



Warszawa,

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DKZP.WKZ1.442.208.2021.MJ
KND/223/21/DKZP

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

- Zamawiający:** Gmina Izabelin
ul. 3 Maja 42
05-080 Izabelin
- Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane
- Przedmiot zamówienia:**
1. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. VII Poprzecznej w Hornówku o szerokości 4,5 m i długości 99 mb,
 2. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Próżnej w Hornówku o szerokości 4,5 m i długości 68 mb,
 3. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Chodkiewicza od Orła Białego do Kuncewicza w Izabelinie C o szerokości 4,5 m i długości 104 mb,
 4. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Leśnej od skrzyżowania z ul. Kwadrat do istniejącej nawierzchni z kostki betonowej w Hornówku o szerokości 4,5 m i długości 163 mb,
 5. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Czarneckiego w Izabelinie B na odcinku od ul. Podbipięty do ul. Spiehy o szerokości 4,5 m i długości 291 mb,
 6. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Zagłoby w Izabelinie B na odcinku od ul. Anusi do ul. Sienkiewicza o szerokości 4,5 m i długości 204 mb,
 7. Utwardzenie masy asfaltobetonowej nawierzchni ul. Bocznej w Hornówku o szerokości 4,5 m i długości 216 mb,
- Tryb postępowania:** brak Pzp

Wartość zamówienia:

1. 44 726,07 zł netto (10 476,206 euro)
2. 32 964,36 zł netto (7 721,256 euro)
3. 46 588,92 zł netto (15 304,569 euro)
4. 59 279,25 zł netto (10 912,543 euro)
5. 92 109,15 zł netto (21 574,766 euro)
6. 65 184,81 zł netto (15 034,036 euro)
7. 68 194,07 zł netto (15 973,126 euro)

wartość całego zamówienia: 409 046,63 zł (95 811,170 euro)

Wszczęcie postępowania:

1. 23 czerwca 2021 r.
2. 23 czerwca 2021 r.
3. 23 czerwca 2021 r.
4. 29 lipca 2021 r.
5. 24 sierpnia 2021 r.
6. 20 sierpnia 2021 r.
7. 30 sierpnia 2021 r.

Środki UE: nie

2. Informacja o stwierdzonych naruszeniach lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza naruszenie przepisów: art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie łącznego szacowania wartości 7 zadań z zakresu utwardzania masą asfaltobetonową nawierzchni ulic na terenie miejscowości gminnych, a w rezultacie dopuszczenie się przez Zamawiającego niedozwolonego podziału zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, co doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp 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.

UZASADNIENIE

W toku kontroli doraźnej ustalono, iż Zamawiający - Gmina - udzielił, bez stosowania przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „ustawa 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. VII Poprzecznej w Hornówku o szerokości 4,5 m i długości 99 mb,
2. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Próżnej w Hornówku o szerokości 4,5 m i długości 68 mb,

3. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Chodkiewicza od Orła Białego do Kuncewicza w Izabelinie C o szerokości 4,5 m i długości 104 mb,
4. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Leśnej od skrzyżowania z ul. Kwadrat do istniejącej nawierzchni z kostki betonowej w Hornówku o szerokości 4,5 m i długości 163 mb,
5. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Czarnieckiego w Izabelinie B na odcinku od ul. Podbipięty do ul. Spiehy o szerokości 4,5 m i długości 291 mb,
6. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Zagłoby w Izabelinie B na odcinku od ul. Anusi do ul. Sienkiewicza o szerokości 4,5 m i długości 204 mb,
7. Utwardzenie masą asfaltobetonową nawierzchni ul. Bocznej w Hornówku o szerokości 4,5 m i długości 216 mb.

