

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 05 sierpnia 2015 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 30 czerwca 2015 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego – Gmina Łęczna – Urząd Miejski w Łęcznej

dotyczących Informacji z dnia 23 czerwca 2015 r. (znak: UZP/DKD/KND/9/15) o wyniku kontroli doraźnej w zakresie:

braku zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zadaniach: 1. Likwidacja toru motocrossowego na działkach os 2334 do 2344 przy ulicy Pasternik w Łęcznej. 2. Wykonanie nawierzchni dalszej części targowiska miejskiego przy ul. Przemysłowej.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Grzegorz Matejczuk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Łęczna - Urząd Miejski w Łęcznej prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest 1. Likwidacja toru motocrossowego na działkach od nr 2334 do 2344 przy ul. Pasternik w Łęcznej. 2. Wykonanie nawierzchni dalszej części targowiska miejskiego przy ul. Przemysłowej. Zamawiający do ww. postępowań nie zastosował przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę, w wyniku której ustalono następujący stan faktyczny:

Zamawiający zawarł w dniu 8 sierpnia 2014 r. umowę nr GKiOŚ/272/45/2014 z wykonawcą P. Spółka jawna, której przedmiotem była „likwidacja toru motocrossowego na działkach od nr 2334 do 2344 przy ul. Pasternik w Łęcznej”. Zgodnie z § 1 umowy w zakres prac wchodziły następujące roboty:

1. ogrodzenie z siatki na słupkach stalowych i naciągach z drutu - rozebranie - 121,0 m;
2. ogrodzenie z siatki wysokości 1,5 m na słupkach stalowych z rur o rozstawie 2,4 obsadzonych w cokole- 145 m;
3. ogrodzenie z siatki wysokość 1,5 m na słupkach stalowych z rur o rozstawie 2,4 m obsadzonych w cokole - 62,6 m;
4. wrota z furtkami wysokość 1,6 m, szerokości wrót 5,0 m i furtki 1,2 m z siatki w ramach stalowych na gotowych słupkach bez pasa dolnego z blachy - 2 kpi;
5. ręczne ścinanie i karczowanie rzadkich krzaków i podszycia - 0,550 ha;
6. przemieszczanie spycharkami mas ziemnych na odległość do 10 m w gruncie kat. III - 2550 m³;
7. furtka wysokości 1,6 m i szerokości furtki 1,2 m z siatki w ramach stalowych na gotowych słupkach bez pasa dolnego z blachy - 1 kpi;
8. mechaniczne profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni w gruncie kat. I - IV - 10 000 m²;
9. przemieszczanie spycharkami mas ziemnych w gruncie kat III - dodatek za każde rozpoczęte 10 m w przedziale ponad 30 do 60 m - 2550m³;
10. roboty pomiarowe przy powierzchniowych robotach ziemnych - koryta pod nawierzchnie placów postojowych - 1,0 ha;
11. usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) o grubości do 15 cm za pomocą spycharek - 10 000 m²;

12. roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi 0,15 cm w ziemi kat. I - III uprzednio zmagazynowanej w hałdach z transportem urobku samochodami samowładowczymi na odległość do 1,0 km - 880 m².

Ponadto, wykonawca został zobowiązany do ponownego wykorzystania materiału ogrodzeniowego pochodzącego z rozbiórki i zamocowania go w miejsce wskazane przez Zamawiającego na Targowisku Miejskim.

W § 2 umowy z dnia 8 sierpnia 2014 r. wskazano, iż całkowita wartość przedmiotu umowy wynosiła 105 603,66 zł netto (129 892,50 zł brutto). Termin realizacji zamówienia określono na 15 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy.

Następnie w dniu 11 sierpnia 2014 r. Zamawiający zawarł z ww. wykonawcą umowę nr GKIOŚ/272/46/2014, której przedmiotem było „wykonanie dalszej części targowiska miejskiego przy ul. Przemysłowej” o powierzchni 8866,75 m² przy użyciu materiałów wykonawcy. Zgodnie z § i ust. 2 w zakres prac wchodziły następujące roboty:

1. podbudowa z kruszywa naturalnego - warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15 cm - 8866,75 m²,
2. podbudowa z kruszywa naturalnego - warstwa górna o grubości po zagęszczeniu 4 cm - 8866,75 m².

