww. umowa została zawarta określając go na dzień 31 grudnia 2022 r. Zatem, ostatecznie umowa zawarta została na okres 6 lat, przy czym do udzielenia przedmiotowych zamówień nie stosowano przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W oparciu o następujący stan faktyczny sprawy stwierdzono: *zgodnie z treścią art. 34 ust. 3 pkt 2b) ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie udzielenia przedmiotowego zamówienia, który stanowił iż, jeżeli zamówienia na dostawę udziela się na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu na czas oznaczony dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem, zamawiający zobowiązany był do uwzględnienia przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia całego okresu jego wykonywania, tj. odpowiednio w chwili zawarcia umowy 48 miesięcy, jak również wobec zawarcia aneksu nr 2 w oparciu o który Zamawiający wydłużył umowę do 31 grudnia 2022 r. – z uwzględnieniem okresu 24 miesięcy (tj. od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2022 r.). (...) mając na uwadze wskazany wyżej przepis art. 34 ust. 3 pkt 2b) ustawy Pzp, stwierdzić należy, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia⁵⁷ z uwzględnieniem odpowiednio 4 – letniego i 2 – letniego okresu jego wykonywania wynosiła 603.285,84 zł netto (144.503,06 euro) oraz 265.682,54 zł netto (63.638,06 euro) i przekraczała próg wynikający z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielenia kontrolowanego zamówienia, co zobowiązywało do udzielenia przedmiotowego zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Dokonane przez Urząd ustalenia dotyczące wartości kwot wynagrodzenia poniesionego przez jednostkę w roku budżetowym 2015 oraz 2016 (odpowiednio 150.821,46 zł oraz 132.841,27 zł netto) wynikającego z zestawienia faktur odpowiednio za te lata, nakazują uznać, iż określenie wartości zamówienia dokonano bez zachowania należytej staranności, bowiem Zamawiający już w chwili szacowania wartości zamówienia tylko na okres 1 roku był w obydwu przypadkach zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp, co doprowadziło do nieuprawnionego udzielenia ww. zamówienia z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp.*

Rozpatrując złożone przez zamawiającego zastrzeżenia od wyniku ww. kontroli, w uchwale z dnia 7 maja 2019 r., sygn. akt KIO/KD 37/19, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż w niniejszej sprawie, nie ulega wątpliwości, że zamawiający zobowiązany był do uwzględnienia przy ustalaniu wartości szacunkowej

⁵⁷ Kom. wartość szacunkową zamówienia ustalono na podstawie kopii faktur rozliczeniowych zużycia gazu za 2015 r., które zostały przekazane przez jednostkę organizacyjną do Starostwa Powiatowego.

zamówienia całego okresu jego wykonywania, tj. odpowiednio w chwili zawarcia umowy 48 miesięcy, jak również wobec zawarcia aneksu nr 2 w oparciu o który zamawiający wydłużył umowę do 31 grudnia 2022 r. – z uwzględnieniem okresu 24 miesięcy (tj. od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2022 r.).

4.3. Usługi, których łączna cena nie może być określona.

Przepis art. 35 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje zasady szacowania zamówień na usługi, w przypadku gdy ich łączna wartość nie może zostać ustalona w inny sposób, np. gdy dane usługi powtarzające się lub podlegające wznowieniu nie były wcześniej wykonywane u zamawiającego i nie można określić daty pierwszego świadczenia, co wyklucza możliwość skorzystania z metod opisanych w art. 35 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. W takim przypadku, w zależności od planowanej długości wykonywania usług, których łączna cena nie może być określona, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest:

- 1) całkowita wartość zamówienia przez cały okres jego realizacji - w przypadku zamówień udzielanych na okres oznaczony nie dłuższy niż 48 miesięcy,
- 2) wartość miesięczna zamówienia pomnożona przez 48 - w przypadku zamówień udzielanych na czas nieoznaczony lub oznaczony dłuższy niż 48 miesięcy.

Zauważyć należy, iż zamawiający może zastosować przepisy dotyczące zamówień na usługi, udzielanych na czas nieoznaczony tylko w sytuacji przewidzianej w art. 435 ustawy Pzp, a zatem gdy przedmiotem umowy są usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego. Natomiast, w myśl art. 434 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

4.4. Usługi bankowe lub inne usługi finansowe, usługi ubezpieczeniowe i usługi projektowania.

Stosowanie do art. 35 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje:

- 1) usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia,
- 2) usługi ubezpieczeniowe, wartością zamówienia jest należna składka oraz inne rodzaje wynagrodzenia,
- 3) usługi projektowania, wartością zamówienia jest wynagrodzenie, opłaty, prowizje i inne podobne świadczenia.

Ad 1. Powyższy przepis znajduje zastosowanie np. przy umowach kredytu i określa, że podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługę kredytu nie jest pożyczony kapitał a jedynie opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. Wobec powyższego, szacując wartość zamówienia zamawiający powinien określić maksymalną wielkość kapitału, który zamierza pozyskać, a następnie w oparciu o ustaloną wartość kapitału oszacować opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. Analogicznie, przy szacowaniu wartości

zamówienia na usługę pożyczki – do wartości zamówienia nie wliczamy wartości pożyczanego kapitału, lecz w oparciu o jego wysokość ustalamy wartość opłat, prowizji, odsetek i innych podobnych świadczeń.

Ad 2. Przy zamówieniach obejmujących usługi ubezpieczeniowe należy pamiętać, iż wartość zamówienia ustalamy na podstawie składki oraz innych rodzajów wynagrodzenia, ale nie wliczamy do tej wartości sumy gwarancyjnej.

Ad 3. Jeżeli zamówienie obejmuje usługi projektowania wartością zamówienia jest wynagrodzenie, opłaty, prowizje i inne podobne świadczenia. Jednocześnie, należy w tym miejscu przywołać wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, dotyczący problematyki dzielenia zamówień na roboty budowlane, gdzie podkreślono znaczenie przesłanki funkcjonalności technicznej i gospodarczej, jako podstawowego kryterium do oceny, czy dane roboty budowlane polegające na wykonaniu obiektu mieszczą się w zakresie jednego zamierzenia inwestycyjnego. Należy uznać, iż ww. interpretacja przepisów znajduje również zastosowanie w odniesieniu do usług powiązanych z robotami budowlanymi, w tym na usługi wykonania dokumentacji projektowych. Zatem, zamówienie obejmujące usługi projektowe (wykonanie dokumentacji projektowych) stanowić będzie zakres dokumentacji odnoszącej się do określonego zamówienia na roboty budowlane, co w konsekwencji oznacza, że (co do zasady) każda usługa projektowa służąca przygotowaniu konkretnej inwestycji składającej się na określone zamierzenie budowlane, stanowiące przedmiot samodzielnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, powinna również być traktowana jako odrębne zamówienie na usługi.

ZAPAMIĘTAJ

Ustalając wartość zamówienia mającego za przedmiot usługi bankowe lub inne usługi finansowe, usługi ubezpieczeniowe oraz usługi projektowania zamawiający powinien mieć na względzie przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżyć wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia, a także że szacowanie wartości zamówienia należy dokonać przy zachowaniu należytej staranności. Należy bowiem podkreślić, iż wytyczne zawarte w art. 35 ust. 4 ustawy Pzp nie wyłączają ogólnych zasad dotyczących szacowania wartości zamówienia.

5. Ustalanie wartości zamówienia z uwzględnieniem zamówień podobnych i uzupełniających, opcji i wznowień, wartość partnerstwa innowacyjnego i dialogu konkurencyjnego.

W art. 31 ustawy Pzp określone zostały normy dotyczące sposobu ustalenia wartości zamówienia przy powtórzeniu zamówień podobnych, zamówień z uwzględnieniem prawa opcji i wznowień

oraz wartości zamówień udzielanych w postępowaniach prowadzonych w trybie partnerstwa innowacyjnego i dialogu konkurencyjnego.

5.1. Wartość zamówienia przy powtórzeniu zamówień podobnych i uzupełniających.

Reguły ustalenia wartości zamówienia określone w art. 31 ust. 1 ustawy Pzp nakazują uwzględnić wartość zamówień polegających na powtórzeniu dotychczasowych usług i robót budowlanych (w przypadku zamówień klasycznych – art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp⁵⁸, w przypadku zamówień sektorowych – art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp⁵⁹), jak również polegających na udzieleniu zamówienia uzupełniającego na roboty budowlane bądź usługi (w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa – art. 415 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp⁶⁰). Obowiązek uwzględnienia w wartości zamówienia powyższych zamówień wynika z faktu, że są one udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Stosownie do treści art. 213 ustawy Pzp, pod pojęciem zamówienia z wolnej ręki rozumie się tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Postępowanie prowadzone w trybie z wolnej ręki wyłącza charakterystyczną dla pozostałych procedur udzielania zamówień publicznych zasadę konkurencyjności postępowania.

Zamawiający, przygotowując się do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, w sytuacji, gdy przewiduje ewentualne udzielenie zamówień polegających na: powtórzeniu podobnych (lub uzupełniających w zamówieniach z dziedzin obronności i bezpieczeństwa) usług lub robót budowlanych, obowiązany jest uwzględnić wartość powtórzonych usług lub robót budowlanych, w wartości zamówienia. Jeżeli wartość zamówienia, uwzględniająca planowane powtórzenie podobnych usług lub robót budowlanych, wykaże konieczność zastosowania innego reżimu przewidzianego w ustawie Pzp niż wynikałoby to z samej tylko wartości zamówienia podstawowego, wartością zamówienia w świetle art. 31 ust. 1 ustawy Pzp będzie wartość większa (uwzględniająca potencjalne zamówienia z wolnej ręki). Ratio legis tego przepisu polega więc na przeciwdziałaniu czynnościom zaniżania wartości zamówienia

⁵⁸ Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości.

⁵⁹ Zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki jeżeli zamówienie jest udzielane dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych i polega na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy szacowaniu jego wartości, a w opisie zamówienia podstawowego wskazano zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone.

⁶⁰ Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w okresie 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych udzielane jest zamówienie uzupełniające tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, pod warunkiem że zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

poprzez nieobjęcie szacowaniem całego zamówienia w celu późniejszego zlecenia udzielenia pozostałej części zamówienia w trybie z wolnej ręki, a więc bez zachowania konkurencji.

Wzajemna relacja pomiędzy przesłankami udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki a wartością zamówienia dostrzeżona została w orzecznictwie KIO. Izba przy okazji wykładni art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazała, iż w sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówienia podstawowego ze wskazaniem, że dane zamówienie powtórzy w określonym konkretnym zakresie, indywidualnie oszacowana wartość zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych (zamówienia uzupełniającego) powinna zostać uwzględniona w wartości zamówienia podstawowego⁶¹.

Zauważenia wymaga, iż oszacowanie wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości planowanych do powtórzenia podobnych (uzupełniających) usług lub robót budowlanych stanowi czynność o istotnym znaczeniu dla procedury udzielenia zamówienia publicznego z uwagi na fakt, iż pozwala ono na wybór właściwego reżimu prawnego, który będzie stosowany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Istotnym jest zwrócenie uwagi, iż oszacowana „większa” wartość zamówienia nie wpływa na konieczność dysponowania przez zamawiającego budżetem niezbędnym do realizacji planowanych w przyszłości usług czy robót budowlanych. Zamówienia te jako przewidziane będą mogły zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki jeżeli zamawiający o tym zdecyduje. W kontekście powyższego, kwota jaką zamawiający przeznaczy na realizację zamówienia zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, będzie obejmowała wyłącznie zamówienie podstawowe.

Procedura ustalania wartości zamówienia z uwzględnieniem zamówień podobnych i uzupełniających wymaga udokumentowania jej przebiegu.

Zgodnie z treścią załączników nr 1, 2, 3, 4, 5 i 8 do rozporządzenia w sprawie *protokołów postępowania* zamawiający zobowiązany jest do ustalenia oraz ujawnienia, odpowiednio w zależności od trybu udzielenia zamówienia, wartości przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7, art. 388 pkt 2 lit. c oraz w art. 415 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

5.2 Wartość zamówienia z uwzględnieniem opcji i wznowień.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „opcji”. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa klasyczna oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, zwana dalej „dyrektywą sektorową”, wskazują, że podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana

⁶¹ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1153/21.

przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji oraz wznowień wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia (art. 5 ust. 1 dyrektywy klasycznej oraz art. 16 ust. 1 dyrektywy sektorowej).

Pojęcie opcji występuje również w przepisach dyrektyw dotyczących dopuszczalnych, bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmianach umowy. Zgodnie z nimi możliwa jest modyfikacja umowy, jeżeli zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, postanowienia dotyczące zmiany ceny lub opcje. Tego rodzaju klauzule muszą określać zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one natomiast przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej (art. 72 ust. 1 lit. a dyrektywy klasycznej i art. 89 ust. 1 lit. a dyrektywy sektorowej).

Przywołane powyżej regulacje zostały transponowane do prawa krajowego m.in. z treścią art. 31 ust. 2, jak również art. 441 ustawy Pzp. Ustawodawca implementując przywołane przepisy dyrektyw w odniesieniu do instytucji opcji skupił się m.in. na zagadnieniu ustalenia wartości zamówienia, wskazując w art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień. Instytucji jaką stanowi opcja poświęcony został również art. 441 ustawy Pzp. Stosownie do treści tego przepisu zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia (np. SWZ) w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Mając na uwadze powyższe przepisy, a także poglądy wypracowane w doktrynie i orzecznictwie na gruncie uprzednio obowiązującej ustawy Pzp2004, prawo opcji można zdefiniować jako *uprawnienie odmiennego kształtowania zakresu zamówienia oraz - co najważniejsze - do jednostronnego kształtowania zamówienia, szczególnie jego rozszerzenia w trakcie trwania umowy, a tym samym możliwość dokonania przez zamawiającego wyboru zakresu świadczenia będącego przedmiotem umowy o zamówienie publiczne. (...) Tak więc, przewidując prawo opcji, zamawiający przyznaje sobie prawo do zwiększenia zamówienia, jednakże zamiar powiększenia owego zakresu musi być określony i opisany już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ (...) największy możliwy zakres zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji musi być wzięty pod uwagę przy ustalaniu wartości zamówienia*⁶². W kontekście powyższego prawo opcji można określić jako jednostronne uprawnienie zamawiającego pozwalające na kształtowanie zakresu zamówienia podstawowego (rozszerzenia) o dodatkowe usługi,

⁶² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1024/13, zob. również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2018 r., sygn. akt KIO 359/18.

roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania pojawia się już na etapie realizacji zamówienia. Istotę opcji przedstawił też Sąd Najwyższy wskazując, iż *brak regulacji normatywnej pozwala bowiem na ukształtowanie tej umowy dokładnie według życzeń stron w konkretnej sytuacji. Wyróżnione zatem w piśmiennictwie stanowiska co do charakteru prawnego umowy opcji nie wykluczają się, ale są komplementarne – ilustrują, w jaki sposób strony konkretnej umowy mogą ją ukształtować. Mogą zatem albo nadać jej postać silniejszą (ofertową) i wtedy jednostronne oświadczenie uprawnionego z opcji będzie prowadziło do powstania stosunku prawnego. Alternatywnie strony mogą nadać tej umowie postać słabszą (umowy przedwstępnej), a wtedy uprawniony będzie jedynie mógł żądać zawarcia umowy ostatecznej. Trzeba przy tym zauważyć, że co do zasady, w razie wątpliwości, pierwszeństwo powinno mieć pierwsze stanowisko, bo tylko ono pozwala na osiągnięcie za pomocą zawarcia umowy opcji całkiem nowego skutku prawnego – w przypadku drugiego stanowiska skutek można by osiągnąć też za pomocą umowy przedwstępnej. Jednakże zawsze indywidualnej oceny wymaga charakter prawny konkretnej umowy*⁶³.

Zamawiający przewidując prawo opcji, jest zatem zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że przedmiot zamówienia odzwierciedlający zakres zamówienia udzielanego z wykorzystaniem instytucji prawa opcji oraz jego wartość powinny być określone przez zamawiającego już na etapie przygotowania postępowania.

W konsekwencji, specyfikacja warunków zamówienia, projektowane postanowienia umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu zamawiającego. Wyszczególnione w ten sposób części wchodzą w zakres tego samego zamówienia, są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia o ustalonej łącznie wartości zamówienia.

Z perspektywy problemu ustalenia wartości zamówienia w kontekście prawa opcji podstawowe znaczenie ma reguła określona w art. 31 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający przewidujący opcję, ustalając wartość zamówienia, zobowiązany jest uwzględnić maksymalną jej wartość. Ustalając tę wartość, zamawiający bierze pod uwagę zarówno koszt realizacji zamówienia podstawowego, jak i objętego prawem opcji.

Warte zauważenia jest, iż kwota jaką zamawiający wskazuje bezpośrednio przed otwarciem ofert (zabezpieczone w budżecie środki na realizację zamówienia), nie obejmuje wartości zamówienia objętego prawem opcji. Przepisy ustawy nie regulują wprost tej kwestii, jak również kwestii posiadania środków na wykonanie zamówienia objętego opcją. Należy w tym celu posiłkować się ugruntowanym już w tej materii orzecznictwem KIO zachowującym, co do istoty aktualność, zgodnie z którym *wartość prawa opcji powinna być wzięta pod uwagę przy szacowaniu wartości zamówienia, ale z uwagi na fakt, że opcja nie jest*

⁶³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2016 r., sygn. akt II CSK 470/15, Legalis.

zobowiązaniem zamawiającego, nie jest uwzględniana w kwocie, którą zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie musi posiadać środków na wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie zamówienia opcjonalnego⁶⁴.

Wznowienie to pojęcie wywodzące się z prawa unijnego. Nie zostało jednak zdefiniowane zarówno w przepisach dyrektywy klasycznej jak i ustawie Pzp. Przepisy dyrektywy klasycznej, podobnie jak ustawa Pzp, nakazują uwzględnianie wartości wznawianego zamówienia w wartości zamówienia. W uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp wskazano, iż wznowienia zamówienia, są wykonywaniem po raz kolejny tych samych dostaw lub usług przewidzianych w pierwotnej umowie. Wznowienia nie wymagają zmiany umowy i dotyczą umów zawartych na czas określony, które podlegają przedłużaniu na kolejny okres⁶⁵.

Czyniąc zadość obowiązkowi informacyjnemu, Zamawiający podaje w ogłoszeniu o zamówieniu informację, czy zamówienie obejmuje opcje i wznowienia, określa rodzaj i maksymalną wartość opcji i okoliczności skorzystania z opcji oraz opis wznowienia – jeżeli je przewiduje.

5.3. Wartość partnerstwa innowacyjnego.

Zgodnie z treścią art. 189 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego w przypadku zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, jeżeli nie są one dostępne na rynku. Partnerstwo innowacyjne jest szczególną procedurą udzielenia zamówień publicznych. Procedura ta po pierwsze, służy zakupowi produktów, usług i robót budowlanych, które w momencie inicjowania procedury nie istnieją na rynku. Po drugie, w ramach procedury prowadzonej w trybie partnerstwa innowacyjnego dokonuje się zarówno stworzenia przedmiotu zamówienia, jak i zakupienia jego komercyjnych ilości.

Istotną czynnością poprzedzającą wszczęcie procedury w trybie partnerstwa innowacyjnego jest oszacowanie jego wartości. Ustalenie wartości partnerstwa innowacyjnego, tj. wartości zamówienia na przedmiot, który nie został jeszcze stworzony, a więc co do zasady nie istnieje na rynku, może rodzić pewne problemy. Z tego względu szacowanie wartości takiego zamówienia będzie dokonane w znacznym przybliżeniu. Należy mieć na uwadze, iż do ustalania wartości zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego zastosowanie znajdą zasady określone w Dziale I Rozdziale 5 ustawy Pzp. W związku z powyższym dokonując ustalenia wartości partnerstwa innowacyjnego należy kierować się „należyłą starannością” (art. 28 ustawy Pzp). Ustalenie wartości zamówienia z należyłą starannością oznacza wybór właściwej metody dokonania takiego szacunku oraz zastosowanie adekwatnych technik ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy. Miarą należytej staranności jest jej rzetelność prowadząca do ustalenia wartości zamówienia w kwocie możliwie najbliższej cenie rynkowej tego zamówienia.

⁶⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2018 r., sygn. akt KIO 359/18.

⁶⁵ Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy Nr 3624, Sejm VIII kadencji, s. 17.

W odniesieniu do partnerstwa innowacyjnego spełnienie wymogu „należytej staranności” nastąpi, gdy zamawiający w sposób dostateczny określi wartość nakładów i przybliży wartość efektu partnerstwa.

Czynność ustalenia wartości partnerstwa innowacyjnego powinna nastąpić od razu po stwierdzeniu niedostępności przedmiotu zamówienia na rynku i korespondować z podjęciem decyzji o zasadności wszczęcia procedury w tym trybie. Ustalenie wartości partnerstwa innowacyjnego reguluje art. 31 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym wartością partnerstwa innowacyjnego jest maksymalna wartość wszystkich działań w procesie badawczo-rozwojowym, które mają zostać przeprowadzone w ramach każdego z etapów planowanego partnerstwa oraz wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych, które mają być opracowane i zamówione na koniec partnerstwa. Ponadto, jeżeli w partnerstwie innowacyjnym zamawiający przewiduje nagrody, również ich wartość uwzględnia się w szacunkowej wartości zamówienia (art. 31 ust. 4 ustawy Pzp). Wydaje się, że dookreślenie wszystkich działań badawczo-rozwojowych składających się na realizację umowy, a następnie oszacowanie ich wartości będzie zadaniem, które może domagać się zaadresowania w ramach wstępnych konsultacji rynkowych. Dodatkowo należy zauważyć, że od wartości prac badawczo - rozwojowych uzależnia się wartość finalnych zakupów poprzez wymóg, że wartość zakupów musi być proporcjonalna do wartości inwestycji niezbędnej do ich opracowania (art. 206 ust. 2 ustawy Pzp). Takie powiązanie wynika z tego, że tylko odpowiednia wielkość ostatecznych zakupów będzie uzasadniać poniesienie znaczących kosztów całej procedury i inwestycji związanych z wypracowaniem innowacji. Dlatego też szacowanie wartości partnerstwa innowacyjnego musi uwzględniać istnienie tego wprowadzonego przez ustawodawcę powiązania⁶⁶.