Zamówienie nr 1 zostało wszczęte poprzez przekazanie zapytania ofertowego do wykonawców drogą elektroniczną w dniu 23 czerwca 2021 r. Wartość przedmiotowego zamówienia ustalona została na kwotę 44 726,07 zł netto (55 013,07 zł brutto) na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 12 czerwca 2021 r. W wyniku postępowania dokonano wyboru oferty wykonawcy (cena 63 388,00 zł netto, 77 967,24 zł brutto). Umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 635/RZ/2021/WRU pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą zawarto w dniu 29 czerwca 2021 r. W umowie zwiększony został przedmiot zamówienia o warstwy izolacyjnej cementowej przed przerastaniem roślin przez asfaltobeton oraz wykonanie regulacji 5 studni kanalizacyjnych. Termin realizacji określono do dnia 20 lipca 2021 r.

Zamówienie nr 2 zostało wszczęte poprzez przekazanie zapytania ofertowego do wykonawców drogą elektroniczną w dniu 23 czerwca 2021 r. Wartość przedmiotowego zamówienia ustalona została na kwotę 32 954,36 zł netto (40 546,16 zł brutto) na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 12 czerwca 2021 r. W wyniku postępowania dokonano wyboru oferty wykonawcy (cena 43 071,60 zł netto, 52 978,07 zł brutto). Umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 627/RZ/2021/WRU pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą zawarto w dniu 29 czerwca 2021 r. Termin realizacji określono do dnia 15 lipca 2021 r.

Zamówienie nr 3 zostało wszczęte poprzez przekazanie zapytania ofertowego do wykonawców drogą elektroniczną w dniu 23 czerwca 2021 r. Wartość przedmiotowego zamówienia ustalona została na kwotę 46 588,92 zł netto (57 304,37 zł brutto) na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 5 lipca 2021 r. W wyniku postępowania dokonano wyboru oferty wykonawcy (cena 65 339,80 zł netto, 80 367,95 zł brutto). Umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 636/RZ/2021/WRU pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą zawarto w dniu 30 czerwca 2021 r. W umowie zwiększony został przedmiot zamówienia o wykonanie regulacji 5 studni kanalizacyjnych. Termin realizacji określono do dnia 20 lipca 2021 r.

Zamówienie nr 4 zostało wszczęte poprzez przekazanie zapytania ofertowego do wykonawców drogą elektroniczną w dniu 29 lipca 2021 r. Wartość przedmiotowego zamówienia ustalona została na kwotę 59 279,25 zł netto (72 913,48 zł brutto) na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 5 lipca 2021 r. W wyniku postępowania dokonano wyboru oferty wykonawcy (cena 95 000 zł brutto). Umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 733/RZ/2021/WRU pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą zawarto w dniu 6 sierpnia 2021 r. W umowie zwiększony został

przedmiot zamówienia o wykonanie regulacji studni kanalizacyjnych. Termin realizacji zamówienia określono do dnia 31 sierpnia 2021 r.

Zamówienie nr 5 zostało wszczęte poprzez przekazanie zapytania ofertowego do wykonawców drogą elektroniczną w dniu 24 sierpnia 2021 r. Wartość przedmiotowego zamówienia ustalona została na kwotę 92 109,15 zł netto (113 294,25 zł brutto) na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 5 lipca 2021 r. W wyniku postępowania dokonano wyboru oferty wykonawcy

(cena 102 745,47 zł netto, 126 376,93 zł brutto). Umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 799/RZ/2021/WRU pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą zawarto w dniu 6 września 2021 r. W umowie zwiększony został przedmiot zamówienia o wykonanie regulacji studni kanalizacyjnych. Termin realizacji zamówienia określono do dnia 26 września 2021 r.