W § 3 umowy z dnia 11 sierpnia 2014 r. wskazano, iż całkowita wartość przedmiotu umowy wynosiła 120 499,13 zł netto (148 213,93 zł brutto). Termin realizacji zamówienia określono na 20 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy.

Pismem z dnia 6 października 2014 r. zwrócono się do Zamawiającego o udzielenie stosownych wyjaśnień.

W odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 24 października 2014 r. w zakresie pierwszego z powyższych zamówień, tj. zamówienia na „likwidację toru motocrossowego na działkach od nr 2334 do 2344 przy ul. Pasternik w Łęcznej” Zamawiający wyjaśnił, że zostało ono zdeterminowane faktem awansu klubu sportowego GKS Górnik Łęczna do ekstraklasy i wystąpieniem klubu do Komendy Powiatowej Policji w Łęcznej o opinię w sprawie zabezpieczenia imprez masowych jakimi są mecze ligowe. KPP w Łęcznej pismami skierowanymi do GKS Górnik Łęczna określiła warunki zabezpieczenia przebiegu takich imprez. Jednym z warunków było utworzenie zaplecza parkingowego dla gości przyjezdnych oraz kibiców GKS Górnik Łęczna przemieszczających się autobusami i samochodami osobowymi. Pismem z dnia 2 lipca 2014 r. (znak: GŁSA/287/2014) klub sportowy skierował prośbę do Burmistrza Łęcznej w sprawie zorganizowania miejsc parkingowych na mecze ekstraklasy w sezonie 2014/2015 rozgrywanych od dnia 18 lipca 2014 r. do 7 czerwca 2015 r. Jak podkreślił Zamawiający, w związku z zaistniałą sytuacją podjęta została decyzja, że na

miejsca parkingowe zostanie przeznaczony obszar części istniejącego toru motokrosowego od tzw. „drogi na Mościska” do boiska treningowego GKS Górnik Łęczna. Wartość zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 105 603,66 zł netto, co stanowi równowartość 24 995,54 euro. Umowa została zawarta w dniu 8 sierpnia 2014 r. z wykonawcą P. Spółka jawna z Łęcznej wyłonionym na podstawie § 10 ust. 2 Regulaminu udzielenia zamówień publicznych w Urzędzie Miejskim w Łęcznej, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych polskich równowartości kwoty 30 000 euro, na kwotę 129 892,50 zł po uprzednim zabezpieczeniu środków finansowych przez Radę Miejską w Łęcznej na to zadanie.

W zakresie drugiego z powyższych zamówień, tj. zamówienia na „wykonanie dalszej części targowiska miejskiego przy ul. Przemysłowej” Zamawiający wyjaśnił, iż udzielenie go wynikało ze zbyt małej powierzchni targowiska miejskiego w Łęcznej. Jak zaznaczył Zamawiający, zgodnie z wielowiekową tradycją w poniedziałki odbywają się targi w Łęcznej, na które przybywają setki sprzedawców i gdy nie mieścili się na terenie targowiska zajmowali większość przyległych ulic, przez co stwarzali niebezpieczeństwo w ruchu drogowym. Na osiedlu gdzie zlokalizowane jest targowisko działa dużo firm m.in. transportowych, sklepy meblowe i budowlane, zakłady produkcyjne, hale magazynowe oraz baza spółdzielni produkcyjno - handlowej. Do Urzędu wpływały skargi, że w poniedziałki nie mogą oni prowadzić działalności gospodarczej poprzez brak dojazdu i wyjazdu z terenu ich firm, Zamawiający podniósł, iż powyższe zadecydowało o podjęciu w trybie pilnym decyzji o rozbudowie targowiska poprzez utwardzenie części terenów przylegających do niego. Wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 120 499,13 zł netto, co stanowi równowartość 28 521,18 euro. Umowa została zawarta w dniu 11 sierpnia 2014 r. z wykonawcą P. jawna wyłonionym na podstawie § 10 ust. 2 Regulaminu udzielenia zamówień publicznych w Urzędzie Miejskim w Łęcznej, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych polskich równowartości kwoty 30 000 euro, na kwotę 148 213,93 zł po uprzednim zabezpieczeniu środków finansowych przez Radę Miejską w Łęcznej na to zadanie. Reasumując, Zamawiający wskazał, że udzielił dwóch odrębnych zamówień, które dotyczyły dwóch różnych obiektów, z których każdy może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Pismem z dnia 16 stycznia 2015 r. UZP zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień.