Procedura ustalania wartości partnerstwa innowacyjnego wiąże się również z ciężącym na zamawiającym obowiązkiem dokumentowania przebiegu tego procesu. Zgodnie z treścią załącznika nr 5 (Protokół postępowania w trybie partnerstwa innowacyjnego – druk ZP-PI) do rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania zamawiający, podobnie jak w innych trybach udzielenia zamówienia, zobowiązany jest do zaprotokołowania oszacowanej wartości zamówienia udzielanego w trybie partnerstwa innowacyjnego.

5.4 Wartość dialogu konkurencyjnego.

Dialog konkurencyjny na gruncie ustawy Pzp zdefiniowany jest w art. 169 jako tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, następnie zamawiający prowadzi dialog z zaproszonymi do udziału w dialogu wykonawcami w zakresie zaproponowanych przez nich rozwiązań, po zakończeniu którego zaprasza ich do składania ofert. Dialog konkurencyjny jest trybem szczególnie predestynowanym do udzielania zamówień szczególnie skomplikowanych, gdy zamawiający nie jest w stanie określić, które z rozwiązań będą dla niego najbardziej korzystne i w największym stopniu będą odpowiadać jego potrzebom.

⁶⁶ red. Nowak H., Winiarz M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa 2021, komentarz do art. 189, s. 607.

Ustalenie wartości dialogu konkurencyjnego, co do zasady, odbywać się będzie na podstawie ogólnych zasad ustalania wartości zamówienia publicznego określonych w Dziale I Rozdziale 5 ustawy Pzp. Przy czym pamiętać należy, że ustawodawca przewidział możliwość udzielenia zamówienia w tym trybie wyłącznie jeśli wartość zamówienia klasycznego jest równa lub przekracza progi unijne. Ponieważ w tym trybie zamawiający, wszczynając postępowanie, nie dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a jedynie określa przedmiot zamówienia, ustalając wartość dialogu konkurencyjnego powinien oprzeć się na wszystkich informacjach dostępnych mu na tym etapie i dokonać wyceny z zachowaniem ostrożności oraz w sposób uwzględniający realistyczne przewidywania. Należy przy tym kierować się należyłą starannością. Ustalając wartość zamówienia nie można pominąć art. 31 ust. 4 ustawy Pzp, w treści którego ustawodawca doprecyzował, iż w dialogu konkurencyjnym, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody, jest zobowiązany uwzględnić ich wartość w oszacowanej wartości zamówienia. Informację o wysokości nagród dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania będące podstawą do składania ofert zamawiający zobowiązany jest podać w opisie potrzeb i wymagań.

Procedura ustalenia wartości dialogu konkurencyjnego wymaga stosowanego udokumentowania. Zgodnie z treścią załącznika nr 4 (Protokół postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego – druk ZP-DK) do rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania zamawiający, podobnie jak w innych trybach udzielenia zamówienia, zobowiązany jest do zaprotokołowania oszacowanej wartości zamówienia udzielanego w trybie dialogu konkurencyjnego.

6. Ustalanie wartości zamówienia dla szczególnych instrumentów i procedur w zakresie zamówień klasycznych.

Z uwagi na fakt, iż ustawa Pzp wyodrębnia grupę szczególnych instrumentów i procedur w zakresie zamówień klasycznych, regulowanych zasadniczo w Dziale IV ustawy Pzp, ze względu na ich specyfikę niemieszczącą się w zakresie standardowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zasadne było także określenie przez ustawodawcę szczególnych zasad ustalania wartości zamówienia dla tych instrumentów i procedur. Niemniej jednak należy podkreślić, iż z uwagi na umiejscowienie podstawowych przepisów regulujących zasady ustalania wartości zamówienia w Dziale I ustawy Pzp, mającym zastosowanie do wszystkich procedur dotyczących zamówień i konkursów, w zakresie nieuregulowanym treścią norm szczególnych, ustalanie wartości zamówienia (lub konkursu) w ramach instrumentów i procedur określonych w Dziale IV ustawy Pzp będzie co do zasady odbywać się zgodnie z regułami określonymi w Dziale I ustawy Pzp.

6.1. Ustalanie wartości dynamicznego systemu zakupów oraz wartości zamówień objętych tym systemem.

Stosownie do treści art. 7 pkt 5 ustawy Pzp, pod pojęciem dynamicznego systemu zakupów rozumie się ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień, których przedmiotem są ogólnie dostępne usługi, dostawy lub roboty budowlane. Istotą tego systemu stanowi możliwość udzielania zamówień

objętych tych systemem w uproszczonej procedurze wykonawcom, którzy zostali zakwalifikowani po weryfikacji wniosków o dopuszczenie do dynamicznego systemu zakupów, co oznacza, iż procedura ta obejmuje zasadniczo dwie części - postępowanie w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, w ramach którego zamawiający wyłania uczestników dynamicznego systemu zakupów dopuszczonych do składania ofert, jak również postępowanie o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów, w ramach którego zamawiający wyłania wykonawcę konkretnego zamówienia. Z perspektywy kwestii wartości zamówienia, wiąże się to z faktem wyodrębnienia „wartości dynamicznego systemu zakupów” jako całości (część I) oraz „wartości zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów” (część II).

Kwestia ustalenia wartości w zakresie dynamicznego systemu zakupów ma podstawowe znaczenie m.in. ze względu na fakt, że ustawodawca przewidział możliwość ustanowienia tego systemu wyłącznie jeśli wartość zamówienia klasycznego jest równa lub przekracza progi unijne, o czym stanowi art. 316 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie przepis ten nakazuje stosować do udzielania zamówień objętych tym systemem przepisy dotyczące udzielenia zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, jeśli przepisy Działu IV Rozdziału II ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Biorąc pod uwagę przywołaną uprzednio ogólną zasadę aplikowalności reguł ustalania wartości zamówienia określonych w Dziale I ustawy Pzp także do instrumentów i procedur wskazanych w Dziale IV ustawy Pzp, uznać należy, że zasady określone w Dziale I Rozdziale 5 ustawy Pzp znajdują zastosowanie do dynamicznego systemu zakupów.

Jednocześnie z uwagi na fakt, iż dynamiczny system zakupów może obejmować wiele zamówień, w tym – zgodnie z art. 316 ust. 2 ustawy Pzp – podzielonych na kategorie, celem rozstrzygnięcia o ich wzajemnej relacji pod względem ustalenia wartości ustawodawca przewidział regulację art. 32 ust. 1 ustawy Pzp określającą, iż wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający przewiduje udzielić w okresie obowiązywania dynamicznego systemu zakupów. Powyższa norma przesądza tym samym o formalnym charakterze związku pomiędzy poszczególnymi zamówieniami wchodzącymi w zakres dynamicznego systemu zakupów z perspektywy procedury ustalania wartości, bez konieczności odrębnej weryfikacji istnienia pomiędzy nimi tożsamości podmiotowej, przedmiotowej i czasowej.

Należy podkreślić, iż dynamiczny system zakupów może dotyczyć wszystkich rodzajów zamówienia, tj. dostaw, usług oraz robót budowlanych, co oznacza, że zamawiający będzie zobligowany wziąć w tym zakresie pod uwagę regulacje dotyczące ustalania wartości zamówienia z uwagi na rodzaj zamówienia. Analogicznie na zamawiającym ciąży obowiązek dotyczące formalnych aspektów ustalania wartości zamówienia, przede wszystkim w zakresie dokumentowania tego procesu, wynikające z zasad ogólnych.

Zgodnie z treścią załącznika nr 9 do rozporządzenia w sprawie protokołów, zamawiający zobowiązany jest do ustalenia oraz zaprotokołowania wartości w odniesieniu do:

1. w zakresie części I – postępowania w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, określając wartość zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów, których zamawiający przewiduje udzielić w okresie obowiązywania dynamicznego systemu zakupów w złotych oraz w euro wraz z podaniem dnia ustalenia tej wartości oraz podstawy jej ustalenia, jak również ze wskazaniem czy zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej (jeśli tak – wskazuje projekt/program);
2. w zakresie części II – postępowania o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów, określając wartość zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów, wraz z podaniem dnia ustalenia tej wartości oraz podstawy jej ustalenia, jak również ze wskazaniem czy zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej (jeśli tak – wskazuje projekt/program).

Tym samym podkreślić należy, iż jakkolwiek to wartość dynamicznego systemu zakupów jako całości będzie miała podstawowe znaczenie z perspektywy oceny dopuszczalności zastosowania tego systemu, o tyle w aspekcie formalnym, zamawiający powinien udokumentować przebieg procesu ustalania wartości zamówienia dla każdego zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów z osobna.

6.2. Ustalanie wartości umowy ramowej.

Umowa ramowa na gruncie ustawy Pzp zdefiniowana została w art. 7 pkt 26 jako umowa zawarta między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Z perspektywy problemu ustalania wartości podstawowe znaczenie ma zatem fakt, iż umowa ramowa nie stanowi o udzieleniu zamówienia publicznego bezpośrednio, a zawiera jedynie określenie warunków, na jakich zamówienia będą udzielane danemu wykonawcy lub wykonawcom w przyszłości, przy czym sama umowa ramowa zawierana jest po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące określonych trybów udzielania zamówień (art. 311 ust. 1 ustawy Pzp). Oznacza to, iż wartość umowy ramowej determinować będzie w szczególności wybór właściwego trybu dla przeprowadzenia postępowania zmierzającego do jej zawarcia. I tak art. 311 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dopuszcza możliwość zastosowania odpowiednio przepisów dotyczących trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, w przypadku gdy wartość zamówienia klasycznego jest równa lub przekracza progi unijne; z kolei art. 311 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje stosowanie odpowiednio przepisów dotyczących trybu podstawowego lub partnerstwa innowacyjnego, o którym mowa w Dziale III Rozdziale 4 Oddziale 2 ustawy Pzp, w przypadku gdy wartość zamówienia klasycznego jest mniejsza niż progi unijne.

Z uwagi na ścisły związek pomiędzy zamówieniami objętymi daną umową ramową, ustawodawca w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zdefiniował wartość umowy ramowej jako łączną wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie obowiązywania umowy ramowej. Oznacza to tym samym, iż łączenie zamówień

dla celów ustalenia wartości umowy ramowej nie jest warunkowane koniecznością odrębnej weryfikacji istnienia tożsamości przedmiotowej, podmiotowej oraz czasowej pomiędzy nimi. W szczególności podkreślić należy, iż dotyczyć będzie to także sytuacji, w której umowa ramowa obejmuje zamówienia wielorodzajowe. Inaczej natomiast należy odnieść się do sytuacji, w której zamawiający planuje zawrzeć kilka umów ramowych po przeprowadzeniu postępowań zgodnie z art. 311 ust. 1 ustawy Pzp – zasadne jest uznanie, iż wiąże się to z obowiązkiem łączenia wartości tychże umów (w tym z uwzględnieniem art. 32 ust. 2 ustawy Pzp), jeśli spełnione zostaną kryteria tożsamości przedmiotowej, podmiotowej i czasowej dla tych umów względem siebie.

Procedura ustalania wartości umowy ramowej wymaga dokumentowania jej przebiegu na zasadach właściwych dla procedury ustalania wartości zamówienia.

6.3. Ustalanie wartości konkursu.

Zgodnie z art. 7 pkt 8 ustawy Pzp, przez pojęcie konkursu należy rozumieć przyrzeczenie publiczne, w którym zamawiający, przez publiczne ogłoszenie, przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej wybranej przez sąd konkursowy.

Ustalenie wartości konkursu rodzi określone skutki prawne ze względu na przewidzenie przez ustawodawcę stosowanie do procedury konkursowej określonych przepisów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zróżnicowanych z uwagi na wartość konkursu, m.in.:

- zamawiający wszczyna konkurs przez przekazanie ogłoszenia o konkursie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w przypadku gdy wartość konkursu jest równa lub przekracza progi unijne, albo przez zamieszczenie ogłoszenia o konkursie w Biuletynie Zamówień Publicznych, w przypadku gdy wartość konkursu jest mniejsza niż progi unijne (art. 340 ust. 1 pkt 1-2 ustawy Pzp);
- do ogłoszeń o konkursie stosuje się odpowiednio przepisy art. 86-88 i art. 90, a jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż progi unijne – przepisy art. 267 oraz art. 269-272 (art. 340 ust. 2 ustawy Pzp);
- do zmian treści regulaminu konkursu stosuje się odpowiednio przepisy art. 137 ust. 4-7, a jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż progi unijne – przepisy art. 286 ust. 3, 5, 6 i 9 (art. 342 ust. 4 ustawy Pzp).

Z uwagi na fakt, iż konkurs nie stanowi zamówienia publicznego sensu stricto, nie było możliwe określenie ogólnych zasad ustalania jego wartości poprzez odniesienie się do szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, z tego też względu w treści art. 32 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca zdefiniował wartość konkursu jako wartość nagród oraz wartość zwrotu kosztów przewidzianych dla uczestników konkursu.

Jak wynika z treści art. 326 ustawy Pzp, w konkursie możliwe są dwa rodzaje nagród:

- 1) nagroda pieniężna lub rzeczowa przyznawana autorowi lub autorom wybranych prac konkursowych albo;
- 2) zaproszenie autora lub autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową.

Tym samym ponieważ w przypadku określonym w art. 326 pkt 2 ustawy Pzp przewidziana została możliwość przyrzeczenia nagrody w postaci bezpośrednio niefinansowej bądź to niezależnie, bądź łącznie z innymi nagrodami, ustawodawca doprecyzował w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, iż wartością konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest wartość tego zamówienia, wartość nagród dodatkowych, jeżeli zamawiający przewidział takie nagrody, oraz wartość zwrotu kosztów przewidzianych dla uczestników konkursu.

W odniesieniu do wartości nagród, nie rodzi wątpliwości kwestia ustalenia wartości nagrody pieniężnej, odpowiadająca jej wartości nominalnej. W przypadku nagród rzeczowych, wobec braku szczegółowych wytycznych ustawodawcy w danym zakresie, zasadne jest przyjęcie, iż dla celów ustalenia wartości konkursu wartość nagrody rzeczowej powinna być odzwierciedlona wartością rynkową danego przedmiotu, co zamawiający powinien być w stanie wykazać na podstawie posiadanych dokumentów (np. faktura).

Biorąc pod uwagę wyodrębnienie w treści przepisów regulujących procedurę konkursu „zwrotu kosztów przygotowania prac konkursowych” (art. 333 ust. 2 pkt 15 ustawy Pzp) oraz „zwrotu kosztów za przygotowanie i złożenie pracy konkursowej” (art. 333 ust. 2 pkt 17 ustawy Pzp) zasadne jest uznanie, iż zamawiający ustalając wartość konkursu powinien przyjąć najszerszy zakres możliwej wartości zwrotu kosztów, uwzględniający także koszty złożenia pracy. Ma to szczególne znaczenie biorąc pod uwagę fakt, iż przewidzenie zwrotu kosztów przygotowania prac konkursowych nie jest co do zasady obowiązkiem zamawiającego, z wyjątkiem sytuacji, w której nastąpiło unieważnienie konkursu w okolicznościach, o których mowa w art. 355 ust. 4 ustawy Pzp, tj. unieważnienie konkursu nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Uznać zatem należy, iż zasadniczo w każdym konkursie zamawiający określi w regulaminie wartość zwrotu kosztów, która stanowić będzie element wartości konkursu. Ustawa nie przewiduje szczegółowych regulacji dotyczących sposobu ustalania kosztów, jakie mogą ponieść uczestnicy konkursu z tytułu przygotowania i złożenia pracy konkursowej, co daje podstawę do uznania, iż będzie ona determinowana wolą zamawiającego, który dostosowuje wartość przewidzianego zwrotu kosztów przede wszystkim do swoich możliwości finansowych.

Jednocześnie w odniesieniu do konkursów, gdzie nagrodę stanowi zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, ustalenie wartości konkursu w tym zakresie odbędzie się zgodnie z ogólnymi zasadami dotyczącymi ustalania wartości zamówienia publicznego.

Jakkolwiek ustawa Pzp w art. 36, określając terminy ustalania wartości zamówienia nie odwołuje się wprost do konkursu, zasadne wydaje się uznanie, iż przedmiotowy przepis należy stosować odpowiednio do procedury konkursowej.

Analogicznie jak w przypadku innych szczególnych instrumentów i procedur w zakresie zamówień klasycznych, procedura ustalania wartości konkursu wiąże się z obowiązkiem jej udokumentowania na zasadach właściwych dla procedury ustalania wartości zamówienia.

7. Aktualizacja wartości zamówienia.

Obowiązujące terminy dla ustalenia wartości zamówienia zostały wskazane w art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, z tym że w przypadku zamówień udzielanych w częściach powyższe terminy odnoszą się do wszczęcia pierwszego z postępowań. Jednocześnie ustawodawca przewidział możliwość aktualizacji ustalonej wcześniej wartości zamówienia, jeżeli po jego ustaleniu nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie. W takim przypadku, w myśl art. 36 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

W praktyce z aktualizacją wartości zamówienia będziemy mieli do czynienia w 3 przypadkach:

1. gdy dokonano oszacowania wartości zamówienia, jednak przedłużająca się procedura przygotowania postępowania spowodowała przekroczenie terminów wskazanych w art. 36 ust. 1 ustawy Pzp. W zależności od przyjętego przez Zamawiającego sposobu ustalania wartości zamówienia aktualizacja wartości zamówienia będzie wymagała jedynie sporządzenia odpowiedniej adnotacji w dokumentacji z szacowania, np. przy ustalaniu wartości na dostawy lub usługi powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie przy zastosowaniu art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bądź powtórzenia całej procedury (np. ustalenie wartości przy pomocy rozeznania rynkowego);
2. przy zamówieniach udzielanych w częściach, w szczególności tych realizowanych w znacznych odstępach czasu. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku zamówień udzielanych w częściach podane terminy odnoszą się do wszczęcia pierwszego z postępowań. Zatem, pierwotna wartość całego zamówienia udzielanego w częściach będzie co do zasady rozstrzygała kwestię czy zamawiający jest zobowiązany do stosowania ustawy zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 2 ustawy Pzp, a także determinowała wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego uzależniony od przekroczenia progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego każdą kolejną część Zamawiający powinien aktualizować wartość zamówienia dla tej konkretnej części, gdyż obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z zachowania należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia (art. 28 ustawy Pzp) jest ustalenie wartości zamówienia w taki sposób by wartość zamówienia odpowiadała jak najbardziej wartości rynkowej, z uwzględnieniem wszelkich czynników mogących wpłynąć na wartość zamówienia (np. poziom wzrostu inflacji, dostępność towaru na rynku, zmiany kursu walut). Powyższa kwestia ma istotne znaczenie przy ustalaniu wysokości wymaganego w postępowaniu wadium, czy też przy ocenie złożonych w postępowaniu ofert w kontekście badania rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.
3. gdy ustalenia wartości zamówienia dokonano w terminach określonych w art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże przed wszczęciem postępowania nastąpiła zmiana okoliczności faktycznych powodująca, iż

ustalona wartość zamówienia nie odpowiada już wartości rynkowej, np. w wyniku radykalnie podniesionych cen rynkowych, czego nie można było przewidzieć w momencie pierwotnego szacowania wartości zamówienia. Należy podkreślić, iż ceny ofertowe nie są wyznacznikiem do oceny czy prawidłowo oszacowano wartość zamówienia ani czy ustalona wartość zamówienia w terminach określonych w art. 36 ust. 1 ustawy Pzp powinna zostać zaktualizowana. Również zmiana okoliczności na etapie trwania postępowania (np. zmiana zakresu przedmiotu zamówienia wprowadzona w wyniku wyjaśnień treści SWZ) nie stanowi przesłanki do zmiany ustalonej wartości zamówienia, gdyż czynność ta może być dokonana jedynie przed wszczęciem postępowania⁶⁷.

Jak wskazano w piśmie UZP z dnia 28 lutego 2022 r., znak: WK/21/22, stanowiącym odmowę wszczęcia kontroli doraźnej: *sporządzający na Zamawiającym obowiązek aktualizacji szacunkowej wartości zamówienia znajduje zastosowanie jedynie w wyjątkowych sytuacjach, np. w wyniku nagłego, znacznego wzrostu cen towarów. W niniejszym przypadku Wykonawca opiera swój zarzut na fakcie, iż w unieważnionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wartość netto jedynej złożonej oferty przekraczała szacunkową wartość zamówienia o ok. 10.000.000,00 zł. Zatem, należy podkreślić, iż Zamawiający jest zobligowany do szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane na podstawie kosztorysu inwestorskiego, a nie w oparciu o złożone we wcześniej prowadzonym postępowaniu oferty. Ponadto, w oparciu o jedną złożoną w unieważnionym postępowaniu ofertę nie można w sposób obiektywny stwierdzić, iż ustalona zgodnie z art. 34 ust. 1 pkt 1 oraz art. 36 ust. 1 ustawy Pzp szacunkowa wartość zamówienia została zaniżona i nie odpowiada obecnym warunkom rynkowym. Jednocześnie, w aspekcie wzrostu cen towarów związanych z rosnącą inflacją czy też wzrostu kosztów pracowniczych związanych ze zmianą wysokości wynagrodzenia minimalnego należy stwierdzić, iż powyższy wzrost tych elementów cenotwórczych nie był aż tak istotny w okresie niecałych 2 miesięcy, aby stwierdzić, iż ustalona w dniu 17 września 2021 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego wartość szacunkowa była nieaktualna w dniu 9 listopada 2021 r., tj. w dniu wszczęcia analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, iż Wnioskodawca nie przekazał żadnych dowodów wskazujących na wzrost cen ww. czynników w okresie wrzesień-listopad 2021 r., które tłumaczyłyby wspomniany we wniosku zarzut zaniżenia szacunku o ok. 10.000.000,00 zł. (...)*

Ponadto należy zauważyć, iż okoliczność zaoferowania przez wszystkich wykonawców cen ofertowych przekraczających kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co z reguły oznacza również wyższą cenę ofertową netto niż przyjętą przez Zamawiającego wartość szacunkową zamówienia, występuje na tyle często przy przeprowadzaniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych, że ustawodawca zdecydował się w takich przypadkach umożliwić Zamawiającemu zwiększenie tej kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty bądź unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

⁶⁷ Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1157/12.