Zamówienie nr 6 zostało wszczęte poprzez przekazanie zapytania ofertowego do wykonawców drogą elektroniczną w dniu 20 sierpnia 2021 r. Wartość przedmiotowego zamówienia ustalona została na kwotę 65 184,81 zł netto (80 177,32 zł brutto) na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 5 lipca 2021 r. W wyniku postępowania dokonano wyboru oferty wykonawcy

(cena 72 027,76 zł netto, 88 594,15 zł brutto). Umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 798/RZ/2021/WRU pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą zawarto w dniu 6 września 2021 r. W umowie zwiększony został przedmiot zamówienia o wykonanie regulacji studni kanalizacyjnych. Termin realizacji zamówienia określono do dnia 26 września 2021 r.

Zamówienie nr 7 zostało wszczęte poprzez przekazanie zapytania ofertowego do wykonawców drogą elektroniczną w dniu 30 sierpnia 2021 r. Wartość przedmiotowego zamówienia ustalona została na kwotę 68 194,07 zł netto (83 878,71 zł brutto) na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 5 lipca 2021 r. W wyniku postępowania dokonano wyboru oferty wykonawcy

124 686,00 zł netto (153 363,78 zł brutto). Umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 865/RZ/2021/WRU pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą zawarto w dniu 17 września 2021 r. W umowie zwiększony został przedmiot zamówienia o wykonanie regulacji studni kanalizacyjnych. Termin realizacji zamówienia określono do dnia 7 października 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.

W udzielonych w toku postępowania wyjaśniającego, stanowiącego wstępny etap kontroli doraźnej, wyjaśnieniach Zamawiający wskazał, iż *stosownie do treści art. 2 ust. 1 pkt. 1 ustawy P.z.p. „Przepisy ustawy stosuje się do udzielania: zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, przez zamawiających publicznych”. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i wyznacza kwotowy próg stosowania ustawy.*

Jak wyraźnie wynika z zawartych przez Zamawiającego umów będących przedmiotem postępowania wyjaśniającego, żadna z nich nie przekraczała ww. kwoty, a zatem zamówienia nimi objęte mogły zostać udzielone bez stosowania przepisów ustawy P.z.p.

W uzasadnieniu projektu ustawy, która obowiązuje od 1 stycznia 2021 r., wskazano „art. 30 ust. 2 projektu ustawy wzorowany bezpośrednio na art. 5 ust. 9 dyrektywy klasycznej wprowadza przy tym dodatkową regułę szacowania odnoszącą się wyłącznie do dostaw. Reguła nakazuje, aby łącznym szacowaniem wartości dostaw obejmować nie tylko takie same dostawy, ale także dostawy podobne, które należy rozumieć jako dostawy o identycznym lub podobnym przeznaczeniu (motyw 19 dyrektywy klasycznej). Jeżeli zatem dostawy nie są takie same lub podobne, lub nie było możliwości ich zaplanowania – co do zasady, nie będzie konieczności łącznego szacowania ich wartości. Podkreślić należy, że reguła podobieństwa nie dotyczy np. usług. (...). W przypadku robót budowlanych analiza zasadności dokonania łącznego szacowania wartości robót budowlanych następuje z uwzględnieniem definicji obiektu budowlanego”.

Na powyższe wskazano również w komentarzu opracowanym przez UZP, pod red. H. Nowaka i M. Winiarza. „w przypadku dostaw dodatkową przesłanką jest podobieństwo dostawy, w przypadku zaś robót budowlanych konieczne jest uwzględnienie pojęcia obiektu budowlanego i pełnienie przez ten obiekt samodzielnych funkcji technicznych lub gospodarczych (...)”.

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 Izabelin. 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.

Zgodnie z komentarzem M. Stachowiak „w wypadku robót budowlanych dla ustalenia, czy wartość różnych umów powinna być określana łącznie, decydujące jest stwierdzenie, czy rezultatem wykonania robót jest jedno przedsięwzięcie (por. komentarz do art. 4, tezy 14 i 28). W orzecnictwie Trybunału podkreślano, że jednym z kryteriów koniecznych do uwzględnienia przy robotach budowlanych jest ustalenie, czy wykonanie zamawianych prac dotyczy tego samego zamierzenia budowlanego spełniającego samodzielną funkcję techniczną i gospodarczą (por. wyrok z 5.10.2000 r., C-16/98, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, Zb. Orz. 2000, s. I-08315; wyrok z 29.05.2013 r., T-384/10, Królestwo Hiszpanii v. Komisja Europejska, EU:T:2013:277)” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 30.)