W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2015 r. wskazał, że likwidacja toru motocrossowego na części działek od nr 2334 do nr 2344 miała na celu uzyskanie miejsc postojowych dla pojazdów kibiców drużyn przyjeżdżających do Łęcznej na mecze piłkarskiej ekstraklasy. Utwardzenie ww. powierzchni miało na celu powiększenie powierzchni

handlowej targowiska miejskiego. Targowisko miejskie jest natomiast użytkowane w celach handlowych wyłącznie w poniedziałki, a miejsca postojowe są wykorzystywane podczas meczów „Ekstraklasy S.A.” najczęściej w soboty i niedziele. W pozostałej części tor motocrossowy został zrekonstruowany. Ponadto, Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdyby imprezy sportowe odbywały się w poniedziałek w czasie działania targu istnieje możliwość odgródzenia od siebie terenu na którym odbywa się handel od terenu parkingowego, z uwagi na fakt, że każda z nich posiada system niezależnych bram i furtek. W zależności od tego jak duża jest impreza sportowa lub ilość kupców istnieje możliwość swobodnego przemieszczania się pomiędzy tymi powierzchniami terenu w celu jego wykorzystania. Zamawiający przedłożył również Plan Sytuacyjny utwardzenia placu na działkach nr ew. 2344, 2343, 2341, 2340, 2339, 2338, 2337, 2336, 2335, 2334, z którego wynika, że obecna powierzchnia targowiska obejmuje swą powierzchnią cały teren parkingu. A zatem stanowią one jeden obiekt.

Pismem z dnia 21 maja 2015 r. Zamawiający przesłał dodatkowe wyjaśnienia, w których podkreślił, że niniejsze zamówienia były związane z bieżącą realizacją zadań Gminy, tj. stworzeniem dogodnych warunków realizacji imprez sportowych na terenie Gminy oraz rozbudową targowiska miejskiego przy ul. Przemysłowej. Konieczność wykonania tych inwestycji, jak podkreślił Zamawiający, nastąpiła w ciągu roku budżetowego, w związku z czym ich wartości nie zostały zsumowane. Ponadto, Zamawiający przywołał orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz definicję „objektu budowlanego”. Zamawiający wskazał również, iż nie planował i nie przewidywał udzielenia zamówień będących przedmiotem kontroli, oraz że były one realizowane w oparciu o bieżące potrzeby wynikające z wniosków mieszkańców i podmiotów działających na terenie Gminy. Co więcej, w opinii Zamawiającego nie były to roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, a zatem nie można im przypisać tożsamości czasowej i przedmiotowej. Zamawiający podkreślił również, że nie podjął działań zmierzających do podziału projektu budowlanego i szacowania wartości zamówień w celu uniknięcia stosowania procedur przewidzianych w ustawie Pzp, jak również nie zaniżył wartości zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że z art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek dołożenia przez Zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia, jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Zatem Zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej

określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w ogóle albo przepisów właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, ale wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia, co wynika z art. 32 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działanie zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że „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 więc kryteriami: tożsamość przedmiotowa zamówienia - kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość, tożsamości czasowej zamówienia - funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej oraz tożsamości podmiotowej - możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w przewidywalnym 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 (np. wykonanie poszczególnych zamówień wymaga spełnienia przez wykonawców odmiennych warunków). 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. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32 - 35 ustawy Pzp.”