Jednocześnie należy podkreślić, iż podstawą oszacowania wartości zamówienia na roboty budowlane jest kosztorys inwestorski sporządzony w terminie 6 miesięcy przed wszczęciem postępowania, co w niniejszym przypadku nastąpiło. W oparciu o zebrany materiał dowodowy nie można stwierdzić, iż w okresie od ustalenia szacunkowej wartości zamówienia do wszczęcia przedmiotowego postępowania (17.09-9.11.2021 r.) nastąpiła wyjątkowa sytuacja na rynku, która obligowałaby Zamawiającego do zmiany szacunkowej wartości zamówienia w oparciu o art. 36 ust. 2 ustawy Pzp.

ZAPAMIĘTAJ

Aktualizacja wartości zamówienia powinna zostać dokonana w formie pisemnej z uwagi na zawarty w art. 28 ustawy Pzp obowiązek ustalania wartości zamówienia z należytą starannością. Należy podkreślić, iż dokonanie aktualizacji wartości zamówienia jedynie w formie ustnej jest niewystarczające i nie będzie stanowiło dowodu dla organów kontroli, np. stwierdzone przez Prezesa UZP naruszenie art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2021., znak: KND/44/21/DKZP.

8. Powiązania art. 28 i nast. ustawy Pzp z innymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W niniejszym rozdziale zostanie zaprezentowany wpływ ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia na przyjęty tryb udzielenia zamówienia, a także na konkretne obowiązki bądź uprawnienia zamawiającego uzależnione od przyjętej wysokości tej wartości.

Oszacowanie wartości zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności podejmowanych na etapie przygotowania postępowania, gdyż nie rozstrzyga tylko kwestii, czy w danym przypadku zamawiający jest zobligowany do stosowania przepisów ustawy Pzp, ale również – w przypadku planowania wszczęcia postępowania w jednym z trybów określonych w ustawie – decyduje o kształcie zapisów SWZ oraz konkretnych czynnościach zamawiającego podejmowanych zarówno na etapie przygotowania zamówienia, jak i w jego toku. Nie można również zapomnieć, iż od ustalonej wartości zamówienia będzie zależał katalog środków ochrony prawnej, z której mogą korzystać wykonawcy. Poszczególne aspekty powiązań między art. 28 i innymi przepisami ustawy Pzp zostały zaprezentowane w podrozdziałach.

8.1. Progi, od których zależy obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp oraz wybór trybów postępowań.

Tytułem wstępu należy wskazać, iż podstawowym celem ustalenia wartości zamówienia jest wyznaczenie właściwego reżimu prawnego dla procedury udzielenia zamówienia publicznego oraz organizowania

konkursów. W tym celu, po dokonaniu oszacowania wartości zamówienia na podstawie art. 28 i nast. ustawy Pzp, Zamawiający porównuje uzyskaną kwotę z progami kwotowymi, od których uzależnione jest stosowanie przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z art. 2 ustawy Pzp, przepisy ustawy stosuje się do udzielania:

- 1) zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, przez zamawiających publicznych,
- 2) zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych,
- 3) zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających publicznych oraz zamawiających sektorowych,
- 4) zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających subsydiowanych w okolicznościach, o których mowa w art. 6 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy zauważyć, iż w art. 7 pkt 31 ustawy Pzp zawarto ogólną definicję pojęcia „zamawiający” wskazując, iż należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, obowiązana na podstawie ustawy do jej stosowania, a następnie w art. 4-6 ustawy Pzp wyodrębniła trzy rodzaje zamawiających, tj.: zamawiających publicznych, zamawiających sektorowych i zamawiających subsydiowanych.

Zgodnie z art. 4 ustawy Pzp, zamawiającymi publicznymi są:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.),
- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej,
- 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - b) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
- 4) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 lub 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.

Natomiast, stosownie do art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, do kategorii zamawiających sektorowych należą:

- 1) zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp,
- 2) inne, niż określone w pkt 1, podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp, oraz na których zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności:

- a) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
 - b) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
 - c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
- 3) inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

Definicję pojęcia „praw szczególnych lub wyłącznych” oraz „działalności sektorowej” zawarto kolejno w art. 5 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

Osobną kategorię stanowią zamawiający subsydiowani, przez których należy rozumieć podmioty niezaliczane do zamawiających publicznych i sektorowych, jeżeli:

- 1) ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1,
- 2) wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne,
- 3) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi,

przy czym wszystkie ww. okoliczności muszą nastąpić łącznie. Należy zauważyć, iż elementem obligatoryjnym uznania danego podmiotu za zamawiającego, o którym mowa w art. 6 ustawy Pzp, jest ustalenie wartości zamówienia w kwocie równej lub przekraczającej progi unijne.

Ustawodawca zdecydował się wprowadzić pojęcie „progów unijnych” w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, iż są to kwoty wartości zamówień lub konkursów określone w:

- 1) art. 4 i art. 13 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, ze zm.),
- 2) art. 15 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, ze zm.),
- 3) art. 8 dyrektywy 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76, ze zm.),

– aktualizowane w aktach wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych odpowiednio na podstawie art. 6 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, art. 17 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE i art. 68 dyrektywy 2009/81/WE.

W oparciu o art. 3 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informuje, w formie obwieszczenia w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski" oraz na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, o:

- 1) aktualnych progach unijnych, ich równowartości w złotych oraz o równowartości w złotych kwot wyrażonych w ustawie w euro,
 - 2) średnim kursie złotego w stosunku do euro, stanowiącym podstawę przeliczania wartości zamówień lub konkursów,
- ustalonych zgodnie z komunikatami Komisji Europejskiej, wydanymi na podstawie ww. rozporządzeń. Natomiast, w art. 3 ust. 4 ustawy Pzp nałożono na zamawiających obowiązek przeliczania kwot wartości zamówień wyrażonych w ustawie w euro zgodnie ze średnim kursem złotego w stosunku do euro, o którym mowa w art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z obecnie obowiązującym obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2021 r. poz. 1177):

- 1) średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów wynosi 4,4536 zł;
- 2) aktualne progi unijne zostały ustalone na poziomie:
 - w przypadku zamówień klasycznych, o których mowa w art. 7 pkt 33 ustawy Pzp, na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających publicznych – 5 382 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 23 969 275 zł,
 - w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, będących jednostkami sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 2 ustawy Pzp, będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej – 140 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 623 504 zł, przy czym w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez zamawiających działających w dziedzinie obronności próg ten dotyczy wyłącznie zamówień na produkty objęte załącznikiem III do dyrektywy 2014/24/UE,
 - w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych innych niż określonych w pkt 2 – 215 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 957 524 zł; próg ten stosuje się także do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez zamawiających określonych w pkt I.1.2 działających w dziedzinie obronności, gdy zamówienia te dotyczą produktów nieobjętych załącznikiem III do dyrektywy 2014/24/UE,

- w przypadku udzielania zamówień sektorowych, o których mowa w art. 7 pkt 35 ustawy Pzp, na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających sektorowych – 431 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 1 919 502 zł,
- w przypadku zamówień sektorowych na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających sektorowych – 5 382 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 23 969 275 zł,
- w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 7 pkt 36 ustawy Pzp, na dostawy i usługi udzielanych przez zamawiających publicznych lub zamawiających sektorowych – 431 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 1 919 502 zł,
- w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 7 pkt 36 ustawy Pzp, na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających publicznych lub zamawiających sektorowych – 5 382 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 23 969 275 zł.

Jednocześnie należy zauważyć, iż ustalenie progów, od których zależy obowiązek stosowania ustawy Pzp, jak i progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp, zależy nie tylko od kategorii zamawiającego, rodzaju zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane) i jego wartości, ale również od kategorii danego zamówienia przyjętej w oparciu o definicje zawarte w art. 7 pkt 33-36 ustawy Pzp, gdzie wyróżniono:

- zamówienie klasyczne – zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego oraz zamawiającego subsydiowanego inne niż zamówienie sektorowe i zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
- zamówienie na usługi społeczne i inne szczególne usługi – zamówienia klasyczne lub zamówienia sektorowe, na usługi wymienione odpowiednio w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE,
- zamówienie sektorowe – zamówienie udzielane przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp,
- zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, którego przedmiotem są:
 - a) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,
 - b) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,
 - c) roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi,
 - d) roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.

Zatem, dopiero posiadając wszystkie ww. informacje można rozstrzygnąć, czy dany Zamawiający jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy do udzielenia konkretnego zamówienia w oparciu o art. 2 ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż w przypadku zamawiających publicznych (art. 4 ustawy Pzp), jeżeli wartość zamówienia klasycznego ustalona zgodnie z art. 28 i nast. ustawy Pzp jest równa lub przekracza kwotę 130 000 zł powstaje obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Natomiast, w przypadku:

- zamówień sektorowych udzielanych przez zamawiających sektorowych,
- zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych zamawiających publicznych i sektorowych,
- zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów przez zamawiających subsydiowanych w okolicznościach, o których mowa w art. 6 ustawy Pzp,

należy stosować przepisy ustawy Pzp przy ustaleniu wartości danego zamówienia w kwocie równej lub przekraczającej progi unijne podane w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydanym na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W momencie, gdy ustalona wartość zamówienia nie przekracza progów określonych w art. 2 ustawy Pzp, zamawiający dokonują zakupów na podstawie wewnętrznych zasad i regulaminów udzielania zamówień publicznych. Ponadto należy zauważyć, iż przepisy ustawy Pzp nie zabraniają udzielania takich zamówień w trybach ustawowych, jednakże zamawiający powinien zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu informację o nieobowiązkowej publikacji, a w treści SWZ podać prawidłową podstawę prawną przeprowadzenia postępowania. Należy bowiem podkreślić, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co do których nie występuje obligatoryjność stosowania przepisów ustawy Pzp, nawet jeśli zamawiający zdecyduje się stosować pomocniczo przepisy ustawy Pzp, wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej przewidziane w Dziale IX ustawy Pzp.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 603 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy działań lub zaniechań zamawiającego. Jednocześnie, w art. 607 ust. 1 ustawy Pzp doprecyzowano, iż Prezes UZP może wszcząć, z urzędu lub na wniosek, kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż kompetencje kontrolne Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie obejmują co do zasady kontroli udzielania zamówień wyłączonych ze stosowania przepisów ustawy Pzp, poza jednym wyjątkiem – spełniania przesłanek wyłączenia, co w kontekście art. 2 ustawy Pzp będzie zawsze oznaczało badanie poprawności ustalenia wartości zamówienia.

Jednocześnie należy zaznaczyć, iż w przypadku kontroli uprzedniej przeprowadzanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 613 i nast. ustawy Pzp, ustawa wprost uzależnia przeprowadzenie tej kontroli od ustalonej wartości zamówienia. Zgodnie z art. 613 ust. 2 ustawy Pzp, kontrolę uprzednią o charakterze obligatoryjnym Prezes Urzędu przeprowadza, jeżeli wartość zamówienia współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, przy czym gdy zamówienia lub umowy ramowe spełniają wartościową przesłankę do przeprowadzenia kontroli uprzedniej i są udzielane w częściach, wówczas kontroli uprzedniej podlegają zamówienia, których wartość określona dla danej części jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro (ust. 3). Jednocześnie, w art. 614 ust. 1 ustawy Pzp wprowadzono możliwość złożenia przez zamawiającego wniosku o kontrolę uprzednią dokumentów zamówienia w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, które obejmują aspekty związane z innowacyjnością lub których przedmiotem jest produkt innowacyjny, innych niż zamówienia, o których mowa w art. 613 ust. 2 ustawy Pzp.

W momencie przekroczenia progów, od których uzależniony jest obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp, zamawiający wybiera właściwy dla danego postępowania tryb, który również jest uzależniony od ustalonej w oparciu o art. 28 i nast. ustawy Pzp wartości zamówienia, tj.: dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający może zastosować tryby zawarte w Dziale II Rozdział 3 ustawy Pzp (zgodnie z art. 129 ustawy Pzp: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki), a dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne – tryby zawarte w Dziale III Rozdział 4 ustawy Pzp (tryb podstawowy, partnerstwo innowacyjne, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki).

PRAKTYKA KONTROLI

- W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 października 2021 r., znak: KND/74/21/DKZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004, polegające na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy poprzez zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych o niższej wartości, co w związku z tym prowadziło do naruszenia przepisów: art. 40 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 2, art. 43 ust. 2 oraz art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004.
- W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 czerwca 2021 r., znak: KND/47/21, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, iż Spółka jest instytucją ukierunkowaną na zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w której jedynym udziałowcem jest gmina, której przysługuje prawo powoływania wszystkich członków rady nadzorczej Spółki, powołującej członków zarządu Spółki. Z tych względów należało ją zakwalifikować do kategorii zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b i d ustawy Pzp2004, tj. podmiotów prawa publicznego, a zatem zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp2004 przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług oraz robót budowlanych. Zatem, należało stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez zawarcie umowy z wykonawcą, który nie został wybrany na zasadach określonych w przepisach ustawy Pzp2004. Zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO z dnia 21 lipca 2021 r., sygn. akt KIO/KD 11/21).
- W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 lipca 2019 r., znak: KND/36/19/DKZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż przedmiot zamówienia nie mieścił się w katalogu usług społecznych, Zamawiający nie był zatem uprawniony do zastosowania art. 138g ust. 1 w związku z art. 138o ustawy Pzp2004, a tym samym do zastosowania wewnętrznego regulaminu udzielania zamówień publicznych, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez udzielenie zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niezastosowanie podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego, a także – art. 40 ust. 2 i nast. ustawy Pzp2004 poprzez niezastosowanie przepisów właściwych dla podstawowych trybów udzielania zamówienia (przetarg nieograniczony/ograniczony). Zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO z dnia 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 55/19).

Ponadto należy zwrócić uwagę na specyficzne zamówienia, o których mowa w art. 7 pkt 34 ustawy Pzp, gdyż dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla:

- 1) zamówień klasycznych, o wartości równej lub przekraczającej progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro, z uwzględnieniem zmian wynikających z niniejszego rozdziału,
- 2) zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130 000 złotych.

Zatem, zastosowanie art. 359 i nast. ustawy Pzp uzależnione jest zarówno od przedmiotu zamówienia (usługi wymienione odpowiednio w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE), jak i ustalonej zgodnie z art. 28 ustawy Pzp wartości zamówienia.

8.2. Związki pomiędzy wartością zamówienia a warunkami udziału w postępowaniu.

Warunki udziału w postępowaniu stanowią zasadniczy element weryfikacji podmiotowej wykonawcy, umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Problematyka relacji warunków udziału w postępowaniu do wartości zamówienia związana jest przede wszystkim z wymogiem określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 112 ust. 1 ustawy Pzp), co z uwzględnieniem faktu, iż wartość zamówienia jest pochodną jego zakresu przedmiotowego, wprowadza istnienie pewnej zależności między tymi kategoriami.

Jak wynika z treści art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Z perspektywy związku z problematyką wartości zamówienia, podstawowe znaczenie mają dwie ostatnie grupy warunków, dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy należy wskazać, iż w treści art. 115 ust. 1 ustawy Pzp została sformułowana generalna zasada dopuszczalności określenia warunków, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności:

- 1) aby wykonawcy posiadali określone minimalne roczne przychody, w tym określone minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem;
- 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań;
- 3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej;
- 4) posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.

Jakkolwiek powyższy katalog ma charakter otwarty, co oznacza dopuszczalność formułowania także innego rodzaju wymogów, o tyle warunki sprecyzowane wprost w ramach przepisu art. 115 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp mają największe znaczenie w praktyce.

W odniesieniu do warunku, o którym mowa w art. 115 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w treści art. 115 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że zamawiający nie może wymagać, aby minimalne roczne przychody, o których mowa w ust. 1 pkt 1, przekraczały dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody zastosowania takiego wymagania.

Wykładnia powyższego przepisu pozwala na uznanie, iż stanowi on konkretyzację ogólnej, wspomnianej uprzednio zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia, w których wykonawca żąda, aby wykonawcy posiadali określone minimalne roczne przychody, w tym określone minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem. Ustawodawca uznał, iż o zachowaniu proporcjonalności świadczyć będzie co do zasady nieprzekraczanie przez minimalne roczne przychody wykonawców dwukrotności wartości zamówienia. Należy zaznaczyć, iż wymóg ten stanowi implementację treści art. 58 ust. 3 dyrektywy klasycznej i co do swej istoty stanowi on odpowiednik art. 22c ust. 2 ustawy Pzp2004, jakkolwiek w treści ustawy Pzp ustawodawca zrezygnował z zastosowania budzącego wątpliwości interpretacyjne pojęcia „obrotu”, zastępując je pojęciem „przychodów”. Jednocześnie uznać należy, iż brak jest z perspektywy proporcjonalności warunku do wartości zamówienia ograniczenia „w dół”, co oznacza, iż zamawiający może ustalić minimalne roczne przychody wymagane od wykonawców na poziomie dowolnie niskim w stosunku do wartości zamówienia, o ile będzie to wartość wymierna.

ZAPAMIĘTAJ

Nadmierne obniżenie wymaganego progu minimalnych rocznych przychodów może skutkować niespełnieniem przez warunek udziału w postępowaniu jego zakładanej roli jako wskaźnika zdolności wykonawców do rzetelnej realizacji zamówienia.

Podkreślić należy ponadto, iż ustawodawca przewidział możliwość wyłączenia obowiązku zastosowania ograniczenia do dwukrotności wartości zamówienia dla uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji.

W orzecznictwie ukształtowanym w okresie obowiązywania ustawy Pzp2004 podkreślano, iż ograniczenie, o którym mowa w ówczesnie obowiązującym art. 22c ust. 2 ustawy Pzp2004 (obecnie *mutatis mutandis* art. 115 ust. 2 ustawy Pzp) powinno być rozumiane ściśle jako relacja minimalnego rocznego obrotu (obecnie – przychodów) do wartości zamówienia niezależnie m.in. od długości okresu realizacji zamówienia. Jak wskazano w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2019 r., sygn. KIO 1342/19, *w niniejszym postępowaniu wartość przedmiotu zamówienia wynosi 273.400.000,00 zł. Zamawiający*

wymaga obrotu rocznego na poziomie 350.000.000,00 zł w zakresie ogólnej działalności wykonawcy lub 300.000.000,00 zł w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia – „obszaru objętego zamówieniem”, tj. na poziomie niewiele przekraczającym jednokrotność wartości zamówienia. Nie może mieć tu znaczenia fakt, że zamówienie będzie realizowane przez dwa lata. Wskazany powyżej przepis ZamPublU nie wprowadza żadnej zależności w powyższym zakresie. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że w przypadku realizacji umowy w okresie dwóch lat, wymagany obrót nie powinien przekraczać połowy wartości zamówienia.

Jak wynika z treści art. 115 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest podzielone na części, przepisy ust. 1-3 stosuje się do każdej z tych części. Zamawiający może określić minimalny roczny przychód także w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia na wypadek, gdyby wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie. Oznacza to, iż wynikający z art. 115 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek ograniczenia wysokości minimalnego rocznego przychodu wykonawcy jako warunku udziału w postępowaniu znajduje także zastosowanie w odniesieniu do zamówień podzielonych na części, w stosunku do wartości każdej poszczególnej części.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2020 r., sygn. akt KIO 605/20, potwierdzono niedopuszczalność ustalenia przez zamawiającego wymogu, określonego w ówczesnie obowiązującym art. 22c ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, powyżej dwukrotności wartości zamówienia, wskazując jednocześnie, iż *ponad wszelką wątpliwość przede wszystkim ustalona w warunku kwota 4.000.000,00 zł przekraczała dwukrotność wartości szacunkowej zamówienia, bez względu na to, czy warunek odnosił się do pojęcia „obrotu”, czy do pojęcia „przychodu ze sprzedaży”. To zaś w ocenie Izby powodowało wadliwość ustalonego warunku ab initio.*

W odniesieniu do warunków określonych w art. 115 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp ustawodawca nie przewidział wprost regulacji uzależniającej wysokość ustanowionego przez zamawiającego progu w stosunku do wartości zamówienia, z uwagi na ich zróżnicowany charakter oraz rolę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W zakresie art. 115 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy wskazać, iż z uwagi na otwarty charakter warunku bazującego na danym przepisie jego relacja względem wartości zamówienia uzależniona być może od rodzaju informacji, jakich żądać będzie zamawiający w ramach rocznych sprawozdań finansowych, jakkolwiek w odniesieniu do kwestii stosunku aktywów do zobowiązań, z uwagi na fakt porównywania dwóch wartości odnoszących się do sytuacji finansowej samego wykonawcy, zasadniczo proporcjonalność danego warunku nie jest bezpośrednio zależna od wartości zamówienia.