Podobne stanowisko można odnaleźć w komentarzu A. Gawrońskiej – Baran, zgodnie z którym „W przypadku robót budowlanych analiza zasadności dokonania łącznego szacowania wartości robót budowlanych następuje z uwzględnieniem definicji obiektu budowlanego zawartej w art. 7 pkt 14 p.z.p. (zob. szerzej komentarz do tego przepisu). Dlatego też roboty budowlane odnoszące się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego, ale stanowiące jedno zamierzenie budowlane w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych, należy oszacować łącznie. Wartością zamówienia jest wówczas suma wartości robót budowlanych składających się na takie zamierzenie. Podobnie budowa kilku obiektów budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego, ale funkcjonalnie powiązanych i składających się na jedno zamierzenie budowlane w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, oznacza konieczność łącznego szacunku robót budowlanych

składających się na zamierzenie”. (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 3).

Należy zatem wyraźnie podkreślić, że zadania będące przedmiotem postępowania wyjaśniającego stanowiły odrębne przedsięwzięcia inwestycyjne, których wartość zgodnie z obowiązującymi przepisami nie podlega sumowaniu. Przedmiotem zamówienia były prace realizowane na różnych obiektach budowlanych jakim są drogi gminne, a każda z tych dróg spełnia samodzielnie funkcję gospodarczą lub techniczną (niezależną od pozostałych dróg). W konsekwencji zamówienia dot. ich utwardzenia należy potraktować jako odrębne, a ich wartość ustalić osobno.

Zamawiający wskazuje, że ma świadomość, iż w pewnych stanach faktycznych remonty lub przebudowy kilku niepołączonych bezpośrednio dróg mogłoby stanowić jedno zamówienie szacowane łącznie, jednakże nie w zakresie objętym postępowaniem wyjaśniającym. Stosownie do zachowującego aktualność pisma UZP w sprawie podziału zamówienia na części w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane (LEX nr 318849) „Warto również zauważyć, iż problematyka związana z podziałem zamówienia na roboty budowlane na części w ramach jednego projektu infrastrukturalnego kilku zamówień na roboty budowlane, pojawiła się na tle realizacji Sektorowego Programu Operacyjnego Transport, kiedy zarówno Instytucja Zarządzająca, jak i Komisja Europejska stwierdziły sztuczny podział zamówienia na części. Dotyczyło to m.in. projektu polegającego na przebudowie szeregu ulic Rzeszowa w ciągu drogi krajowej nr 4. Służby Komisji nie podzieliły stanowiska Miasta, oceniając, iż zamawiający dokonał sztucznego podziału zamówienia. Komisja uzasadniając swoje stanowisko wskazała, że fizyczny przedmiot prac w siedmiu różnych sekcjach był taki sam, albowiem dotyczył przebudowy drogi; wszystkie sekcje były zlokalizowane na tym samym obszarze, ponieważ graniczą ze sobą w ciągu drogi krajowej (tworzą drogę krajową). Z tych przyczyn realizacja każdej z sekcji wymagała identycznego potencjału i doświadczenia wykonawcy. Ponadto Komisja wskazała, że przetargi obejmujące realizację pojedynczych sekcji zostały przeprowadzone przez tę samą instytucję zamawiającą, a pięć z nich zostało rozpoczętych w tym samym czasie”.