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, gdzie przedmiotem dwóch zawartych umów cywilnoprawnych były „Likwidacja toru motokrosowego na działkach od nr 2334 do 2344 przy ul. Pasternik w Łęcznej” oraz „Wykonanie nawierzchni dalszej części targowiska miejskiego przy ul. Przemysłowej” wartość każdej z podpisywanych umów cywilnoprawnych nie

przekroczyła wyrażonej w złotych równowartości 30 000 euro (126 747,00 euro). W sytuacji, gdy wartość ww. zamówień powinna zostać zsumowana przekraczałaby ona ww. kwotę, co obligowałoby Zamawiającego do zastosowania procedur określonych w ustawie Pzp. Z powyższych względów, istotne znaczenie ma określenie, czy wartość przedmiotowych zamówień powinna być zsumowana zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, analiza szczegółowego zakresu przedmiotu ww. zamówień określonych na podstawie kosztorysów inwestorskich prowadzi do wniosku, że zlecone prace mają podobny charakter i przeznaczenie oraz posiadają podobne funkcje techniczne i gospodarcze. Ponadto, oba zamówienia mogły i zostały zrealizowane przez tego samego wykonawcę, co świadczy o istotnym podobieństwie w zakresie sposobu realizacji zleconych robót.

Nadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że szacując wartość robót budowlanych, niezbędnych do realizacji obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Pzp, nawet jeżeli roboty odnoszą się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego, ale składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką ta inwestycja ma pełnić, zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na ww. zamierzenie. W przedmiotowej sprawie, jak wynika z przesłanego przez Zamawiającego Planu Sytuacyjnego utwardzenia placu na działkach nr ew. 2344, 2343, 2341, 2340, 2339, 2338, 2337, 2336, 2335, 2334, obecna powierzchnia targowiska obejmuje swą powierzchnią m.in. cały teren parkingu. Z Planu Sytuacyjnego wynika, że powierzchnia targowiska jest większa niż powierzchnia parkingu, przy czym cały obszar parkingu zawiera się w powierzchni targowiska. Tak więc parking i targowisko współtworzą jedną całość zapewniającą możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem.

Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że zamówienia były funkcjonalnie powiązane ze sobą oraz nabywane w określonej perspektywie czasowej (umowy zawarte w dniu 8 i 11 sierpnia 2014 r.). Pomiędzy udzieleniem ww. zamówień istnieje niewielka różnica czasowa (3 dni).

Zamawiający przed udzieleniem zamówień miał wiedzę o potrzebie ich realizacji (pismo z dnia 2 lipca 2014 r. klubu sportowego oraz skargi firm). Kosztorysy inwestorskie opracowane zostały w dniach 7 i 17 lipca 2014 r., a wnioski o wyrażenie zgody na odstąpienie od zastosowania procedur udzielenia zamówienia publicznego określonych w przepisach ustawy Pzp dotyczących zamówień powyżej 30 000 euro zostały skierowane do Burmistrza Łęcznej w dniu 4 i 5 sierpnia 2014 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził także, że roboty będące przedmiotem

umów zostały zrealizowane przez tego samego wykonawcę, tj. P. Spółka jawna, co świadczy o możliwości zrealizowania zamówienia przez jednego wykonawcę. Reasumując, przesłanka odnosząca się do realizacji obu przedmiotów zamówienia przez jednego wykonawcę została wypełniona.

Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odrębne oszacowanie ww. zamówień było nieprawidłowe, ponieważ spełniają one wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości czyli możliwość wykonania obu zamówień przez jednego wykonawcę, istniejącego między nimi podobieństwa funkcjonalno - przedmiotowego oraz możliwości przewidzenia ich w określonej perspektywie czasowej.

Oznacza to, że Zamawiający udzielając zamówień na „likwidację toru motocrossowego na działkach od nr 2334 do 2344 przy ul. Pasternik w Łęcznej” oraz na „wykonanie nawierzchni dalszej części targowiska miejskiego przy ul. Przemysłowej” bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych naruszył art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust 1 ustawy. Powyższe skutkowało naruszeniem przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania (poprzez udzielenie każdego zamówienia bez stosowania ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy, nie znajdującym zastosowania w tych okolicznościach).

Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że Zamawiający udzielając ww. zamówień publicznych wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych naruszył art. 7 ust 3 ustawy. Jednocześnie, należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Zamówienia udzielane w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający - Gmina Łęczna - zawierając umowy, na „likwidację toru motocrossowego na działkach od nr 2334 do 2344 przy ul. Pasternik w Łęcznej” oraz na „wykonanie nawierzchni dalszej części targowiska miejskiego przy ul. Przemysłowej” 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. 1 i 3, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej UZP Departamentu Kontroli

Doraźnej. Nie zgodził się ze stwierdzonymi w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszeniami art. 32 ust. 2 i 4, art 7 ust. 1 i 3, art 40 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na brak zsumowania zamówień na „likwidację toru motocrossowego na działkach od nr 2334 do 2344 przy ul. Pasternik w Łęcznej” oraz na „wykonanie nawierzchni dalszej części targowiska miejskiego przy ul, Przemysłowej”.