Biorąc pod uwagę fakt, iż celem zastosowania określonego w art. 115 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp warunku posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nie jest zabezpieczenie realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, jak również nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem

zamówienia⁶⁸, z tego też względu należy uznać, iż ustawa Pzp nie kształtuje bezpośredniego związku pomiędzy wartością zamówienia a wysokością sumy gwarancyjnej ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Jak wskazano w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 83/18:

*Postępowanie dowodowe wykazało, że wymóg legitymowania się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 200 mln zł istotnie ogranicza krąg wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Odwołujący przedłożył kopię polis sześciu wykonawców, działających na rynku dużych inwestycji budowlanych i realizujących zadania o znacznej wartości. Z dokumentów tych wynika, że wartość ubezpieczenia tych wykonawców waha się w przedziale od 20 mln zł do 100 mln zł, co oznacza, że bez istotnego podwyższenia – na potrzeby udziału w niniejszym postępowaniu – kwoty ubezpieczenia, wykonawcy ci nie mogą samodzielnie ubiegać się o zamówienie. Wobec ustalenia, że wymagana przez Zamawiającego kwota ubezpieczenia OC istotnie ogranicza konkurencję w postępowaniu, należało ocenić konieczność takiego ograniczenia dla zapewnienia dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych zrealizować zamówienia. Zamawiający powinien w tym zakresie umieć taki związek wykazać i wyjaśnić, dlaczego wykonawca dysponujący ubezpieczeniem na mniejszą kwotę nie ma odpowiedniego potencjału do realizacji zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający takiemu obowiązkowi nie podołał. [...] Podczas rozprawy Zamawiający na pytanie członka składu orzekającego, czym kierował się ustalając wysokość ubezpieczenia, wyjaśnił jedynie, że kierował się **wartością przedmiotu zamówienia**, wysokością wymaganą w innych, mniejszych kontraktach, a także możliwością tworzenia konsorcjum, przy czym nie wskazał bardziej konkretnego uzasadnienia.*

W konsekwencji, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1a, 22c ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej w następujący sposób: *posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 200 mln złotych (równowartość tej kwoty).*

Analiza cytowanego powyżej orzeczenia KIO pozwala na uznanie, iż w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wartość zamówienia nie może mieć znaczenia przesądzającego dla weryfikacji kwestii proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia w kontekście oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z uwagi na fakt, że w przypadku tego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający weryfikuje zdolność poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia oraz zdolność wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia, wykazanie się na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stosowną polisą ubezpieczeniową ma na celu wykazanie się przez

⁶⁸ M.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2512/10.

wykonawcę określonym statusem ekonomiczno-finansowym⁶⁹. Tym samym podstawowe znaczenie dla stwierdzenia prawidłowości określenia wysokości sumy gwarancyjnej ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej będzie miał przede wszystkim charakter działalności wykonawcy, w tym w relacji do innych wykonawców działających w danej branży, a nie stosunek wysokości tej sumy do wartości konkretnego zamówienia.

Względem warunku, o którym mowa w art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącym posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych należy w pierwszej kolejności zauważyć, iż nie był on wprost wyeksplikowany na kanwie odpowiednich przepisów ustawy Pzp2004, przy czym jego częste stosowanie przez zamawiających doprowadziło do powstania określonej praktyki interpretacyjnej. Przede wszystkim, w orzecznictwie wyrażono pogląd o zależności danego warunku od wartości zamówienia, tak np. w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. II GSK 2156/15, wskazano co następuje:

*Jak wynika z niepodważonego przez autora skargi kasacyjnej stanu faktycznego sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powiat wprowadził wymóg posiadania przez oferentów środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż na kwotę zaoferowaną w złożonej ofercie jako warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Natomiast jak słusznie uznał Sąd I instancji, formułując zasady uczestnictwa wykonawców w postępowaniu, **zamawiający powinien uzależnić wysokość wymaganych środków finansowych od wartości zamówienia, a nie od wartości poszczególnych ofert, które zostaną złożone w tym postępowaniu.** Wartość ta powinna zatem zostać określona przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę. Tym samym powiat jako beneficjent naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sąd I instancji słusznie uznał, że sformułowanie powyższego warunku naruszało art. 7 ust. 1 P.z.p. poprzez zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców.*

Jednocześnie należy stwierdzić, iż wobec braku *expressis verbis* odwołania do art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w treści art. 115 ust. 2 ustawy Pzp, dla warunku dotyczącego posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych, ustawodawca nie przewidział ograniczenia wysokości wskazanych elementów do dwukrotności wartości zamówienia. Nie oznacza to jednak dowolności w określaniu wysokości zdolności kredytowej lub środków finansowych względem wartości danego zamówienia, gdyż zgodnie z ogólną zasadą, wartość ta powinna być względem niej proporcjonalna, jakkolwiek konkretyzacja wartości następować będzie zawsze z uwzględnieniem okoliczności danego stanu faktycznego.

W odniesieniu do grupy warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej należy wskazać, iż rola wartości zamówienia w kształtowaniu ich treści będzie bardziej ograniczona aniżeli w przypadku warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej z uwagi

⁶⁹ Pismo UZP z dnia 22 sierpnia 2018 r., znak: WK/256/18/DKZP.

na ich specyfikę, jednakże można wyróżnić tu przede wszystkim istotną w praktyce kwestię dotyczącą relacji wartości zamówienia do wartości wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług, wykazywanych za pomocą środków określonych w treści § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), dalej: „rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych”. Zgodnie z brzmieniem danego przepisu, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty;

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Z uwagi na fakt, iż zakres informacji, jakich może wymagać zamawiający w odniesieniu do wykazu robót budowlanych, dostaw lub usług obejmuje wartość wykonanych zadań, zasadne jest uznanie, iż ocena proporcjonalności warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, którego spełnienie wykazywane jest za pomocą tych środków, odbywa się m.in. z uwzględnieniem relacji wartości wykonanych

robót budowlanych, dostaw lub usług do wartości zamówienia, stanowiącego przedmiot postępowania, w którym warunek ten został ustanowiony.

PRAKTYKA KONTROLI

W piśmie z dnia 21 czerwca 2021 r., znak: KND/10/21/DKZP, Prezes Urzędu uznał za nienaruszającą zasady proporcjonalności warunek udziału w postępowaniu, polegający na wykazaniu wykonania co najmniej 2 robót budowlanych polegających na przebudowie, lub rozbudowie, lub budowie budynku należącego do klasy Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych nr 1264 o wartości co najmniej 15 000 000,00 zł brutto każda, w kontekście ustalenia, iż wartość zamówienia wyniosła 346 759 169,72 zł netto.

W piśmie z dnia 6 sierpnia 2020 r., znak: WK/285/20/DKZP, Prezes Urzędu nie zakwestionował proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu sformułowanego jako obowiązek wykazania przez wykonawcę, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 700 000,00 zł brutto każda, które polegały na rozbiórce obiektu kubaturowego o powierzchni min. 5 000 m³, biorąc pod uwagę, iż wartość zamówienia została określona na kwotę 1 150 000,00 zł netto.

W piśmie z dnia 20 maja 2019 r., znak: WK/192/19/DKZP, Prezes Urzędu dokonał weryfikacji proporcjonalności warunku polegającego na wykazaniu przez wykonawcę zrealizowania minimum 1 dostawy torfu wysokiego (sfagnowego) o stopniu rozkładu do 15% o wartości dostawy co najmniej 190 000,00 zł brutto, wykonanej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, stwierdzając, iż kwota ta stanowiła 52% wartości orientacyjnej zamówienia dla części I, zatem nie wydaje się być wygórowana w porównaniu z wartością zamówienia dla części I.

W orzecznictwie rozważano także kwestię dopuszczalności uzależnienia od wartości zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia na roboty budowlane w zakresie, w jakim zamawiający wymaga wykazania w ramach doświadczenia tych osób brania udziału w wykonaniu obiektu o określonej wartości. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18: *Z przywołanych przepisów wynika, że rolą zamawiającego opisującego warunki udziału w postępowaniu jest z jednej strony określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, tak aby zapewnić*

w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, z drugiej zaś strony – na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający musi więc wyważyć obie te potrzeby i opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zaspokoić każdą z nich. W tym celu niezbędna jest analiza tego, jakie m.in. uprawnienia, sytuacja finansowa, sprzęt, czy doświadczenie i kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia, są niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Przy czym „niezbędność” należy rozumieć jako taki minimalny poziom wymagań, bez którego wykonawca nie będzie w stanie wykonać należycie zamówienia. Ocena, co jest niezbędne, musi być oczywiście dokonana z uwzględnieniem m.in. rodzaju, wartości, zakresu, stopnia skomplikowania, czy sposobu wykonania zamówienia. Nie wystarczy jednak opisać warunków udziału w postępowaniu na poziomie podobnym do cech samego zamówienia (np. pod względem wartości, wielkości, posiadanych parametrów), ale konieczne jest zastanowienie, bez spełnienia których konkretnych wymogów i dlaczego, wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia. Dopiero taki opis warunków, który zawiera wymogi rzeczywiście niezbędne, pozwala z jednej strony zapewnić możliwie szeroką konkurencję, z drugiej zaś – należyte wykonanie zamówienia. Taki opis może być więc, zgodnie z przywołanymi przepisami, uznany za dokonany na poziomie minimalnym i proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. [...] W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wartość robót nie odzwierciedla stopnia ich skomplikowania oraz wielkości zespołu, który wykonywał te roboty i którym kierowała dana osoba. Tym samym wartość robót nie gwarantuje posiadania doświadczenia i kwalifikacji, których zamawiający oczekuje od osoby mającej pełnić funkcję dyrektora budowy. Po pierwsze bowiem, należy zauważyć, że w okresie 10 lat (tj. w okresie, z którego może być wykazane doświadczenie dla dyrektora budowy) sytuacja rynkowa może ulegać zmianie, co powoduje, że podobne inwestycje mogą się istotnie różnić pod względem kosztów realizacji, mimo że nie różnią się istotnie pod względem zakresu, czy stopnia skomplikowania robót. Po drugie, wysoka wartość robót nie musi być związana ze stopniem ich skomplikowania, ponieważ może wynikać z dużego zakresu robót (np. długie odcinki kanalizacji na danym terenie). Po trzecie, wielkość zespołu przeznaczanego do realizacji określonej wielkości inwestycji może zależeć od polityki zatrudnienia w poszczególnych przedsiębiorstwach, w tym także przerostu lub braków w zatrudnieniu w określonych okresach w danym przedsiębiorstwie, co również powoduje, że bez względu na wartość robót, nie każdy wykonawca skieruje do ich realizacji podobną liczbę osób. Po czwarte, osoba pełniąca funkcję dyrektora budowy ma przede wszystkim zarządzać procesami toczącymi się w trakcie budowy, a procesy te zależą od rodzaju i zakresu robót, co powoduje, że sama, nawet wysoka, wartość robót nie ma wpływu na posiadanie umiejętności wymaganych do zarządzania. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie ograniczył wprawdzie wymagań dla dyrektora budowy tylko do wartości wcześniej wykonywanych robót, ale połączył ten wymóg z innymi wymogami. Niemniej to właśnie te pozostałe wymogi (o czym w kolejnych punktach) wpływają, zdaniem Izby, na zapewnienie niezbędnych kwalifikacji dyrektora budowy,

nie zaś wysoka wartość robót. Dlatego też Izba uznała za wystarczające wykazanie dla dyrektora budowy w ramach doświadczenia robót o wartości 70 mln zł, zgodnie z wnioskiem jednego z odwołujących.

Analiza przywołanego orzeczenia pozwala na zasadnicze przyjęcie dopuszczalności połączenia progu wartości wykonanego obiektu z warunkiem dotyczącym potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia na roboty budowlane, z uwzględnieniem obowiązku zachowania proporcjonalności wysokości takiego progu m.in. do wartości zamówienia, przy czym nie w każdym przypadku relacja wartości wykonanego obiektu do wartości zamówienia będzie miała znaczenie decydujące, podstawową rolę należy bowiem przypisać tym czynnikom, które dają gwarancję należytego wykonania zamówienia. W szczególności przyjęć należy, że brak jest możliwości automatycznego uznania, bez uwzględnienia innych czynników, iż proporcjonalną do przedmiotu zamówienia będzie w każdym przypadku wartość wykonanego obiektu równa wartości zamówienia, w którym stosowany jest dany warunek udziału w postępowaniu.

8.3. Katalog podmiotowych środków dowodowych składanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W obecnie obowiązującej ustawie Pzp zdecydowano się na utrzymanie podziału przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na obligatoryjne i fakultatywne oraz ujęcie ich w odrębnych przepisach, kolejno w art. 108 i 109 ustawy Pzp. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy zobowiązany jest dołączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (w zakresie wskazanym przez zamawiającego), a także przedłożyć – w wyniku wezwania przez zamawiającego – aktualne na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Jednocześnie należy zauważyć, iż zgodnie z art. 124 pkt 1 oraz art. 273 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ustanowiono obowiązek żądania przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych w przypadku postępowań o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne, podczas gdy w przypadku postępowań o wartości nieprzekraczających tych progów żądanie tych dowodów jest fakultatywne.

W wyniku odesłania zawartego w art. 128 ust. 6 ustawy Pzp, katalog podmiotowych środków dowodowych został zawarty w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych. W § 2 ust. 1 rozporządzenia wskazano, iż w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

- 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:
 - a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp,
 - b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

- c) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp,
 - d) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, dotyczącej ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu,
 - e) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczącej skazania za przestępstwo lub ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu
 - sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;
- 2) oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej;
 - 3) informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem;
 - 4) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;
 - 5) zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;
 - 6) odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;

7) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w:

- a) art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,
- c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,
- d) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
- e) art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1170),
- f) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny,
- g) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp,
- h) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny,
- i) art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp;

przy czym, w przypadkach, o których mowa w art. 212 ust. 4, art. 217 ust. 3 lub art. 306 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający nie żądał od wykonawcy oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, jako podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zamawiający może żądać oświadczenia wykonawcy o braku podstaw wykluczenia w zakresie podstaw wykluczenia wymienionych w ust. 1 pkt 7 (ust. 2).

Zgodnie z § 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, może zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 lub 4-6, żądać oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego.

Jednocześnie należy podkreślić, iż zgodnie z art. 127 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

- 1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów

realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków,

2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

Ponadto, Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność (ust. 2).

Odzwierciedleniem przepisu art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku postępowań o wartości nieprzekraczającej progów unijnych jest art. 274 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe oznacza, że w zależności od ustalonej na podstawie art. 28 i nast. ustawy Pzp wartości zamówienia zróżnicowany będzie zakres żądanych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych. W przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający zobligowany jest do sprawdzenia braku podstaw do wykluczenia w oparciu o wszystkie środki dowodowe wymienione w § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, z jednym wyjątkiem – tylko w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, można żądać informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. Należy jednocześnie pamiętać, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia przeprowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp lub zamówienia z wolnej ręki zamawiający może odstąpić od żądania przedłożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, oraz może wezwać wykonawcę do przekazania oświadczenia wykonawcy o braku podstaw wykluczenia w zakresie podstaw wykluczenia wymienionych w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia na późniejszym etapie postępowania (§ 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

Natomiast, w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne Zamawiający może ograniczyć żądanie przedłożenia podmiotowych środków dowodowych do oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie – oświadczenia o aktualności informacji w nim zawartych, przy czym w trybie zamówienia z wolnej ręki żądanie przedłożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter fakultatywny, co potwierdza § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z którym: jeżeli zamawiający nie żądał od wykonawcy oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, jako podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zamawiający może żądać oświadczenia wykonawcy o braku podstaw wykluczenia w zakresie podstaw wykluczenia wymienionych w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia. Ponadto należy zauważyć, iż w § 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych nie wskazano wprost, że zamawiający może zrezygnować

z wezwania wykonawcy do przekazania podmiotowego środka dowodowego ujętego w § 2 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia, jednak z uwagi na fakt, iż podstawy wykluczenia zawarte w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp mogą dotyczyć tylko postępowań przekraczających progi unijne, w omawianych przypadkach zamawiający nie będzie miał podstaw do wezwania wykonawcy o przekazanie ww. informacji.

PRAKTYKA KONTROLI

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 lipca 2022 r., znak: KU/59/22/DKZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż zgodnie z art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. W celu potwierdzenia braku istnienia ww. podstawy wykluczenia, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych zamawiający żąda podmiotowego środka dowodowego, jakim jest informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Wobec powyższego należy wskazać, iż przepisy rozporządzenia wprost wskazują, że informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych ma potwierdzać obowiązkową przesłankę wykluczenia z art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązującą tylko w postępowaniach, w których wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro dla robót budowlanych lub 10 000 000 euro dla dostaw i usług.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że: *wprawdzie wartość szacunkowa wszystkich czterech części zamówienia wynosi 21 463 320,57 zł, to jednak planowany całkowity koszt realizacji projektu wynosi ponad 100 mln zł (tj. 23 423 043,59 euro). Oznacza to, że całkowita wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro dla robót budowlanych i zamawiający miał obowiązek zweryfikować wykonawców pod kątem przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp.*

Należy podkreślić, że przy szacowaniu wartości zamówień udzielanych w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE, konieczne jest wyodrębnienie tych zamówień, których zakres może być oszacowany z góry na cały okres realizacji projektu. W odniesieniu do tych zamówień ich szacunkowa wartość winna być ustalona z uwzględnieniem wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych przewidywanych do wykonania w całym okresie realizacji programu. Jeżeli ze względów organizacyjnych zamówienia te będą udzielane w częściach w ramach odrębnych postępowań do ustalenia wartości poszczególnych części stosować się będzie art. 30 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest zatem możliwe podzielenie takiego zamówienia na części i oszacowanie ich wartości odrębnie dla każdej z części.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający był w stanie oszacować z góry cały zakres zamówienia objęty projektem, gdyż podał jego wartość (ponad 100 mln zł). Należy zatem uznać, iż to właśnie ta wartość jest całkowitą wartością szacunkową przedmiotowego zamówienia. Potwierdził to również sam zamawiający, poprzez przesłanie dokumentacji postępowania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej. Zgodnie bowiem z art. 613 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielanych zamówień przed zawarciem umowy (kontrola uprzednia) współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych - jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro. Gdyby zatem za całkowitą wartość zamówienia zamawiający faktycznie uznawał wartość 21 463 320,57 zł, nie przekazałby dokumentacji postępowania do kontroli uprzedniej, z powodu braku zaistnienia przesłanek do przeprowadzenia takiej kontroli.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia należy stwierdzić, że zamawiający był zobligowany do żądania dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, tj. informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, od wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione w poszczególnych częściach.

Zamawiający, odstępując od zastosowania obligatoryjnej podstawy wykluczenia wykonawcy określonej w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp z postępowania, w sytuacji gdy wartość zamówienia przekraczała kwotę 20 000 000 euro, naruszył art. 124 pkt 1 w zw. z art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie żądania podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia, tj. dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, od ww. wykonawców.

8.4. Wadium.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w obecnie obowiązującej ustawie Pzp, niezależnie od ustalonej wartości zamówienia, nie ma obowiązku żądania od wykonawców wniesienia wadium. Zatem, zamawiający może skorzystać z uprawnienia żądania od wykonawców wniesienia wadium w oparciu o art. 97 ust. 1 ustawy Pzp w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli zamawiający zdecyduje się na powyższą opcję powinien określić kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia, przy czym – w przypadku dopuszczenia składania ofert częściowych lub udzielenia zamówienia w częściach, należy określić osobno kwotę wadium dla każdej z części, w wysokości nie większej niż 3% wartości danej części (art. 97 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Dokonując aktualizacji wartości zamówienia Zamawiający będzie zobowiązany do zmiany kwoty wadium jedynie w przypadku, gdy ustalona pierwotnie wysokość tej kwoty przekroczy 3% nowej wartości zamówienia. W pozostałych przypadkach, zmiana wysokości kwoty wadium bądź całkowita rezygnacja z żądania wniesienia wadium będzie uzależniona od autonomicznej decyzji zamawiającego podjętej przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 18 grudnia 2020 r., znak: KU/204/20, stwierdzono naruszenie przez zamawiającego art. 45 ust. 4 ustawy Pzp2004 poprzez określenie kwoty wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia w zakresie części 8 postępowania. W toku kontroli ustalono, iż wartość szacunkowa zamówienia w zakresie części 8 wynosi 164 088,67 zł, zamawiający nie przewidział udzielenia zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp2004. Natomiast, w rozdziale IV pkt 1.1 SIWZ zamawiający wymagał wniesienia przez wykonawców wadium w wysokości 5 000,00 zł w ramach części 8 zamówienia, co stanowiło 3,05% ustalonej wartości zamówienia dla tej części. W konsekwencji powyższego należało stwierdzić naruszenie dyspozycji art. 45 ust. 4 ustawy Pzp2004.

8.5. Wartość zamówienia a problematyka rażąco niskiej ceny.

Jednym z podstawowych elementów procesu badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest analiza cen zaoferowanych przez wykonawców. Ustawodawca przyznał zamawiającemu zarówno uprawnienie jak i obowiązek wyjaśnienia cen noszących znamiona ceny rażąco niskiej.

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy Pzp. W orzecznictwie natomiast pojęcie to oznacza cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie przedmiotu zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać⁷⁰.

Problematyka relacji wartości zamówienia do rażąco niskiej ceny związana jest w szczególności z procedurą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, konsekwencją której może okazać się konieczność odrzucenia złożonych w postępowaniu ofert. Zatem, oszacowanie wartości zamówienia z należytą starannością przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nabiera szczególnego znaczenia zwłaszcza w kontekście późniejszego obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty. Sam fakt rozbieżności między ceną oferty a ustaloną przez zamawiającego wartością

⁷⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 488/22.

zamówienia nie może przesądzać o tym, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, a stanowi jedynie podstawę do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Z tego też względu ustalenie wartości zamówienia powinno zostać poddane szczególnej uwadze zamawiających. W praktyce różnice między cenami ofert a wartością zamówienia wynikają często z niewłaściwego, nierealnego zbadania sytuacji rynkowej, uwzględnienia wyłącznie dotychczas ponoszonych przez zamawiającego kosztów bez odpowiedniej ich aktualizacji, czy też wahań cen materiałów oraz zwiększających się kosztów, np. pracy.

Procedura wyjaśniająca określona w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp uruchamiana jest w przypadku, gdy po stronie zamawiającego pojawi się podejrzenie, że cena oferty lub koszt są rażąco niskie, a celem postępowania wyjaśniającego jest uzyskanie przez zamawiającego informacji na temat sposobu kalkulacji ceny, które pozwolą dokonać oceny, czy zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W art. 224 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca wskazał przypadki, w których uruchamianie procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest konieczne lub może okazać się zasadne. Następuje to poprzez mierniki odwołujące się do działań matematycznych, które będą pomocne w kontekście zasadności uruchomienia procedury wyjaśniającej.

Stosowanie do art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Stosowanie zaś do art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

ZAPAMIĘTAJ

Punktem odniesienia do uruchomienia procedury wyjaśniającej, jest oszacowana przez zamawiającego wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, a więc wartość zamówienia wyrażona w kwocie brutto.