Kluczowe jest, co już podnoszono wyżej, że w zaistniałym stanie faktycznym drogi objęte zamówieniem nie były ze sobą funkcjonalnie powiązane tak jak wskazano wyżej, np. z uwagi na przebudowę przecinającej je drogi krajowej lub z uwagi na inne uwarunkowania. Ich jedynym wspólnym mianownikiem jest fakt, że znajdują się one na terenie Gminy Izabelin, co nie może zostać w ocenie Zamawiającego uznane za wystarczające dla konieczności łącznego szacowania wartości zamówienia w tym zakresie. W przeciwnym wypadku, dla Zamawiających będących zarządcami czy to dróg krajowych czy też wojewódzkich, powiatowych lub gminnych zachodziłaby konieczność każdorazowego łącznego szacowania wszystkich zamówień, które tych dróg dotyczą. Oczywistym z kolei jest, że drogi ze swej natury tworzą siatkę połączeń dla danej miejscowości, która jest w pewien sposób połączona poprzez tenże układ drogowy. Nie należy jednak utożsamiać tego faktu z koniecznością łącznego szacowania np. remontu dróg położonych w innych częściach danej miejscowości, gdyż nie stanowią one jednego zamierzenia inwestycyjnego, a odrębne zamówienia skoncentrowane wokół polepszenia warunków jezdnych w danym obszarze.

Na marginesie Zamawiający wskazuje, że zamówienia zostały udzielone w okresie kilku miesięcy, a fakt udzielenia ich jednemu wykonawcy nie może być wyznacznikiem dla konieczności ich łącznego szacowania. Tak jak wskazano wyżej, w przypadku robót budowlanych decydujące znaczenie ma tożsamość przedmiotowa zamówienia czyli to czy stanowią one jedno przedsięwzięcie inwestycyjne. Zamawiający nie zamierzał przeprowadzić i nie przeprowadził zamówienia, którego przedmiotem byłoby utwardzenie kilku ulic tworzących układ drogowy np. skrzyżowania dróg.

Przeciwnie, udzielono zamówień, których zakres nie jest połączony ze sobą pod względem funkcjonalnym.

Wobec powyższego, dla każdego ze wskazanych w piśmie zamówień (pkt. 1 do 7) Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia, które przesądziło o niestosowaniu ustawy P.z.p. do ich udzielenia. Zamawiający przeprowadził stosowne procedury wskazane w obowiązującym regulaminie wewnętrznym dotyczącym zasad udzielania zamówień poniżej 130.000 złotych netto.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu zważył co następuje.

Stosownie do treści art. 28 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Jednocześnie jak stanowi art. 29 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżać wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Natomiast ust. 2 tego przepisu mówi, iż Zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami.

Nadmienić należy, iż niebezpieczeństwo „niestosowania przepisów ustawy”, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dotyczyć może zasadniczo dwóch aspektów: niestosowania ustawy (wszystkich przepisów Pzp) do udzielenia zamówienia lub choćby jej części, pomimo obowiązku jej stosowania, ale także stosowania reżimu Pzp przynależnego zamówieniom klasycznym o wartości mniejszej niż progi unijne, pomimo iż prawidłowo ustalona wartość zamówienia wskazywałaby na konieczność stosowania procedur jak dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej te progi.

Z kolei zgodnie z treścią art. 30 ust. 1 ustawy Pzp 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. W konsekwencji do udzielenia zamówienia na poszczególne jego części zastosowanie znaleźć powinny przepisy, z uwagi na wartość szacunkową zamówienia, właściwe dla całego jego zakresu. Zauważyć należy, iż art. 30 ust. 1 i 2 Pzp wyznaczają reguły ustalania wartości zamówienia udzielanego w częściach lub z dopuszczeniem składania ofert częściowych. Stanowi ona, że zamawiający, ustalając wartość zamówienia, zobowiązany jest uwzględnić łączny przedmiot takiego zamówienia także w sytuacji, gdy przedmiot ten jest podzielony na kilka planowanych postępowań. Jeżeli zatem zamówienie będzie udzielane w ramach kilku postępowań, to do przeprowadzenia każdego z tych postępowań należy stosować procedury Pzp, takie same jakie stosowano by dla całości zamówienia (czyli gdyby zamawiający postanowił wszystkie postępowania scalić do jednego i udzielić zamówienia w jednym postępowaniu). Innymi słowy, do udzielania każdej z części zamówienia zamawiający stosuje takie same procedury Pzp, jakie zastosowałby gdyby udzielał całego zamówienia w ramach jednego postępowania.