Punkt 1 przywołanego przepisu ustawy Pzp obejmuje dwie okoliczności, wyrażone w formie alternatywy łącznej „lub”, do których należy odnieść wartość 30% ceny całkowitej oferty, tj. wartość zamówienia

powiększoną o należny podatek od towarów i usług, a także średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na określonych podstawach. Powyższe powoduje, że w sytuacji, gdy wystąpi co najmniej jedna z powyższych okoliczności, zamawiający zobowiązany będzie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Zauważyć należy, iż przepis dopuszcza możliwość odstąpienia od obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny w przypadku gdy rozbieżności wynikają z „okoliczności oczywistych”, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zatem, ocena zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących budowy ceny oferty winna być dokonywana ad casum, bowiem w okolicznościach danej sprawy zamawiający może w ogóle nie skorzystać z wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o ile rozbieżność między ceną oferty a ubruttowioną wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie, odwoływanie się do sposobu ustalenia wartości zamówienia i odstąpienie przez zamawiającego od wezwania wykonawcy w ww. trybie powinno mieć charakter wyjątkowy i nie może być interpretowane w sposób rozszerzający. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż nie jest tak że znacząco wyższy szacunek zamówienia dokonany przez zamawiającego z należytą starannością przed wszczęciem postępowania automatycznie zwalnia zamawiającego z obowiązku uruchomienia procedury wyjaśniającej, zwłaszcza gdy jest on zestawiany z najniższą ceną oferty. Odstąpienie od wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny powinno być przedmiotem szczegółowej i obiektywnej analizy, której cel sam w sobie nie może sprowadzać się do wyboru oferty z najniższą ceną⁷¹.

Przykładem rozbieżności wynikających z okoliczności oczywistych jest sprawa, która stała się przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a w której to zamawiający miał do czynienia z dość nietypową sytuacją, gdzie jedna z ofert na skutek jej poprawienia przyjęła po zmianie wartość nierzeczywistą, odbiegającą od realiów rynkowych i danych historycznych, a będącą w istocie wynikiem poprawienia omyłki rachunkowej (po poprawieniu oferta okazała się być prawie 100 razy droższa od kolejnej cenowo oferty). Powyższe całkowicie zaburzyło wzajemne relacje cen stawiając pod znacznym znakiem zapytania stosowanie przepisu odnoszącego się do różnicy ceny danej oferty do średniej z ofert. Z matematycznego punktu widzenia istniały podstawy do przeprowadzenia badania w zakresie rażąco niskiej ceny poprzez zwrócenie się do wykonawców o złożenie wyjaśnień w tym zakresie, to jednak biorąc pod uwagę fakt, iż oceniana oferta w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości była abberacyjna, a co za tym idzie na poziomie znacznie odbiegającym od cen rynkowych, stąd porównanie ofert do średniej arytmetycznej cen ofert z przedmiotowego postępowania nie było celowe, ponieważ nie dałoby oczekiwanego efektu, czyli nie wskazywałoby ofert z faktycznie rażąco ceną. Wszystkie pozostałe

⁷¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1928/19.

oferty w świetle oferty ocenianej wydawały się rażąco niskie, co jednak, biorąc pod uwagę wysokość przyjętego budżetu, nie miało miejsca⁷².

W orzecznictwie dostrzegany jest pogląd, iż „okolicznością oczywistą” może być sytuacja, gdy oferta oceniana jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia o więcej niż 30%, jeżeli wynika to wyłącznie z nieaktualności szacowania lub przeszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego, a zamawiający dokonał rzetelnej analizy okoliczności danego przypadku. Należy zauważyć, iż *w przypadku miernika wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 PrZamPubl (obecnie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – przyp. autora), związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywistość takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku miernika, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 2 PrZamPubl (obecnie art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – przyp. autora). Przepis ten daje zamawiającemu prawo a nie obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna to za stosowne w określonych realiach. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia przykładowo, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania straciła na swojej aktualności po wszczęciu postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, kiedy zamawiający dokonuje ich badania i oceny*⁷³.

Jakkolwiek możliwe jest powoływanie się przez wykonawcę w wyjaśnieniach składanych na okoliczność rażąco niskiej ceny do błędnego ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia, należy mieć na względzie, że w związku z uruchomieniem procedury wyjaśniającej obowiązek obalenia domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty – stosowanie do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp – zostaje przerzucony na wykonawcę. Nie jest więc wykluczone powoływanie się na przeszacowanie bądź niedoszacowanie wartości zamówienia, w oparciu o pozostałe złożone w postępowaniu oferty, ale taka argumentacja powinna znaleźć się w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu i być udowodniona⁷⁴.

Z kolei przepis art. 224 ust. 2 pkt 2 Pzp daje zamawiającemu prawo wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny. Taka sytuacja wystąpi wówczas, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny

⁷² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 r. sygn. akt KIO 1757/19.

⁷³ Tamże.

⁷⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 858/15.

podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych. Punktem odniesienia dla oceny wystąpienia przesłanek wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie tego przepisu jest stwierdzenie wystąpienia po wszczęciu postępowania okoliczności, które spowodowały aktualizację wartości zamówienia. Katalog tych okoliczności jest otwarty, a jako przykład jednej z nich wskazano istotną zmianę cen rynkowych. W jednej z rozpatrywanych spraw Izba stwierdziła, iż zamawiający może dokonać aktualizacji wartości zamówienia w przypadku wystąpienia istotnej zmiany cen rynkowych bądź innych okoliczności wpływających na ustaloną przy wszczęciu postępowania wartość zamówienia, np. gdy w trakcie przedłużającej się procedury udzielania zamówienia publicznego wystąpiły zmiany cen na rynku⁷⁵.

Powody aktualizacji wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, w myśl zasady przejrzystości postępowania, zamawiający powinien uwzględnić w protokole postępowania. Uzewnętrzniecie przez zamawiającego podstaw dokonania aktualizacji wartości zamówienia zapewni wykonawcy możliwość weryfikacji zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny.

ZAPAMIĘTAJ

Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty to konsekwencja zauważenia, że cena istotnie odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert.

Aspektem wiążącym się z problematyką wartości zamówienia i rażąco niskiej ceny lub kosztu, jak wspomniano powyżej jest procedura wyjaśniająca uruchamiana w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 224 ustawy Pzp. Z perspektywy tej procedury istotną w zakresie wykazania istnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu jest treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny lub kosztu powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym. Przy czym *do decyzji poszczególnych wykonawców pozostawiono wybór strategii i sposobu złożenia wyjaśnień, opisanie i przedstawienia okoliczności, które przełożyły się na obniżenie ceny ofertowej, przy czym to na wykonawcach spoczywa obowiązek złożenia*

⁷⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1835/20.

takich wyjaśnień, które będą pozostawały w zgodzie w opisie przedmiotu zamówienia, opisem sposobu obliczenia ceny oferty i innymi wymaganiami SIWZ. Zamawiający działa w pewnych ogólnych ramach, natomiast to dany wykonawca przywołuje, wskazuje, określa, pokazuje czynniki szczególnie sprzyjające kalkulacji jego ceny ofertowej. Istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności: w przypadku wyjaśnień odnośnie ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny – przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie – załączenie dowodów⁷⁶.

Wykonawca zobowiązany jest więc do złożenia wyczerpujących wyjaśnień, a złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Celem ich jest bowiem stwierdzenie, że podejrzenie zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Wykonawca zobowiązany jest nie tylko do przedstawienia argumentów dotyczących zaoferowanej ceny ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować wiarygodność złożonych wyjaśnień. Zgodnie z ugruntowaną już linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej *wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać⁷⁷.*

Badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, zamawiający weryfikuje zaoferowaną cenę lub koszt w kontekście wyjaśnień wykonawcy. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie⁷⁸, tzn. jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

PRAKTYKA KONTROLI

⁷⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1881/20, KIO 2053/20.

⁷⁷ Zob.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2664/19, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 131/22.

⁷⁸ Zob. również: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 173/22.

Z perspektywy kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego dostrzegane są nieprawidłowości związane z problematyką dotyczącą rażąco niskiej ceny. Najczęściej naruszenia przepisów ustawy Pzp wiążą się z brakiem dokonania analizy ceny ofert w oparciu o mierniki, zaniechaniem wezwania przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, brakiem udzielenia bądź udzieleniem wyjaśnień lakonicznych i ogólnikowych w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20 stycznia 2022 r., znak: KU/176/21/DKZP stwierdzono naruszenie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, wraz z przedłożeniem dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

W okolicznościach kontrolowanego postępowania zamawiający oszacował wartość zamówienia w części V na kwotę 2 541 202,50 zł. Wskazana wartość szacunkowa powiększona o podatek VAT stanowiła kwotę 3 125 679,08 zł brutto. Wykonawca E(...) S.A. w ramach części V zamówienia zaoferował kwotę 1 507 153,44 zł brutto. Cena zaoferowana przez wykonawcę E(...) S.A. była więc o ponad 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia w zakresie części V zamówienia podanej przez zamawiającego.

W udzielonych w toku kontroli wyjaśnieniach zamawiający wskazał, że *„odstąpił od wezwania Wykonawcy E(...) S.A. do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, pod kątem rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W toku badania oferty złożonej przez Wykonawcę E(...) S.A., Zamawiający stwierdził, że oferta ta podlega odrzuceniu z innych przyczyn i w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17.11.2021 r. poinformował Wykonawców o jej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny przez Wykonawcę E(...) S.A. nie miałyby więc wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta tego Wykonawcy, niezależnie od prawidłowości wyliczenia ceny, i tak podlegała odrzuceniu. Należy również zauważyć, że Wykonawca nie próbował zakwestionować ww. odrzucenia w drodze uruchomienia środków ochrony prawnej.”*

Mając na uwadze powyższe w Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, że *w procedurze o której mowa w art. 139 ustawy Pzp, tj. w procedurze odwróconej, zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym, w wyniku zastosowania przedmiotowej procedury, w pierwszej kolejności zamawiający dokonuje oceny ofert pod kątem wystąpienia przesłanek odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że zamawiający powinien zbadać wszystkie oferty w zakresie zaoferowanej ceny, włączając w to weryfikację w przedmiocie rażąco niskiej ceny, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.*

Niedopełnienie tego obowiązku spowodowało naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 5 listopada 2021 r., znak: KU/135/21/DKZP, stwierdzone zostało naruszenie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. W kontrolowanym postępowaniu z punktu 3 protokołu postępowania ZP-PN wynikało, iż zamawiający ustalił wartość szacunkową postępowania na kwotę 7 999 000,00 zł netto, tj. 9 838 770,00 zł brutto. Wykonawca E(...) Sp. z o.o. złożył ofertę z ceną brutto 6 309 900,00 zł. Jest to kwota niższa o 35,87% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W kontrolowanym postępowaniu E(...) Sp. z o.o. złożyła ofertę z ceną niższą o 35,87% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a zatem zaktualizowała się jedna z przesłanek kwotowych z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W tej sytuacji zamawiający obowiązany był do wezwania tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 czerwca 2020 r., znak: KND/24/20/DKZP⁷⁹, stwierdzono naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 w związku z 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wykazał, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W toku postępowania kontrolnego ustalono, iż zgodnie z dokumentem pn. „Informacja z otwarcia ofert” z dnia 26 września 2019 r. dla części nr 5 przedmiotowego zamówienia wykonawca A(...) złożył ofertę z ceną całkowitą wynoszącą 2 044 897,04 zł brutto, podczas gdy średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 3 249 745,10 zł brutto, tym samym cena całkowita oferty wykonawcy A(...) była o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

⁷⁹ Kontrola doraźna przeprowadzona została w oparciu o przepisy ustawy Pzp2004, ale które z uwagi na obecnie obowiązujące regulacje nie straciły swojej aktualności.

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy A(...) z wezwaniem do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla tej części postępowania .

Wykonawca wyjaśnił m.in., iż *Dzięki szczegółowej analizie przedmiotu zamówienia oraz doświadczeniu w realizacji usług objętych postępowaniami przetargowymi, złożyliśmy w postępowaniu ofertę, która zapewnia Zamawiającemu należyłą realizację przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania Umowy. Oferta została przygotowana rzetelnie, obejmując swym zakresem wszystkie składniki cenotwórcze. Dodatkowo mamy w przyszłej Umowie (zgodnie z par. 20.5) potwierdzoną możliwość waloryzacji umowy w kolejnych latach jej świadczenia zatem nie musimy wzrostu ich wielkości dziś uwzględniać w zaproponowanej cenie usługi. Takie stanowisko znajduje pełne potwierdzenie w poniższej kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do kosztów pracy, kosztów środków czystości oraz wszystkich innych elementów mających wpływ na cenę oferty. Poniższe zestawienie kosztów kalkulacyjnych przedstawiamy ze szczegółowym rozbiem na poszczególne składowe kalkulacji kosztów pracowniczych, rozbiem kosztów środków chemicznych, maszyn i urządzeń oraz innych kosztów stanowiących elementy składowe całości kalkulacji zaproponowanej Państwu oferty cenowej.*

Dzięki ponad 20 letniej praktyce w realizacji przedmiotowej usługi na terenie całej Polski oraz poza jej granicami a także biorąc pod uwagę zaplecze techniczne i organizacyjne firmy (14 Oddziałów w Polsce, ponad 7000 osób zatrudnionych, bieżąca współpraca z ponad 1000 firm w Polsce) mogliśmy zaplanować optymalną wydajność realizacji poszczególnych elementów usługi dopasowując te założenia do potrzeb Zamawiającego opisanych w SIWZ oraz do optymalnej ilości osób koniecznych do prawidłowego wykonania opisywanej usługi. Dodatkowym atutem jest posiadanie mobilnej grupy operacyjnej, która zajmuje się usuwaniem pilnych zleceń awaryjnych oraz częścią zaplanowanych prac okresowych. Grupa współpracuje także z wyselekcjonowanymi podwykonawcami, z którymi jesteśmy związani Umowami o współpracy i którzy w razie potrzeby wspierają nas swoimi siłami operacyjnymi i technicznymi jednak wykonując prace zleczone zgodnie z naszymi procedurami i pod kontrolą naszych Kierowników operacyjnych. Dzięki wieloletniej obecności w branży usług cleaningowych współpracujemy z większością wiodących producentów i Dystrybutorów produktów chemicznych oraz maszyn i urządzeń. Posiadamy znaczący park maszynowy, który w razie potrzeby możemy wykorzystać w celu prawidłowej realizacji kontraktu (jako uzupełnienie maszyn i urządzeń przypisanych bezpośrednio do danego kontraktu i obecnych w miejscu świadczenia danej usługi). Na dowód tego w załączeniu do powyższych wyjaśnień przedstawiamy Państwu zestawienie maszyn i urządzeń wykorzystywanych do obsługi terenu zewnętrznego, będących we władaniu firmy na terenie kraju. Pragniemy również poinformować Zamawiającego, iż Nasza firma, ma możliwość świadczenia usług u Klientów na niskich marżach i kupowanie sprzętu oraz środków chemicznych po bardzo konkurencyjnych cenach bezpośrednio od sprawdzonych Dystrybutorów i producentów. Ceny, które otrzymujemy od naszych Dostawców są cenami niższymi niż ogólnie dostępne na rynku dzięki otrzymywanym dodatkowym rabatami i upustom cenowym. Na dowód tego w załączeniu do powyższych wyjaśnień przedstawiamy Państwu przykładową fakturę zakupową

od jednego z wiodących Dostawców (zgodnie z umową z Dostawcami nie mamy prawa ujawnić danych Dostawcy), która potwierdza bardzo konkurencyjne ceny zakupu.

W ww. wyjaśnieniach wykonawca zawarł tabele obrazujące koszty związane z realizacją przedmiotowej usługi, jak również przekazał dokumenty w postaci faktury i wykazu maszyn i urządzeń.

Zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy i zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Nadmienić należy, iż w sprawie dotyczącej części nr 3 zamówienia, którego część nr 5 stanowiła przedmiot kontroli, wydany został przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 24 grudnia 2019 r. wyrok o sygnaturze akt KIO 2454/19. W wyroku tym Izba uznała, m.in. że *złożone wyjaśnienia nie są wyczerpujące, szczegółowe i rzetelne a ogólnikowe, niespójne i nie rozwiewają wszystkich wątpliwości, które zrodziły się po stronie Zamawiającego. W ich treści brak jest szczegółowych informacji na temat tego, z czego wynika struktura zaoferowanej ceny a także informacji o tym, jaki poziom oszczędności wykonawca osiągnął w zakresie konkretnych elementów cenotwórczych.*

W Informacji o wyniku kontroli wskazano, iż przywołana w ww. wyroku argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej znajdowała zasadniczo uznanie również w odniesieniu do stanu faktycznego w zakresie części nr 5 kontrolowanego zamówienia, przede wszystkim ze względu na fakt, iż opisowa część wyjaśnień wykonawcy A(...) zawartych w piśmie z dnia 4 października 2019 r. była wspólna zarówno dla części nr 3, jak i części nr 5 danego zamówienia. Ponadto, stwierdzono, iż przedstawiona w *wyjaśnieniach wykonawcy A(...) z dnia 4 października 2019 r. tabela zawierająca wykaz kosztów związanych z realizacją zamówienia w zakresie części nr 5, analogicznie jak w sprawie stanowiącej przedmiot analizy przez Krajową Izbę Odwoławczą, nie zawiera w zasadzie nowych informacji w stosunku do treści oferty wykonawcy, z wyjątkiem rozbicia danych z jednej kolumny na dwie, tym samym nie rozwiewa wątpliwości w aspekcie występowania w ofercie wykonawcy A(...) ceny rażąco niskiej. Także zawarcie informacji dotyczącej struktury kosztów w zakresie pkt 8 i 9 ww. tabeli nie przesądza o wykazaniu braku ceny rażąco niskiej, przede wszystkim ze względu na fakt, iż dotyczą one jedynie części z prac do wykonania w ramach realizacji zamówienia, jak również, iż informacje te nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami. W szczególności nie może zostać uznana za wiarygodny dowód przedstawiona przez wykonawcę Faktura nr FV 2/000846/18 z dnia 8 października 2018 r., ze względu na fakt, iż główną część wymienionych w niej produktów stanowią środki chemiczne i środki czystości, które w większości nie mogą mieć zastosowania przy realizacji danego przedmiotu zamówienia. Z kolei na podstawie przedstawionego przez wykonawcę „Wykazu maszyn i urządzeń”, w powiązaniu z ogólnikowymi wyjaśnieniami, nie sposób określić wpływu na cenę przedstawioną w ofercie.*

Tym samym stwierdzono, iż wykonawca A(...) nie uczynił zadość obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenia zostały podtrzymane przez Krajową Izbę Odwoławczą⁸⁰.

⁸⁰ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2020 r., sygn. akt KIO/KD 40/20.

Na uwagę zasługują również przykłady prawidłowego zachowania zamawiającego.

W sprawie zainicjowanej wnioskiem o kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie ochrony fizycznej osób i mienia, w którym podniesiono zarzut, że stawka godzinowa za świadczenie usługi zaoferowana przez ww. Wykonawcę którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wynosząca 16,89 zł netto, nie pozwala pokryć wszystkich kosztów, jakie musi ponieść wykonawca w trakcie realizacji umowy, tj. wynagrodzenia pracowników wykonujących czynności w zakresie ochrony fizycznej wraz z pochodnymi od tego wynagrodzenia (podatek dochodowy oraz składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne), jak również inne koszty niezbędne do poniesienia w celu prawidłowej realizacji zamówienia. Wnioskodawca podniósł, iż po uwzględnieniu podatku VAT (stawka 23%) wykonawcy powinni kalkulować swoją cenę ofertową w oparciu o stawki godzinowe, wynoszące min. 31,99 zł brutto (co odpowiada 26,01 zł netto) za każdą godzinę pracownika ochrony zatrudnionego na umowę o pracę.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż wartość zamówienia została ustalona na podstawie udzielonego zamówienia na ochronę w ciągu poprzednich 12 miesięcy z uwzględnieniem zmian ilości i wartości zamawianych usług, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia. Suma zamówienia została powiększona o prognozowany wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem na 2022 r. Łączna wartość zamówienia netto została powiększona o prognozowany wzrost wynagrodzenia minimalnego w 2023 r. w stosunku do 2022 r. Podczas szacowania Zamawiający uwzględnił także zwiększenie zakresu usług o obsługę szatni w dwóch obiektach. W związku z powyższym wartość zamówienia została ustalona na 783 883,96 zł netto (964 177,27 zł brutto). Średnia arytmetyczna złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu wynosiła 1 201 996,22 zł. Cena oferty wybranego wykonawcy była niższa o ok 5,6% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek oraz niższa o ok. 24,3% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wzywał wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do udzielenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem jak wyjaśnił w toku postępowania kontrolnego zaoferowana przez wykonawcę cena nie budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia. Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy w piśmie Urzędu z dnia 6 października 2022 r., znak: KND/117/22/DKZP, stwierdzono, że wartość zamówienia ustalona przed wszczęciem postępowania powiększoną o należny podatek od towarów i usług jest bardzo zbliżona do wartości 3 najkorzystniejszych pod względem cenowym ofert oraz nie odbiega zdecydowanie od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Jednocześnie Zamawiający szczegółowo przedstawił sposób szacowania wartości zamówienia z uwzględnieniem wzrostu wynagrodzenia minimalnego w 2023 r., co zostało poparte stosownym dokumentem. Reasumując, stwierdzono, iż okoliczności faktyczne przedmiotowego postępowania nie dostarczały podstaw by podejrzewać, iż cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska

w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budząca wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Nie ziściły się również przesłanki wynikające z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, które obligowałyby zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

8.6. Wartość zamówienia a odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W Dziale IX ustawy Pzp przewidziane zostały regulacje dotyczące środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcy. Katalog dostępnych środków ochrony prawnej stanowią odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

Podstawowym środkiem ochrony prawnej jest odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Szczegółowe kwestie związane z wniesieniem odwołania i postępowaniem prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą przewidziane zostały w Rozdziale 2 Działu IX ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 513 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
- 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Z perspektywy wartości zamówienia istotnym jest, że art. 513 ustawy Pzp – w przeciwieństwie do regulacji obowiązującej na gruncie ustawy Pzp2004 – nie uzależnia uprawnienia do wniesienia odwołania od wartości zamówienia i wprowadza zasadę możliwości zaskarżenia każdej niezgodnej z prawem czynności lub zaniechania zamawiającego niezależnie od tego, czy dotyczy to postępowań o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych, czy postępowań o wartości poniżej tych progów. Nadmienić należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp2004, w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, możliwość wniesienia odwołania ograniczona była wyłącznie wobec określonych w nim czynności.

Zauważyć należy, iż na gruncie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie nie przysługuje na podjęcie i zaniechanie działań zamawiającego poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (np. na przygotowanie planu zamówień, opracowanie analizy potrzeb czy raportu z wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Uprawnienie do wniesienia odwołania do Prezesa KIO z perspektywy wartości zamówienia, w obecności obowiązujących regulacji, doznaje ograniczenia wobec postępowań na zamówienie, których wartość jest mniejsza niż 130 000 zł. Krajowa Izba Odwoławcza ma obowiązek, na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Pzp, odrzucić odwołanie wniesione w postępowaniu, którego wartość jest mniejsza niż 130 000 zł. Przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, że zamawiający prowadzi to postępowanie na podstawie przepisów ustawy Pzp. Decydujące znaczenie ma wartość zamówienia, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem Izby, jeżeli zamówienie nie przekracza progu, od którego zamawiający ma obowiązek stosować przepisy ustawy, tj. 130 000 zł, wyłączone jest stosowanie przepisów ustawy Pzp, a odwołanie wniesione na czynność zamawiającego nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu, gdyż w tym zakresie nie znajdują swojego zastosowania przepisy ustawy Pzp, co z kolei obliguje Izbę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 ust. 1 ustawy Pzp⁸¹.

Wartość zamówienia ma istotne znaczenie w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, bowiem uzależniona jest od niej liczba członków składu orzekającego rozpoznającego odwołanie. Jeżeli postępowanie odwoławcze dotyczy zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne, sprawa zostaje kierowana do rozpoznania w składzie trzyosobowym. Prezes KIO może jednak odstąpić od tej reguły i zarządzić rozpoznanie odwołania w składzie jednoosobowym, gdy sprawa nie posiada skomplikowanego charakteru. W sytuacji, gdy odwołanie dotyczy postępowania, którego wartość jest mniejsza niż progi unijne, odwołanie zostanie skierowane do rozpoznania przez skład jednoosobowy. Rozpoznanie odwołania następuje jednak w składzie trzyosobowym, jeżeli Prezes KIO uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawiłość sprawy (art. 487 ust. 1 ustawy Pzp).

Szczególnego znaczenia nabiera również wartość zamówienia w kontekście terminu na wniesienie odwołania. W art. 515 ustawy Pzp ustawodawca określił terminy wniesienia odwołania dla poszczególnych stanów faktycznych.

Terminy na złożenie odwołania na czynność, którą podjął zamawiający⁸²:

Lp.	Przedmiot odwołania	Termin na wniesienie odwołania, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne	Termin na wniesienie odwołania, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne
1.	Czynność zamawiającego, jeżeli informacja o niej została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej	10 dni	5 dni
2.	Czynność zamawiającego, jeżeli informacja o niej została przekazana w sposób inny niż za pomocą środków komunikacji elektronicznej	15 dni	10 dni
3.	Treść ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub treść dokumentów zamówienia	10 dni	5 dni

⁸¹ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt KIO 393/22.

⁸² Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/kio/postepowanie-odwolawcze/podstawowe-informacje>.

4.	Wobec czynności innych niż określone w punktach od 1 do 3 odwołanie wnosi się w terminie liczonym	10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia	5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia
----	---	--	---

Terminy na złożenie odwołania na zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany:

1.	Przedmiot odwołania	Termin na wniesienie odwołania, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne	Termin na wniesienie odwołania, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne
2.	Zaniechanie publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub nie przesłanie wykonawcy zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty lub niezaprośzenie wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowe	30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia a w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki – ogłoszenia o wyniku postępowania albo ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, zawierającego uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki	15 dni od dnia zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania a w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki – ogłoszenia o wyniku postępowania albo ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, zawierającego uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki
3.	Zaniechanie opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia bądź ogłoszenia o wyniku postępowania	6 miesięcy od dnia zawarcia umowy	1 miesiąc od dnia zawarcia umowy
4.	Zaniechanie opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia bądź ogłoszenia o wyniku postępowania, które zawierałyby uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki	6 miesięcy od dnia zawarcia umowy	1 miesiąc od dnia zawarcia umowy

9. Najczęstsze problemy występujące przy szacowaniu wartości zamówienia ustalone w oparciu o wyniki kontroli przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W oparciu o art. 603 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań zamawiającego, przy czym kontrola może dotyczyć postępowania o udzielenie zamówienia, zawarcia lub zmiany umowy, a także postępowania o zawarcie umowy ramowej, dynamicznego systemu zakupów, systemu kwalifikowania wykonawców lub konkursu oraz zawarcia lub zmiany umowy ramowej.

Jednocześnie należy zaznaczyć, iż stwierdzone w wyniku kontroli Prezesa UZP naruszenia przepisów ustawy Pzp są oparte na stanie faktycznym sprawy ustalonym na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów.

Analiza przeprowadzonych w ostatnich latach przez Prezesa UZP kontroli udzielania zamówień publicznych dowiodła, iż najczęstszym problemem z jakim spotykają się zamawiający w kontekście szacowania wartości

zamówienia to odpowiednia kwalifikacja czy w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z jednym zamówieniem udzielanym w częściach czy też z kilkoma odrębnymi zamówieniami, co w konsekwencji sprowadza się do oceny czy w danym postępowaniu doszło do naruszenia art. 29 oraz art. 30 ustawy Pzp (art. 5b ust. 2 oraz art. 32 ustawy Pzp2004). Ponadto należy zaznaczyć, iż wśród stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeń przepisów dot. szacowania wartości zamówienia można również wyróżnić naruszenia związane z nieprawidłowym oszacowaniem zamówień na usługi i dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie, w tym dostaw realizowanych na podstawie umów dzierżawy, z ustalaniem wartości zamówień z uchybieniem ustawowych terminów bądź bez wymaganej dokumentacji (np. bez obowiązkowego przy robotach budowlanych kosztorysu inwestorskiego), czy też naruszenia o charakterze formalnym jak błędnie wpisane kwoty wartości zamówień w protokole postępowania oraz w ogłoszeniu o wyniku postępowania, bądź ustalenie wartości zamówienia w oparciu o nieprawidłowy kurs euro, co nie spowodowało jednocześnie innych naruszeń przepisów ustawy Pzp.

Poniżej przedstawiono przykłady kontroli, w których Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenia przepisów ustawy Pzp, a także naruszenia przepisów ustawy Pzp2004, które zachowują swoją aktualność również obecnie, związane z omawianą problematyką.

1. Naruszenia związane z podziałem zamówienia na części w celu ominięcia stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 sierpnia 2022 r., znak: KND/223/21/DKZP.

Zamawiający udzielił, bez stosowania przepisów ustawy Pzp, 7 zamówień dotyczących realizacji zadań z zakresu utwardzania masą asfaltobetonową nawierzchni ulic na terenie miejscowości gminnych, tj. zamówień pn.:

1. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. P(...) w H(...) o szerokości 4,5 m i długości 99 mb – wartość zamówienia: 44 726,07 zł netto (10 476,206 euro), data wszczęcia postępowania: 23 czerwca 2021 r.;
2. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. P(...) w H(...) o szerokości 4,5 m i długości 68 mb – wartość zamówienia: 32 964,36 zł netto (7 721,256 euro), data wszczęcia postępowania: 23 czerwca 2021 r.;
3. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. C(...) w I(...) o szerokości 4,5 m i długości 104 mb – wartość zamówienia: 46 588,92 zł netto (15 304,569 euro), data wszczęcia postępowania: 23 czerwca 2021 r.;
4. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. L(...) w H(...) o szerokości 4,5 m i długości 163 mb – wartość zamówienia: 59 279,25 zł netto (10 912,543 euro), data wszczęcia postępowania: 29 lipca 2021 r.;

5. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. C(...) w I(...) na odcinku od ul. P(...) do ul. S(...) o szerokości 4,5 m i długości 291 mb – wartość zamówienia: 92 109,15 zł netto (21 574,766 euro), data wszczęcia postępowania: 24 sierpnia 2021 r.;
6. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Z(...) w I(...) na odcinku od ul. A(...) do ul. S(...) o szerokości 4,5 m i długości 204 mb – wartość zamówienia: 65 184,81 zł netto (15 034,036 euro), data wszczęcia postępowania: 20 sierpnia 2021 r.;
7. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. B(...) w H(...) o szerokości 4,5 m i długości 216 mb – wartość zamówienia: 68 194,07 zł netto (15 973,126 euro), data wszczęcia postępowania: 30 sierpnia 2021 r.

Przedmiot każdego z ww. zamówień określony zarówno w zapytaniu ofertowym jak i umowach obejmował utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni wg poniższych parametrów:

- 1) warstwa izolacyjna cementowa przed przerastaniem roślin przez asfaltobeton;
- 2) warstwa asfaltobetonu o przekroju daszkowym jednowarstwowa o grubości 7-11 cm przed wałowaniem, 7 cm krawędź jezdni, 11 cm w osi jezdni;
- 3) ukształtowanie poboczy przez wybranie ziemi dla odpływu wody z jezdni i utwardzenie odcinka o szerokości 0,5 m kruszywem łamanym kamiennym,
- 4) regulacja studni kanalizacyjnych.

Wartość łączna wszystkich 7 części wynosiła 409 046,63 zł netto (95 811,170 euro netto).

Odnosząc się do postępowań objętych przedmiotową kontrolą zamawiający wyjaśnił, iż: *w zakresie robót budowlanych opisanych w pkt. 1-7 pisma należy podnieść, że stanowią one odrębne zadania inwestycyjne realizowane na drogach gminnych, wzajemnie nie powiązane z sobą w funkcjonalny sposób. Ich jedynym elementem wspólnym jest to, że stanowią one drogi położone na terenie Gminy (...). Nie stanowią połączonych ze sobą ciągów komunikacyjnych, a każda z tych dróg przede wszystkim stanowi odrębny obiekt budowlany. Ponadto, co niezwykle istotne, zamówienia te nie stanowią jednego przedsięwzięcia budowlanego. Należy zauważyć, że zgodnie z zasadami szacowania właściwymi dla robót budowlanych przyjmuje się szacowanie odrębnych obiektów budowlanych stanowiących autonomiczne i samodzielne zamówienie. Podkreślić należy, że jest to ugruntowane stanowisko przedstawicieli doktryny. (...)*

Biorąc pod uwagę ustalenia stanu faktycznego sprawy Prezes Urzędu stwierdził, że nie zaistniały podstawy do podziału zamówienia skutkującego odstąpieniem przez Zamawiającego od łącznego szacowania wartości zamówienia objętego zakresem postępowań nr 1-7.

Wszystkie z zawartych umów mają takie samo lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia. Treść opisu przedmiotu zamówienia każdej z usług wskazanych we wszystkich 7 zadaniach jest zbieżny pod kątem zakresu i rodzaju prac. Okoliczność, iż opisy przedmiotu zamówienia są zbieżne ze sobą, przesądza iż nie odznaczają się one odmiennym i zróżnicowanym charakterem.

Odnosząc się do kwestii obiektu budowlanego podniesionej przez zamawiającego w udzielonych w toku kontroli wyjaśnieniach, należy zgodzić się z zamawiającym, iż w przypadku zamówień na roboty budowlane

analiza obowiązku dokonania łącznego szacowania wartości musi nastąpić z uwzględnieniem definicji obiektu budowlanego zawartej w art. 7 pkt 14 ustawy Pzp. Nie sposób uznać natomiast, iż zamówienia te nie stanowią jednego przedsięwzięcia budowlanego. Zgodnie z art. 7 pkt 14 ustawy Pzp, za obiekt taki należy uznać wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Należy pamiętać, iż definicja ta różni się w sposób zasadniczy od definicji pochodzącej z przepisów Prawa Budowlanego i nie może być z nią utożsamiana. Dla celów ustawy Pzp istotne jest funkcjonalne rozumienie pojęcia obiektu budowlanego, które ma służyć określeniu tego, co jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ustaleniu wartości tego zamówienia. W tym kontekście, podczas gdy na podstawie Prawa budowlanego jako obiekt budowlany zdefiniowany zostanie pojedynczy budynek, budowla lub obiekt małej architektury, obiektem budowlanym z ustawy Pzp może być kompleks różnych budynków, budowli i obiektów małej architektury, jeżeli łącznie spełniają one określoną funkcję gospodarczą lub techniczną. Dla celów definicji z ustawy Pzp ocena, czy w konkretnym przypadku na obiekt budowlany składa się jeden budynek, czy też szereg budowli w rozumieniu Prawa budowlanego, a co za tym idzie – czy na wartość takiego zamówienia jako obiektu budowlanego będą składały się wartości różnych budynków, budowli czy obiektów małej architektury, powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które obiekt ten jako całość będzie spełniał⁸³.

W przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia spełniającym taką samą rolę gospodarczo-techniczną. Celem tych zadań było poprawienie jakości komunikacji na drogach tej samej Gminy, tak by spełniały oczekiwania użytkowników dróg oraz doprowadzenie nawierzchni do odpowiedniego stanu technicznego. Zauważyć należy, iż zamawiający dla wszystkich zadań wprowadził jednakowe opisy zamówień, jednakowe wymagania co do zakresu oraz sposobu realizacji zamówień i jednakowy wzór umowy.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż z uwagi na odmienną lokalizację poszczególnych zadań nie można mówić o jedności przedmiotu zamówienia. Zauważyć należy, iż o odmienności celu gospodarczego poszczególnych zadań nie może świadczyć wyłącznie okoliczność, iż są one realizowane w odmiennych lokalizacjach. To cel realizacji danego przedsięwzięcia gospodarczego decyduje o tym czy w danych okolicznościach faktycznych możemy mówić o jedności rodzajowej przedmiotu zamówienia, nie zaś miejsce ich realizacji⁸⁴. Podnoszona przez zamawiającego w treści złożonych wyjaśnień okoliczność, iż poszczególne roboty były świadczone na rzecz niezależnych obiektów budowlanych o odrębnych lokalizacjach, nie implikuje stwierdzenia, że były to umowy, które nie były tożsame rodzajowo, bowiem charakter świadczonej usługi pozostawał bez zmian z uwagi na odmienne lokalizacje. Ponadto, konieczność

⁸³ Por. wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Roanne, ECLI:EU:C:2007:31, pkt 41–42; wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, ECLI:EU:C:2005:652, pkt 26.

⁸⁴ Zob. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 22/19.

świadczenia konkretnej usługi w zróżnicowanych lokalizacjach nie stanowiła przeszkody do ewentualnego udzielenia zamówienia jednemu wykonawcy.

Nie budzi również wątpliwości tożsamość czasowa przedmiotowych zamówień. Wskazać należy, że podstawą do oceny, czy przesłanka czasowa jest spełniona czy też nie, jest co do zasady, przewidywalny czas realizacji danego świadczenia. Nie oznacza to zatem, że konieczne jest udzielenie wszystkich zamówień częściowych w tym samym czasie. Ziszczenie się przesłanki czasowej występuje nie tylko w sytuacji, gdy zamówienia można udzielić jednocześnie, w tym samym czasie, ale także wtedy gdy do udzielenia zamówień dochodzi w przewidywalnej, w momencie udzielenia pierwszego z nich, perspektywie czasowej, określonej specyfiką przedmiotu zamówienia. Wszystkie ww. zamówienia zostały wszczęte poprzez skierowanie zapytań ofertowych do potencjalnych wykonawców w tym samym dniu bądź w niewielkim odstępie czasu (odpowiednio: 23.06., 23.06., 23.06, 29.07., 24.08., 20.08., 30.08.2021). Ta sama sytuacja dotyczy terminów zawarcia umów (odpowiednio: 29.06., 29.06., 30.06., 6.08., 6.09., 6.09., 17.09.2021 r.) oraz terminów realizacji zamówień (odpowiednio: 20.07., 15.07., 20.07., 31.08., 26.09., 26.09., 7.10.2021 r.), tj. w określonej perspektywie czasowej. Dodatkowo należy zauważyć, iż zamawiający dokonał ustalenia wartości zamówień wskazanych powyżej w pkt 1-3 na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 12 czerwca 2021 r., a zamówień wskazanych w pkt 4-7 na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 5 lipca 2021 r.

Ponadto należy zauważyć, że wykonanie ww. zamówień mogło zostać powierzone jednemu wykonawcy. Stanowi o tym wyraźnie fakt, że zamawiający udzielił 6 z 7 przedmiotowych zamówień jednemu wykonawcy. Wykonawca ten, w odpowiedzi na zapytanie ofertowe, złożył oferty we wszystkich ww. postępowaniach. Jedynie w jednym z ww. postępowań oferta tego wykonawcy nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Niemniej jednak, powyższe nie wpływa na fakt, iż wszystkie roboty budowlane wchodzące w zakres realizacji ww. zadań mógł zrealizować jeden wykonawca posiadający odpowiednie doświadczenie, tym bardziej, iż w zakresie ww. zamówień zamawiający nie postawił w ogóle warunków udziału w postępowaniu.

W kontrolowanym przypadku zachodzi tożsamość przedmiotowa, tożsamość czasowa oraz możliwość należytego wykonania wszystkich 7 zamówień przez jednego wykonawcę – zatem mamy do czynienia z jednym zamówieniem mającym za przedmiot realizację zadań z zakresu utwardzania masą asfaltobetonową nawierzchni ulic na terenie miejscowości gminnych. W konsekwencji powyższego, Zamawiający powinien części zamówienia ujęte w 7 umowach oszacować łącznie, a następnie przeprowadzić jedno postępowanie na wszystkie części lub oddzielne postępowania dla każdej z ww. części, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, gdyż łączna wartość tych zamówień przekroczyła 130 000 zł.

Reasumując uznać należy, iż poprzez podział zamówienia na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości i niestosowania przepisów ustawy Pzp do ich udzielenia, zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został

wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany we właściwej procedurze regulowanej przepisami ustawy Pzp.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 września 2022 r., znak: KND/210/21/DKZP.

W toku kontroli ustalono, iż zamawiający oprócz postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem niniejszej kontroli tj. postępowania na *wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „(...)” – obiekt 1 Skwer przy Alei J(...) w P(...)*, przeprowadził w roku 2019 postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „(...)” – obiekt 5 skwer przy ulicy Aleje L(...) w P(...)* – nasadzenia zieleni zakończone wyborem wykonawcy oraz udzieleniem zamówienia stosownie do treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zamieszczonego w BZP. Stwierdzono także, iż w zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego planie postępowań o udzielenie zamówień przewidzianych do przeprowadzenia w roku 2019, oba postępowania zostały uwzględnione odpowiednio pod numerami 3 oraz 5 tabeli. Jednocześnie po analizie wyjaśnień zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 21 czerwca 2022 r., jak również na podstawie treści protokołu postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem niniejszej kontroli stwierdzono, iż zamawiający nie uznał, że udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, a w konsekwencji nie sumował wartości zamówień stanowiących przedmiot wskazanych postępowań. Ponadto na podstawie wyjaśnień przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli ustalono, iż wartość zamówienia na *wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „(...)” – obiekt 1 Skwer przy Alei J(...) w P(...)*, została ustalona na 2 436 097,14 zł, podczas gdy wartość zamówienia udzielanego w ramach postępowania pn. *Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „(...)” – obiekt 5 skwer przy ulicy Aleje L(...) w P(...)* – nasadzenia zieleni została ustalona na 178 456,34 zł.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami, należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia, tożsamość czasowa zamówienia i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę.

W odniesieniu do tożsamości czasowej nie budzi wątpliwości fakt, iż zamówienia te mogły być udzielone w jednym czasie z uwagi na przewidzenie ich udzielenia przez Zamawiającego w planie postępowań na ten sam rok oraz faktyczne przeprowadzenie postępowania i udzielenie ich w danym roku.

W odniesieniu do tożsamości podmiotowej ustalono, iż w obu postępowaniach jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę był wykonawca (...), co daje podstawę do uznania, iż istniała możliwość wykonania obu zamówień przez jednego wykonawcę.

W odniesieniu zaś do tożsamości przedmiotowej należy podkreślić, iż zakres przedmiotowy obu zamówień obejmował zadania polegające na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zieleni związane z przeprowadzeniem nasadzeń zieleni. Jakkolwiek nie budzi wątpliwości fakt, iż zakres zamówienia w postępowaniu na *wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „(...)” – obiekt 1 Skwer przy Alei J(...) w P(...)* był ponadto szerszy w tym względzie, iż obejmował także pewne elementy robót budowlanych dotyczące infrastruktury, należy jednak wziąć w tym zakresie pod uwagę ustalenia zawarte w Informacji o wyniku kontroli, z których wynika, iż roboty te pełniły rolę pomocniczą względem prac związanych z zagospodarowaniem i odnową zieleni. Jednocześnie nie bez wpływu pozostaje fakt, iż jak wynika z analizy informacji zawartych na stronie internetowej Zamawiającego, Zamawiający wyodrębnił i przeprowadził w roku 2018 postępowanie o udzielenie zamówienia na *wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „(...)” – obiekt 5 skwer przy ulicy Aleje L(...) w P(...)* – bez zagospodarowania terenów zieleni, obejmujące roboty budowlane w zakresie infrastruktury. Daje to podstawę do uznania, iż w sensie przedmiotowym i funkcjonalnym zamówienia będące przedmiotem odpowiednio postępowania na *wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „(...)” – obiekt 1 Skwer przy Alei J(...) w P(...)* jak i postępowania pn. *Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „(...)” – obiekt 5 skwer przy ulicy Aleje L(...) w P(...)* – nasadzenia zieleni, spełniają względem siebie kryterium tożsamości przedmiotowej. Nie zmienia tego twierdzenia fakt odmiennej lokalizacji wykonywanych zadań, bowiem odległość geograficzna nie jest przesądzająca dla oceny, czy dane zadanie wchodzi w zakres innego, większego zamówienia, czy jest względem innych zamówień autonomiczne.

Powyższe ustalenia dają podstawę do uznania, iż zamówienie na *wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „(...)” – obiekt 1 Skwer przy Alei J(...) w P(...)* oraz zamówienie pn. *Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „(...)” – obiekt 5 skwer przy ulicy Aleje L(...) w P(...)* – nasadzenia zieleni stanowiły w rzeczywistości części jednego zamówienia, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania.