W tym miejscu należy również wskazać, iż stosownie do dyspozycji art. 34 ust.1 ustawy, zamawiający przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane, zobowiązany jest uwzględnić koszty realizacji prac ustalone 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, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane bądź planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane.

Natomiast w myśl art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

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

Należy zwrócić uwagę, iż kwestie interpretacji przepisów ustawy Pzp w zakresie szacowania wartości zamówienia stanowią przedmiot rozbudowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również opinii Urzędu Zamówień Publicznych, które pozostają aktualne na gruncie obowiązującej obecnie ustawy Pzp, w ramach których wyklarowała się koncepcja tzw. „trzech tożsamości. Zatem, dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu, należy posługiwać się takimi kryteriami jak: podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) 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. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w Uchwale z dnia 27 sierpnia 2019 r. KIO/KD 53/19 dla ustalenia czy mamy do czynienia z jednym czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe, funkcjonalne, tożsamość czasowa i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. W przypadku udzielania zamówień, których wartość i zakres są możliwe do ustalenia na cały okres realizacji, a dodatkowo mogą być udzielone w ramach jednego zamówienia podzielonego na części, oszacowania wartości zamówienia dokonuje się z uwzględnieniem wartości każdej z części.

W zakresie pierwszego kryterium należy uznać, iż pomiędzy wszystkimi 7 zadaniami zachodzi tożsamość przedmiotowa. Należy zauważyć, że każde z zamówień polega na wykonaniu utwardzania masą asfaltobetonową nawierzchni ulic na terenie miejscowości gminnych 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.

Zauważyć należy, iż o tożsamości przedmiotowej można mówić w sytuacji, gdy usługi mają takie samo lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia. Przywołać w tym zakresie należy na wyrok TSUE z dnia 29 maja 2013 r. w sprawie „Królestwo Hiszpanii przeciwko Komisji Europejskiej” (T-384/10), w którym Trybunał jednoznacznie wskazał, że jeżeli poszczególne części zamówienia pełnią tę samą rolę gospodarczą lub techniczną, należy łącznie szacować wartość zamówienia i stosować w postępowaniu odpowiednie przepisy. Trybunał wskazał, że wystarczy, by roboty te pełniły albo tę samą rolę gospodarczą, albo tę samą rolę techniczną (...). Stwierdzenie tożsamości gospodarczej i tożsamości technicznej ma więc charakter alternatywny, a nie kumulatywny (...). Nadmienić należy, iż rozważania Trybunału dotyczyły robót budowlanych.

Nie ulega wątpliwości, że 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.

W tym miejscu należy odnieść się do kwestii obiektu budowlanego podniesionej przez Zamawiającego w udzielonych w toku kontroli wyjaśnieniach. Zgodzić należy 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.

Wyjaśnić należy, iż 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 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 Pzp może być kompleks różnych budynków, budowli i obiektów małej architektury, jeżeli łącznie spełniają one określoną funkcję gospodarczą lub techniczną. Dla celów definicji z 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 spełniał¹.

¹ 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

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 zdań 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 odmiennność lokalizacji 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 realizacji². 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 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. postępowania oferta tego wykonawcy nie była najkorzystniejsza stąd zamówienie zostało udzielone innemu wykonawcy – Niemniej jednak, powyższe nie wpływa na fakt, iż wszystkie roboty budowlane wchodzące w zakres realizacji ww. zadań mógł zrealizować jeden

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

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, 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.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż stosownie do treści art. 610 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.