Tym samym stwierdzić należy, iż poprzez zaniechanie ustalenia wartości zamówienia z uwzględnieniem łącznej wartości poszczególnych części zamówienia przy udzielaniu zamówienia w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania, Zamawiający naruszył art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W uchwale z dnia 20 października 2022 r., sygn. akt KIO/KD 28/22, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 czerwca 2019 r., znak: KND/24/19/DKZP.

Zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania ofertowego – bez stosowania przepisów ustawy Pzp – na *Wykonanie dokumentacji projektowej obejmującej kompletny projekt koncepcyjny Obiektu i przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego*

autorskich praw majątkowych do wykorzystywania Projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU).

Zgodnie z § 1 umowy, jej przedmiotem było wykonanie przez Wykonawcę na rzecz zamawiającego dokumentacji projektowej obejmującej kompletny projekt koncepcyjny obiektu i przeniesienie przez wykonawcę na zamawiającego autorskich praw majątkowych do Projektu w zakresie określonym w § 2 umowy.

Na mocy § 2 ust. 3 umowy wykonawca zobowiązał się przenieść na zamawiającego autorskie prawa majątkowe do projektu na następującym polu eksploatacji: wykorzystywanie projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz prac budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego.

Zgodnie z § 2 ust. 4 umowy przeniesienie autorskich praw majątkowych, o których mowa w punkcie 3 nastąpić miało z chwilą wydania zamawiającemu przedmiotu umowy, tj. z dniem podpisania protokołu odbioru, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy.

W § 4 ust. 1 umowy zawarto szczegółowy zakres zobowiązania wykonawcy dotyczący przeniesienia autorskich praw majątkowych. Z kolei zgodnie z brzmieniem § 4 ust. 3 umowy wynagrodzenie ryczałtowe za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do projektu, o którym to wynagrodzeniu mowa w ust. 1 lit. a wyniesie kwotę 400 000 zł netto.

Wynagrodzenie przysługujące wykonawcy z tytułu zrealizowania przedmiotowej umowy zostało uregulowane w § 8 ust. 1 umowy, zgodnie z którym z tytułu wykonania projektu oraz przeniesienia na zamawiającego autorskich praw majątkowych do projektu na wszystkich polach eksploatacji wymienionych w § 2 ust. 3 umowy (wykorzystanie projektu koncepcyjnego obiektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz prac budowlanych, w szczególności do sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego) wykonawcy przysługuje zryczałtowane wynagrodzenie w wysokości 120 000 zł netto.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy przedmiotem dwóch zawartych umów było:

- a) *Wykonanie dokumentacji projektowej obejmującej kompletny projekt koncepcyjny Obiektu i przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wykorzystywania Projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) z wartością zamówienia ustaloną na kwotę poniżej 30.000,00 euro – brak pism dokumentujących szacowanie;*
- b) *Zaprojektowanie i wybudowanie szkoły podstawowej w N(...) wraz z przylegającym otoczeniem – przedmiotem zamówienia było m.in. przeniesienie przez T.K. na wykonawcę całości autorskich praw majątkowych do wykorzystania projektu koncepcyjnego z wartością zamówienia ustaloną na kwotę*

21 817 939,20 zł (w tym wartość wynagrodzenia należnego za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do projektu wynosząca 400 000,00 zł netto).

W przedmiotowym stanie faktycznym, przy założeniu wyodrębnienia zamówienia mającego za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego (lit. „a”) do odrębnego postępowania, wartość zamówienia oznaczonego literą „a” powinna zostać zsumowana łącznie z wartością – ustalonego przez zamawiającego jako cena sztywna – wynagrodzenia należnego na podstawie § 4 ust. 3 umowy z dnia 7 maja 2015 r. za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do projektu, o których mowa w § 4 ust. 1 lit. a) umowy z dnia 7 maja 2015 r.⁸⁵ wynoszącego 400 000 zł netto. Tak oszacowana kwota odpowiadałaby największemu możliwemu zakresowi zamówienia dopuszczanemu przez zamawiającego na etapie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wówczas wartość netto zamówienia oznaczonego literą „a” przekraczałaby kwotę 30 000 euro, co obligowałoby zamawiającego do zastosowania procedur określonych w ustawie Pzp2004.

W tym miejscu należy wskazać, że w przypadku zamówień z zakresu architektoniczno-budowlanego, w których może wystąpić potrzeba wprowadzenia zmian niemożliwych do przewidzenia na etapie np. tworzenia koncepcji architektonicznej, konieczne jest zabezpieczenie interesów zamawiającego. Z uwagi na to zamawiający powinien w umowie mającej za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego zagwarantować sobie przeniesienie majątkowych praw autorskich do danego projektu w zakresie umożliwiającym ewentualne wprowadzanie zmian – korzystanie z koncepcji i rozporządzanie nią na określonych polach eksploatacji. Zamawiający zobowiązany do działania z należytą starannością jest zobligowany do zapewnienia sobie autorskich praw majątkowych do dzieła stanowiącego przedmiot umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Chcąc uzyskać prawo do swobodnego dysponowania nabytym projektem koncepcyjnym, zamawiający powinien szczegółowo określić pola eksploatacji.

W przedmiotowym stanie faktycznym formuła prowadzenia postępowania w trybie zapytania ofertowego istotnie przewidywała przekazanie całości autorskich praw majątkowych do projektu koncepcyjnego, jednak dopiero na etapie przystąpienia do realizacji inwestycji docelowej w oparciu o Program Funkcjonalno-Użytkowy stworzony na podstawie przedmiotowego projektu koncepcyjnego. Przez zawarcie umowy z dnia 7 maja 2015 r. zamawiający nabył jedynie autorskie prawa majątkowe do wykorzystywania projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu

⁸⁵W przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o realizacji na podstawie projektu budowy obiektu, wykonawca zobowiązuje się przenieść na wskazany przez zamawiającego podmiot lub podmioty autorskie prawa majątkowe do projektu, na następujących polach eksploatacji:

- a) utrwalanie i zwielokrotnianie jakąkolwiek techniką, w tym techniką druku, techniką cyfrową, techniką zapisu magnetycznego oraz techniką reprograficzną;
 - b) wprowadzenie do obrotu, użyczenie lub najem oryginału albo egzemplarzy;
 - c) wprowadzenie do pamięci komputera;
 - d) rozpowszechnianie poprzez publiczne wystawianie oraz udostępnianie w sieci Internet;
 - e) wykorzystywanie w ramach realizacji prac budowlanych oraz projektowych
- oraz udzielić tym podmiotom zgody na wykonywanie praw zależnych do opracowań Projektu.

Funkcjonalno-Użytkowego (PFU). Zastosowana przez zamawiającego konstrukcja umowna nie jest naganna w znaczeniu materialnym, jednakże błędem jest zaniechanie zsumowania wartości nabycia projektu koncepcyjnego wraz z oszacowanym łącznie kosztem nabycia całości autorskich praw majątkowych do projektu koncepcyjnego. Zamawiający, obciążając przyszłego wykonawcę kosztami nabycia autorskich praw majątkowych koniecznych do dysponowania (korzystania i rozporządzania) projektem koncepcyjnym, a niebędących przedmiotem umowy z dnia 7 maja 2015 r., dopuścił się nieuprawnionego podziału zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp2004. Argument zamawiającego polegający na twierdzeniu, że zamawiający nie mając wiedzy, czy będzie w stanie zrealizować inwestycję zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym oraz kiedy będzie ją realizował, był uprawniony do nabycia praw autorskich wyłącznie w wąskim zakresie, uznać należy za uprawniony pod warunkiem oszacowania wartości całości praw autorskich przy zastosowaniu prawa opcji (art. 34 ust. 5 ustawy Pzp2004). Korzystanie z autorskich praw majątkowych stanowi bowiem niezbędny element zamawianego utworu przy założeniu nabycia utworu z koniecznością zapewnienia sobie prawa do korzystania z niego i rozporządzania nim – co mogło być objęte zamierzeniem zamawiającego. Samo nabycie projektu koncepcyjnego, bez możliwości dysponowania nim na określonych polach eksploatacji nie może stanowić podstawy do odrębnego oszacowania przedmiotu zamówienia w zakresie nabycia autorskich praw majątkowych do nabywanego projektu koncepcyjnego.

Dostrzec należy, że w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontrolnego nie kwestionowano potrzeby – a nawet konieczności – sporządzenia przez zamawiającego programu funkcjonalno-użytkowego, który na mocy przepisu art. 31 ust. 2 ustawy Pzp2004 stanowi podstawę opisu przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Ustawodawca obowiązkiem sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego istotnie obciążył zamawiającego. Powyższy obowiązek nie może być jednak realizowany z pogwałceniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady nakazującej zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z należytą starannością.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 20 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2399/15: (...) *prawo opcji realizuje cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniająca dopuszczony opcjonalnie margines zmian. (...) wykonanie prawa opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od potrzeb Zamawiającego i na skutek jego dyspozycji, przy czym zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich może dojść do skorzystania z tego prawa, powinny być (...) opisane zgodnie z zachowaniem reguł stosowanych przy opisie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i umożliwiający złożenie oferty.* W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że (...) *Zamawiający może oprócz prawa opcji skorzystać także z zamówień uzupełniających, ale tylko od woli samego Zamawiającego zależy, którą z instytucji uzna on za dogodniejszą. (...) Nie jest też wykluczona sytuacja, w której Zamawiający przewidzi zarówno prawo opcji, jak też zamówienia uzupełniające.*

Przenosząc powyższe ustalenia na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że wskazane przez zamawiającego okoliczności uprawniałyby go do skorzystania z prawa opcji obejmującego przeniesienie

całości autorskich praw majątkowych do projektu (§ 4 ust. 1 lit. a) umowy z dnia 7 maja 2015 r.), z której zamawiający byłby uprawniony skorzystać w sytuacji podjęcia decyzji o realizacji budowy obiektu na podstawie koncepcji stanowiącej przedmiot umowy z dnia 7 maja 2015 r.

Powyższe rozwiązanie zobligowałoby jednak zamawiającego do ustalenia wartości przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem największego możliwego zakresu tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Wskutek takiego działania zamawiający, szacując wartość zamówienia mającego za przedmiot opracowanie projektu koncepcyjnego, byłby zobowiązany uwzględnić w niej wartość odpowiadającą wartości ustalonego przez zamawiającego jako cena sztywna – wynagrodzenia należnego na podstawie § 4 ust. 3 umowy z dnia 7 maja 2015 r. za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do projektu, o których mowa w § 4 ust. 1 lit. a) umowy z dnia 7 maja 2015 r., wynoszącego 400 000 zł netto. To w konsekwencji spowodowałoby konieczność udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie przepisów ustawy Pzp2004 – z wykorzystaniem jednego z trybów przewidzianych w art. 10 ustawy Pzp2004. Skorzystanie przez zamawiającego z tego instrumentu prawnego, jakim jest prawo opcji, umożliwiłoby realizację interesu zamawiającego z poszanowaniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższy stan faktyczny sprawy należy wskazać, że zamawiający udzielając zamówienia na *Wykonanie dokumentacji projektowej obejmującej kompletny projekt koncepcyjny Obiektu i przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wykorzystywania Projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU)* bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych naruszył art. 32 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004. Powyższe skutkowało naruszeniem przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania – poprzez udzielenie przedmiotowego zamówienia bez stosowania ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004, nie znajdującym zastosowania w tych okolicznościach. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż zamawiający naruszył art. 40 ust. 1 i 2 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 oraz art. 32 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp2004, bowiem wskutek dokonanego podziału zamówienia, zaniechał zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. W związku z powyższym, przy udzielaniu niniejszego zamówienia został również naruszony art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004, co miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

W uchwale z dnia 6 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 51/19, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

2. Naruszenia związane z ustalaniem wartości zamówień na usługi i dostawy, o których mowa w art. 35 ustawy Pzp (art. 34 ustawy Pzp2004).

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 kwietnia 2019 r., znak: KND/15/19/DKZP.

Zamawiający zawarł w dniu 9 maja 2016 r. z wykonawcą D... S.A. umowę nr GAZ-1882-2016-05-401, której przedmiotem było świadczenie usługi kompleksowej polegającej na sprzedaży i dostawie paliwa gazowego do punktów, których wykaz znajduje się w załączniku nr 1 do umowy (zgodnie z załącznikiem nr 1 nr identyfikacyjny licznika to X).

Zgodnie z § 1 ust. 2 ww. umowa została zawarta na okres od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 31 grudnia 2020 r. (4 lata). Jednocześnie, aneksem z dnia 1 lipca 2017 r. dokonano skrócenia terminu obowiązywania ww. umowy – do dnia 31 grudnia 2017 r., a następnie aneksem nr 2 z dnia 13 lipca 2017 r. dokonano wydłużenia terminu jej obowiązywania – do dnia 31 grudnia 2022 r. Zatem, ostatecznie umowa zawarta została na okres 6 lat.

Ponadto, zamawiający zawarł z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp2004 w dniu 9 maja 2016 r. z wykonawcą umowę nr GAZ-1884-2016-05-401, której przedmiotem było świadczenie usługi kompleksowej polegającej na sprzedaży i dostawie paliwa gazowego do punktów, których wykaz znajduje się w załączniku nr 1 do umowy (zgodnie z załącznikiem nr 1 nr identyfikacyjny licznika to Y).

Zgodnie z § 1 ust. 2 ww. umowa została zawarta na okres od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 31 grudnia 2020 r. (4 lata). Jednocześnie, aneksem z dnia 1 lipca 2017 r. dokonano skrócenia terminu obowiązywania ww. umowy – do dnia 31 grudnia 2017 r., a następnie aneksem nr 2 z dnia 13 lipca 2017 r. dokonano wydłużenia terminu jej obowiązywania – do dnia 31 grudnia 2022 r. Zatem, ostatecznie umowa zawarta została na okres 6 lat.

Z ustaleń dokonanych w toku kontroli doraźnej wynika, iż do udzielenia przedmiotowych zamówień nie stosowano przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do powyższego, należy wskazać, że zgodnie z ustawą Pzp2004 zamawiający na etapie czynności przygotowawczych, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek ustalenia wartości zamówienia (art. 32-35 ustawy Pzp).

Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 34 ust. 3 pkt 2b) ustawy Pzp2004, w brzmieniu obowiązującym w dacie udzielenia przedmiotowego zamówienia, który stanowił iż, jeżeli zamówienia na dostawy udziela się na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu na czas oznaczony dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zobowiązany był więc do uwzględnienia przy ustalaniu wartości zamówienia całego okresu jego wykonywania. Ponadto, przepis art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004 stanowi, że jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych,

celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp2004 właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Mając na uwadze wskazane wyżej regulacje, należy stwierdzić, że wartość szacunkowa przedmiotowych zamówień z uwzględnieniem 39-miesięcznego okresu ich wykonywania wynosiła odpowiednio: ok. 230 303,03 zł netto (55 163,72 euro) oraz ok. 210 908,17 zł netto (50 518,14 euro), natomiast w przypadku aneksów do ww. umów z uwzględnieniem 2-letniego okresu jego wykonywania – odpowiednio 118 488,08 zł netto (28 381,06 euro) oraz 132 918,82 zł netto (31 837,61 euro) i przekraczała próg wynikający z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004 (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielenia kontrolowanych zamówień, co zobowiązywało do udzielenia przedmiotowych zamówień w oparciu o przepisy ustawy Pzp2004. Dokonane przez Urząd ustalenia dotyczące wartości kwot wynagrodzenia poniesionego przez jednostkę w roku budżetowym 2015 i 2016 (odpowiednio dla umów: 70 862,47 zł i 64 894,82 zł oraz dla aneksów do ww. umów odpowiednio 59.244,04 zł i 66.459,41 zł) wynikającego z zestawienia faktur za te lata, nakazują uznać, iż określenie wartości zamówienia dokonano bez zachowania należytej staranności, co doprowadziło do nieuprawnionego udzielenia ww. zamówienia z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp2004.

Jednocześnie należy wskazać, iż w celu stwierdzenia, czy wartość udzielonych zamówień należało ustalić łącznie, zamawiający powinien rozważyć następujące przesłanki:

- 1) czy dostawy mają takie same lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia,
- 2) czy dostawy są dostępne u jednego wykonawcy,
- 3) czy dostawy nabywane są w przewidywalnym przez Zamawiającego czasie.

W odniesieniu do pierwszej przesłanki, analiza dokumentów wskazuje, że udzielone zamówienia miały takie samo przeznaczenie i zakres obowiązków wykonawcy, jak również były nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia, jakim jest dostawa gazu do jednostki organizacyjnej powiatu. Z treści opisów przedmiotu zamówienia wskazanych w załącznikach do zawartych umów wynika zbieżność pod kątem spełniania określonych wymogów przez wykonawcę, z którym zawarto umowę. Okoliczność, iż opisy przedmiotu zamówienia są zbieżne ze sobą, przesądza iż nie odznaczają się one odmiennym i zróżnicowanym charakterem.

Także przesłanka odnosząca się do możliwości realizacji wymienionych zamówień przez jednego wykonawcę została spełniona. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania – umowy zostały zawarte z tym samym wykonawcą.

Spełniona została także przesłanka odnosząca się do możliwości zaplanowania udzielenia ww. zamówień w określonym czasie, bowiem zarówno umowa nr GAZ-1882-2016-05-401, jak również umowa

nr GAZ-1884-2016-05-401 zostały zawarte w dniu 9 maja 2016 r. Ponadto, zauważyć należy, iż zostały one aneksowane dwukrotnie w tym samym dniu oraz wydłużono ich obowiązywanie na ten sam okres.

Oceny prawnej nie zmienia fakt, że poszczególne dostawy są świadczone w odrębnych lokalizacjach. Powyższe nie implikuje bowiem stwierdzenia, że są to umowy, które nie są tożsame rodzajowo, ponieważ charakter świadczonej usługi (zakres czynności wykonawcy) pozostawał bez zmian bez względu na odmienne lokalizacje. Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż konieczność świadczenia konkretnej dostawy w zróżnicowanych lokalizacjach nie stanowiła przeszkody do udzielenia zamówienia temu samemu wykonawcy, w tym samym dniu i na ten sam okres.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie zamówień na dostawy gazu wynikające z ww. umów było nieuprawnione.

Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż ustalenie przez zamawiającego wartości ww. poszczególnych zamówień odrębnie, jak i bez uwzględnienia pełnego okresu obowiązywania umów, stanowiło naruszenie art. 32 ust. 1, ust. 2 i 4 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2b) ustawy Pzp2004.

Powyższe naruszenie doprowadziło do bezpodstawnego odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp2004. W rezultacie zamawiający zawierając przedmiotowe umowy oraz aneksy nr 1 i 2 do ww. umów, udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz nie opublikował ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, tj. naruszył przepis art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 3 oraz art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 i 2 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp2004.

W uchwale z dnia 29 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 30/19, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że zgłoszone przez zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 marca 2019 r., znak: KND/14/19/DKZP.

W toku kontroli ustalono, że zamawiający zawarł w dniu 10 maja 2016 r. z wykonawcą D... S.A. umowę nr GAZ-1878-2016-05-401, której przedmiotem było świadczenie usługi kompleksowej polegającej na sprzedaży i dostawie paliwa gazowego do punktów, których wykaz znajduje się w załączniku nr 1 do umowy (zgodnie z załącznikiem nr 1 nr identyfikacyjny licznika to X). Do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosowano przepisów ustawy Pzp2004.

W oparciu o ustalony stan faktyczny sprawy, mając na uwadze dyspozycję art. 34 ust. 3 pkt 2b) ustawy Pzp2004, stwierdzić należy, że wartość przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem 4-letniego okresu jego wykonywania wynosiła 189 966,76 zł netto (45 502,11 euro) i przekraczała próg wynikający z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004 (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielenia kontrolowanego zamówienia, co zobowiązywało do udzielenia przedmiotowego zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp2004. Przyjęcie jako wartości zamówienia kwoty 47 491,69 zł netto wynikającej z zestawienia faktur za 2015 r., odpowiadającej szacunkowej wartości usług udzielonych w poprzednim roku budżetowym

(2015 r.) nakazuje uznać, iż ustalenia wartości zamówienia dokonano bez zachowania należytej staranności, co doprowadziło do nieuprawnionego udzielenia ww. zamówienia z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp2004. Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż Zamawiający naruszył art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2b) ustawy Pzp2004.

Powyższe naruszenie doprowadziło do bezpodstawnego odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp2004, w rezultacie zamawiający zawierając przedmiotową umowę, udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz nie opublikował ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, tj. naruszył przepis art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 3 oraz art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 i 2 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp2004.

W uchwale z dnia 24 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 34/19, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie ze względów formalnych.

3. Naruszenia związane z ustalaniem wartości zamówienia z uchybieniem ustawowych terminów lub bez wymaganych przepisami dokumentów.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 10 lipca 2020 r., znak: KU/99/20/DKZP.

W pierwszej kolejności wskazano, iż zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Natomiast, w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 wskazano, że ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

W niniejszym postępowaniu zamawiający dokonał oszacowania wartości zamówienia w dniu 30.05.2019 r. w oparciu o kosztorysy inwestorskie opracowane przez wykonawcę dokumentacji projektowej, natomiast wszczęcie postępowania nastąpiło, poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 04.12.2019 r. pod numerem 2019/S 234-574484.

Z uwagi na powyższe stwierdzono naruszenie przez zamawiającego art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez ustalenie wartości zamówienia w terminie wcześniejszym niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 22 marca 2019 r., znak: KND/27/18/DKZP.

Przedmiotowe zamówienie obejmujące zadanie pn. „Rekultywacja składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w S(…)” zostało udzielone przez zamawiającego bez stosowania przepisów ustawy

Pzp2004 na podstawie wyłączenia określonego w art. 4 pkt 8, w oparciu o regulamin udzielania zamówień publicznych o wartości szacunkowej nieprzekraczającej równowartości kwoty 30.000 euro.

Jak wynika z przekazanej do kontroli dokumentacji, w szczególności z pisma zatytułowanego „Udokumentowanie ustalenia wartości zamówienia”, wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została określona przez Zamawiającego w dniu 17 sierpnia 2016 r. na kwotę 120 000,00 zł netto, co zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2254), stanowiło równowartość kwoty 28.743,20 euro. Zgodnie z ww. dokumentem, ustalenia tej wartości „dokonano (...) na podstawie analizy rynku, w oparciu o zrealizowane inwestycje polegające na rekultywacji składowisk na zasadach zbliżonych do planowanych”. W ww. dokumencie wymieniono nazwy i lokalizacje następujących inwestycji, w oparciu o które dokonano oszacowania wartości przedmiotowego zamówienia.

W toku postępowania wyjaśniającego, Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienia, w jaki sposób zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę nie przekraczającą progu określonego w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004, jeżeli w październiku 2015 r. w ramach projektu realizowanego przez spółkę D... Sp. z o.o. (którym pierwotnie miała być objęta realizacja przedmiotowej inwestycji), wartość rekultywacji składowiska oszacowano na kwotę powyżej 4 mln zł.

Zamawiający wyjaśnił, iż właściwa komórka merytoryczna Urzędu Miejskiego dokonała analizy rynku, w wyniku której powzięła informację o co najmniej 9 rekultywacjach składowisk zlokalizowanych na Dolnym Śląsku, które w sposób podobny do założeń Gminy przeprowadziły rekultywację. Zamawiający nadmieniał także, że wykonawcy dysponowali wszystkimi niezbędnymi informacjami w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu 11 stycznia 2018 r. wobec nie wskazania w udzielonych przez zamawiającego wyjaśnieniach na czym polegało podobieństwo założeń rekultywacji wymienionych w dokumencie dotyczącym oszacowania wartości zamówienia w stosunku do inwestycji planowanej do przeprowadzenia przez Gminę, Urząd skierował do zamawiającego ponowną prośbę o udzielenie wyjaśnień dotyczących sposobu oszacowania wartości przedmiotowego zamówienia, wskazując, że w dokumentach przesłanych do Urzędu wraz z pismem z dnia 28 września 2016 r. wymieniono jedynie nazwy inwestycji polegających na rekultywacji składowisk odpadów, które zamawiający wziął pod uwagę przy szacowaniu tej wartości, brak w nich było jednakże informacji dotyczących sposobu oraz podstaw jej oszacowania na kwotę 120 000,00 zł. W związku z powyższym zwrócono się ponownie o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie, ewentualnie o przesłanie innych dokumentów, z których wynika szczegółowy sposób oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia obejmującego roboty budowlane (np. kosztorysu inwestorskiego lub planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym). W ww. piśmie zwrócono uwagę, że w październiku 2015 r. w ramach projektu realizowanego przez spółkę D... Sp. z o.o., wartość rekultywacji składowiska oszacowano na kwotę powyżej 4 mln zł, natomiast w załączniku nr 1 do Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami

dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2016-2022 (Plan Inwestycyjny) wskazano, że środki publiczne jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie rekultywacji składowiska to 1 570 tys. zł.

W odpowiedzi na ww. wystąpienie, zamawiający pismem z dnia 24 stycznia 2018 r. poinformował, iż nie posiada dokumentów, z których wynika szczegółowy sposób szacowania wartości zamówienia i wskazał, że ustalenia wartości zamówienia dokonał pracownik Urzędu Miejskiego, poprzez analizę rynku, co zostało udokumentowane stosownym dokumentem.

W wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że:

- 1) zamawiający przyjmując jako wartość zamówienia kwotę 120 000,00 zł, stanowiącą równowartość kwoty 28 743,20 euro, dokonał oszacowania jego wartości bez należytej staranności, bez uwzględnienia założeń i rozwiązań projektowych wynikających z dokumentów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, co stanowiło naruszenie przepisów art. 32 ust. 1 ustawy Pzp2004 i skutkowało заниzeniem wartości zamówienia. Powyższe stanowiło zatem naruszenie przepisu art. 32 ust. 1 oraz art. 32 ust. 2 ustawy Pzp2004;
- 2) zgodnie z treścią decyzji nr Z 75-2015 w zakres prac rekultywacyjnych wchodziły – w świetle definicji zawartych w art. 3 ustawy Prawo budowlane oraz przytoczonego wyżej orzecznictwa sądów administracyjnych - roboty budowlane w rozumieniu tej ustawy, w szczególności obejmujące wykonanie robót dotyczących instalacji odgazowania (w tym ułożenie rur drenażu gazowego) oraz instalacji związanych z gospodarką odciekami (w tym nadbudowa studni przepompowni), jak również wykonanie na wierzchołku złoża odpadów drogi technologicznej prowadzącej do przepompowni wód odciekowych. W świetle przepisu art. 3 pkt 3 i 3a) ustawy Prawo budowlane zbiorniki wodne, urządzenia hydrotechniczne i obiekty liniowe (takie jak m.in. rurociągi) podlegają przepisom tej ustawy. Również drogi są obiektami budowlanymi w świetle art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, niezależnie od tego, czy chodzi o drogę publiczną, czy drogę nie będącą drogą publiczną.

Z powyższego wynika zatem, że istotna część robót niezbędnych do realizacji niniejszego zamówienia odpowiadała wprost definicji robót budowlanych i nawet przy przyjęciu założenia, że inne prace (np. ułożenie warstw z odpadów i materiałów nie będących odpadami) same w sobie mogły bezpośrednio tej definicji nie odpowiadać, to jednak – jak wynika z treści decyzji na zamknięcie składowiska - niemożliwe byłoby ich wykonanie bez wykonania również robót stanowiących roboty budowlane w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane. Również postanowienia udostępnionego PFU wskazywały na konieczność prowadzenia robót rekultywacyjnych zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Z powyższego wynika zatem, że istotna część robót niezbędnych do realizacji niniejszego zamówienia odpowiadała wprost definicji robót budowlanych i nawet przy przyjęciu założenia, że inne prace (np. ułożenie warstw z odpadów i materiałów nie będących odpadami) same w sobie mogły bezpośrednio tej definicji nie odpowiadać, to jednak – jak wynika z treści decyzji na zamknięcie składowiska – niemożliwe byłoby ich wykonanie bez wykonania również robót stanowiących roboty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Również postanowienia udostępnionego PFU wskazywały na konieczność prowadzenia robót

rekultywacyjnych zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że do szacowania wartości przedmiotowego zamówienia znajdowały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące zasad szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane, tj. art. 33 ustawy Pzp2004, co najmniej w zakresie w jakim dotyczyły one zaprojektowania instalacji odgazowywania (w tym ułożenia rur drenażu gazowego), wykonania nadbudowy studni przepompowni oraz drogi technologicznej prowadzącej do przepompowni wód odciekowych.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustalił natomiast wartość przedmiotowego zamówienia w całości na podstawie „szacunków własnych”, nie podając przy tym żadnych podstaw, na których dokonał ustalenia wartości zamówienia na kwotę wynoszącą 120 000,00 zł, jak również nie wskazał żadnych planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (który to dokument zamawiający udostępnił wykonawcom w wyniku udzielania odpowiedzi na zadawane przez nich pytania jako część opisu przedmiotu zamówienia).

W niniejszym stanie faktycznym sprawy zamawiający zaniechał opisanie i oszacowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp2004 elementów zadania mających charakter robót budowlanych.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż doszło do naruszenia art. 33 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp2004 oraz przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. nr 130, poz. 1389);

- 3) doszło do bezpodstawnego odstąpienia przez zamawiającego, od stosowania przepisów ustawy w oparciu o wyłączenie określone w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004. W rezultacie przedmiotowe zamówienie zostało udzielone z naruszeniem określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności w jednym z trybów podstawowych, o których mowa w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp2004, wszczętym poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, stosownie do wartości zamówienia.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 kwietnia 2020 r., znak: KND/68/19/DKZP.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Natomiast, w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 wskazano, że ustalenia wartości zamówienia

dokonywane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał oszacowania wartości zamówienia w oparciu o kosztorysy inwestorskie z dnia 25 maja 2017 r., natomiast ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 23 lipca 2018 r. na stronie internetowej Zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 35 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez ustalenie wartości zamówienia w terminie wcześniejszym niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

4. Inne naruszenia dotyczące wartości zamówienia.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 sierpnia 2021 r., znak: KND/52/21/DKZP.

W dniu 28 września 2017 r. została zawarta pomiędzy zamawiającym a wykonawcą umowa na sezonową obsługę eksploatacyjnej kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami, urządzeniami pomocniczymi, przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej do lokali mieszkalnych. Czas trwania umowy został określony w § 2 ust. 1 ww. umowy – *umowa zostaje zawarta na czas określony od 01.10.2017 r. do dnia 30.04.2023 r.* W ust. 2 ww. paragrafu umowy wskazano, iż *Wykonawca będzie świadczył usługę w latach wskazanych w ust. 1 w okresie grzewczym, tj. od 01.10 do 30.04 każdego roku obowiązywania umowy.* Ponadto, jak wynika z § 5 ust. 1 umowy: *z tytułu wykonywania usług określonych w §1 Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w kwocie 4.300 zł brutto miesięcznie (...). Wynagrodzenie miesięczne wypłacane będzie każdego miesiąca – zarówno w sezonie grzewczym jak i poza tym sezonem.*

Pismem z dnia 12 maja 2021 r. zamawiający wyjaśnił, iż *z treści umowy precyzyjnie wynika, że wartość przedmiotu umowy w okresie trwania całej umowy przekracza kwotę 30.000,00 euro od której uzależniony był obowiązek stosowania ustawy Pzp2004, zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004.* Ponadto wskazał, iż *w myśl § 5 ust. 1 umowy wartość ryczałtowa umowy w stosunku miesięcznym wynosi 4.300,00 zł brutto, tj. 3.495,93 zł netto, a w stosunku rocznym wynosi 41.951,16 zł netto, co z kolei w okresie trwania całej umowy wynosi 234.227,31 zł netto.* W konsekwencji Zamawiający podsumował, że *powyższe jednoznacznie wskazuje, iż ww. umowa została zawarta z pominięciem jakiegokolwiek procedury wynikającej z obowiązku stosowania ustawy Pzp2004.*

Wobec powyższego należy wskazać, iż zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp2004 podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż zamawiający dokonując ustalenia wartości zamówienia, powinien wziąć pod uwagę całkowite przewidywane wynagrodzenie wykonawcy za realizację usługi. W konsekwencji, należy stwierdzić, iż wartość przedmiotu umowy w okresie trwania całej umowy przekraczała kwotę 30 000 euro. Z związku z tym należy uznać, że wartość przedmiotowego zamówienia –

z uwagi na okres, na jaki została zawarta umowa – przekroczyła próg bagatelności, o którym mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004. Bezpodstawne niezastosowanie przepisów ustawy Pzp2004 do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia skutkowało wyborem wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp2004. Zamawiający udzielając ww. zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych naruszył tym samym art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004.

Reasumując, zamawiający naruszył przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp2004, co doprowadziło do błędnego odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp2004. Biorąc pod uwagę powyższe podkreślić należy, że zamawiający – wbrew treści art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 – udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp2004.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 9 października 2020 r., znak: KU/145/20/DKZP.

Jak wynika z pkt 2.4 protokołu postępowania (druk ZP-PN) zamawiający ustalił wartość kontrolowanego zamówienia w dniu 18 września 2019 r. na podstawie rozeznania rynku. Wartość została uaktualniona na podstawie notatki z dnia 16 stycznia 2020 r. w sprawie ustalenia wartości zamówienia. Wartość zamówienia ustalono na kwotę 73 170 731,71 zł oraz przeliczono tę wartość na kwotę 16 970 274,30 euro. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 lutego 2020 r.

Wobec powyższego, należy wskazać, iż ze względu na datę wszczęcia kontrolowanego postępowania zamawiający był zatem zobowiązany do zastosowania aktualnego kursu określonego w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2019 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2453), który wynosi 4,2693 zł i obowiązuje od 1 stycznia 2020 r. Zatem, właściwie obliczona wartość zamówienia wyrażona w euro powinna wynosić 17 138 812,38 euro.

Powyższe stanowiło naruszenie art. 32 ust. 1 w związku z art. 35 ust. 3 ustawy Pzp2004 oraz przepisów § 1 ww. rozporządzenia.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 grudnia 2018 r., znak: KND/17/18/DKZP.

W przedmiotowej kontroli wskazano, iż zamawiający zastosował druk ZP-PN będący załącznikiem do nieobowiązującego w dacie wszczęcia niniejszego postępowania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223, poz. 1458) oraz zaniechał podania w pkt 2 ppkt 2 protokołu postępowania wartości zamówienia.

Wskazać należy, iż zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, 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 m.in. opisu przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego

stwierdzono naruszenie przez Zamawiającego § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia poprzez zaniechanie podania w pkt 1 ppkt 2 protokołu postępowania wartości zamówienia.

W tym miejscu należy zaprezentować odpowiedzi na najczęściej pojawiające się pytania związane z problematyką ustalania wartości zamówienia, których tematyka nie została w wystarczający sposób ujęta we wcześniejszych rozdziałach.

1. Czy w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w zakresie niektórych części, zamawiający zobowiązany jest do ponownego ustalenia wartości zamówienia w związku z zamiarem udzielenia kolejnego zamówienia w tym samym lub zbliżonym przedmiocie?

W sytuacjach, w których zamawiający unieważnia postępowanie – w całości lub w zakresie poszczególnych części, a następnie wszczyna kolejne postępowanie obejmujące taki sam lub zbliżony zakres przedmiotowy zamówienia (albo jego części), kwestię problematyczną może stanowić istnienie obowiązku odrębnego ustalenia wartości dla kolejnego zamówienia.

Jak stwierdzono w treści pisma Urzędu z dnia 18 września 2019 r., sygn. WK/219/19/DKZP, *należy wskazać, że stosownie do art. 93 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, wówczas przesłanki unieważnienia stosuje się do każdej części zamówienia osobno. Oznacza to, że postępowanie może być unieważnione w zakresie poszczególnych części, natomiast w pozostałym zakresie postępowanie jest ważne i zamawiający może zawrzeć umowy z wykonawcami, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty co do poszczególnych części zamówienia. Jednocześnie zamawiający może nabyć świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia w unieważnionych częściach w drodze odrębnego postępowania. Zamawiający wówczas powinien ponownie oszacować wartość zamówienia co do części nierozstrzygniętych wcześniejszym postępowaniem. Pamiętać należy, że przystępując do udzielenia zamówienia na pozostałe części nierozstrzygniętego postępowania zamawiający udziela nowego zamówienia, a więc ponownie określane są między innymi przedmiot zamówienia i jego wartość szacunkowa. W związku z powyższym do takiego postępowania stosuje się przepisy wynikające z ponownego oszacowania wartości, zamawiający nie musi zatem stosować tych samych przepisów, co w poprzednim postępowaniu, jeżeli z oszacowania wartości zamówienia dla części nierozstrzygniętych wynika, że nie będą miały one zastosowania.*

W piśmie Urzędu z dnia 21 lutego 2019 r., znak: WK/137/18/DKZP, WK/138/18/DKZP, WK/140/18/DKZP, WK/141/18/DKZP, wskazano z kolei, iż w przedmiotowym stanie faktycznym modyfikacje Zamawiającego dokonane w ramach zakresu przedmiotu zamówienia objętego zapytaniem ofertowym w stosunku do postępowania unieważnionego istotnie doprowadziły do uzyskania szacunkowej wartości zamówienia nieprzekraczającej progu 30.000 euro, co w konsekwencji pozwoliło na udzielenie przedmiotowego zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp. Brak jest jednak podstaw, by w okolicznościach przedmiotowej sprawy czynić Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 32 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniżanie wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. Nie ma bowiem przeszkód

do tego, by Zamawiający modyfikował przedmiot zamówienia objęty postępowaniem o jego udzielenie następującym po uprzednim unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie tego samego przedmiotu, o ile unieważnienie nastąpiło zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym, jak ustalono powyżej, brak jest jednoznacznych podstaw do zakwestionowania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oznaczonego znakiem KP/24/12/2016 w zakresie zadania nr 1. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że Zamawiający ustala szacunkową wartość zamówienia dla każdego zamówienia odrębnie.

Tym samym uznać należy, że fakt istnienia zbliżonego zakresu przedmiotowego zamówienia (części) w kolejnym postępowaniu po unieważnieniu postępowania pierwotnego nie wyłącza obowiązku odrębnego ustalenia wartości kolejnego zamówienia, udzielanego w następnym postępowaniu.

2. Czy pojęcie wartości zamówienia można utożsamiać z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia?

W praktyce udzielania zamówień publicznych pojawiają się wątpliwości zamawiających dotyczące relacji pomiędzy pojęciem wartości zamówienia a pojęciem kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 222 ust. 4 ustawy Pzp), zwanej zwyczajowo „budżetem zamawiającego”, w szczególności w kontekście istnienia obowiązku zmiany zastosowanego reżimu prawnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku ustalenia, iż kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przekracza wartość progową decydującą o obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp albo tzw. „progów unijnych”.

W piśmie Urzędu z dnia 21 lutego 2019 r., znak: WK/5-10/19/DKZP, wskazano, że *czym innym jest wartość szacunkowa zamówienia ustalana w celu wyboru odpowiedniej procedury przetargowej, a czym innym wartość, którą Zamawiający w wyniku zawartej umowy przeznacza na realizację zamówienia. Analogicznie do wartości faktycznie przeznaczonej na realizację zamówienia w wyniku zawartej umowy należy w przedmiotowym kontekście interpretować rolę budżetu zamawiającego, tym samym zasadne jest stwierdzenie, iż pojęcie wartości zamówienia oraz kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie są tożsame i odnoszą się do odrębnych instytucji o odmiennym znaczeniu dla przebiegu postępowania. Oznacza to, iż sam fakt określenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na poziomie wyższym aniżeli wartość zamówienia ustalona zgodnie z regułami przewidzianymi treścią ustawy Pzp, skutkiem czego wysokość budżetu zamawiającego przekracza określoną kwotę progową, nie przesądza o konieczności zmiany reżimu prawnego prowadzonego postępowania.*

3. W jaki sposób zamawiający powinien oszacować wartość zamówienia w przypadku przyznania mu w trakcie roku dodatkowych, nieprzewidzianych środków na udzielenie zamówienia tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu?

W sytuacji, gdy zamawiający przy zachowaniu należytej staranności (biorąc pod uwagę cały okres na jaki planuje udzielić zamówienia) jest w stanie przewidzieć konieczność udzielenia zamówień tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu wówczas określając wartości zamówienia, zobligowany jest oszacować te zamówienia łącznie. Poszczególnych zamówień zamawiający może udzielić w odrębnych procedurach i w różnym czasie, jednak wartością każdego z zamówień będzie łączna wartość zaplanowanych zamówień. Natomiast, inaczej jeśli zamawiający przygotował postępowanie na określony przedmiot zamówienia i następnie go udzielił, a już po tym czasie wystąpiły okoliczności, które powodują, że zamawiający musi udzielić następnego zamówienia na ten sam przedmiot lub o tym samym przeznaczeniu, wówczas wartość tego zamówienia należy oszacować odrębnie i niezależnie od kwoty pierwszego zakupu. Zamówienie nieplanowane może pojawić się w sytuacji, otrzymania w trakcie roku budżetowego nowych środków finansowych, z zastrzeżeniem że nie dotyczy to zmiany przeznaczenia posiadanych przez zamawiającego środków. Dotyczy więc to sytuacji, gdy potrzeba udzielenia nowego zamówienia nastąpiła już po udzieleniu takich samych zamówień lub w trakcie udzielania zamówień w tym samym przedmiocie.

4. W jaki sposób prawidłowo oszacować wartość zamówień mieszanych?

Dokonując szacowania wartości zamówień mieszanych należy mieć na względzie reguły dotyczące łączenia takich zamówień. Zamawiający może spotkać się z sytuacją, w której w ramach jednego zamówienia, do jednej jego części nie stosuje się przepisów ustawy Pzp, a do drugiej części tego zamówienia przepisy ustawy Pzp będą miały zastosowanie. Wówczas należy posługiwać się zasadami określonymi w art. 24-25 ustawy Pzp. Dokonując wyboru określonych reguł dotyczących udzielania zamówień mieszanych należy ustalić, czy świadczenie ma charakter podzielny czy niepodzielny. Zamówienie podzielne, to zamówienie, którego poszczególne części mogą istnieć samodzielnie. Stosowanie do treści art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest podzielne na części oraz obejmuje równocześnie części, do których mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp, oraz części, do których tych przepisów nie stosuje się, zamawiający może udzielić zamówienia w częściach lub jednego zamówienia. Zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, do udzielenia każdego zamówienia stosuje się przepisy ustawy właściwe dla danej części, z uwzględnieniem art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp. W przypadku części zamówienia, do której nie stosuje się przepisów ustawy (tj. jeżeli zachodzi wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp, np. na podstawie z art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp), udzielenie takiego zamówienia nie podlega ustawowym regułom proceduralnym. Zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Tym samym, w sytuacji, gdy zamawiający planuje zlecić zamówienia na dostawy podlegające wyłączeniu na podstawie art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp oraz zamówienia na podobne dostawy, które nie podlegają wyłączeniu, zamawiający może udzielić odrębnych zamówień (tj. dla których wartość ustalona jest odrębnie), o ile jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Dla przykładu, za obiektywną przyczynę można uznać okoliczność,

gdy przedmiot dostawy w jednej z części służy wyłącznie do celów badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. W przypadku udzielania jednego zamówienia, jeżeli do jednej części zamówienia nie stosuje się przepisów ustawy Pzp, a do drugiej przepisy tej ustawy mają zastosowanie, do całości zamówienia stosuje się przepisy Pzp właściwe dla części, do której mają zastosowanie przepisy Pzp (zob. art. 24 ust. 3 pkt 5 ustawy Pzp). Przy tym bez znaczenia jest wartość części, do której nie stosuje się przepisów Pzp. W przypadku, gdy zamówienie jest niepodzielne na części oraz obejmuje równocześnie elementy, do których mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp i do których tych przepisów nie stosuje się, do udzielenia tego zamówienia stosuje się przepisy właściwe ze względu na główny przedmiot zamówienia (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zamówienie jest niepodzielne na części, jeżeli ze względów technicznych, organizacyjnych lub ekonomicznych tworzy nierozzerwalną całość.