Zdaniem Zamawiającego, organ kontroli błędnie ustalił stan faktyczny przyjmując, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy, gdy zawierane były wyżej wymienione umowy cywilnoprawne, ich wartość powinna zostać zsumowana i wówczas przekraczałaby kwotę 30 000 euro, co obligowałoby zamawiającego do zastosowania procedur określonych w ustawie Pzp. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, że analiza kosztorysów inwestorskich wskazuje na istnienie tożsamości przedmiotowej zamówienia - zlecone prace mają podobny charakter i przeznaczenie, podobne funkcje techniczne i gospodarcze oraz zostały zrealizowane przez tego samego wykonawcę.

Zamawiający podkreślił, że ustalenie wartości zamówienia nastąpiło z należytą starannością w okolicznościach spowodowanych nagłością wystąpienia celu - niezbędności realizacji zadania utworzenia zaplecza parkingowego i usprawnienia handlu na targowisku poprzez jego rozbudowę. Zamawiającemu nie była znana perspektywa czasowa zamówień i możliwość ich wykonania przez jednego wykonawcę.

Zamawiający wskazał, że wprowadzenie do rocznego planu zamówień publicznych przedmiotowych zadań spowodowane było, po pierwsze, awansem drużyny Górnik Łęczna do Ekstraklasy oraz związaną z tym prośbą „Zarządu Górnika Łęczna S.A.” skierowaną do Burmistrza Łęcznej o pomoc w zorganizowaniu miejsc parkingowych dla autobusów i samochodów osobowych gości przyjeżdżających na mecze piłkarskie w okolicach stadionu Górnika Łęczna, po drugie, koniecznością usunięcia kupców, wystawców i handlujących z ulicy Przemysłowej w dni targowe na właściwe, przeznaczone do tego miejsce.

Przygotowanie tych dwóch zadań budżetowych do realizacji odbywało się w trybie pilnym.

W zakres przedmiotu zamówienia „likwidacja toru motocrossowego na działkach 2334 do 2344 przy ul. Pasternik w Łęcznej” wchodził demontaż ogrodzenia, roboty ziemne z przemieszczeniem mas ziemnych i przeniesienie ogrodzenia. Dla prawidłowego wyboru procedury i zastosowania właściwych przepisów ustawy o zamówieniach publicznych 3 lipca 2014r. zlecono opracowanie kosztorysu inwestorskiego. 7 lipca 2014r. zatwierdzono kosztorys, 1 sierpnia 2014r. sporządzono protokół zamówienia publicznego, gdzie zamówienie zakwalifikowano jako usługę, 4 sierpnia 2014r. uzyskano zgodę na udzielenie zamówienia publicznego na podstawie regulaminu udzielania zamówień do 30 000 euro. Procedura została przeprowadzona na wniosek GKS Górnik i KPP w Łęcznej. 8 sierpnia

2014r. podpisana została umowa.

Zamawiający wskazał, że ustalił wartość zamówienia na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę cenę oraz czas trwania wykonywania zamówienia /15 dni licząc od daty podpisania umowy/. Zamawiający dokonując szacunku wynagrodzenia posłużył się metodą kosztorysową /kosztorys inwestorski/, zastosował prawidłowy wybór metody obliczania wartości zamówienia, co stanowi dowód na dochowanie należytej staranności /art. 355 k.c./.

Zamawiający wskazał, że jego zamiarem nie było świadome dzielenie zamówienia. Zamawiający podkreślał, że zamówienie nie było planowane. Nagłość okoliczności wymuszających działanie Zamawiającego, jego specyfika polegająca na braku realizacji obiektu budowlanego, względy organizacyjne i gospodarcze przemawiają za uznaniem tego zamówienia jako odrębnego.

W procedurze uczestniczyła tylko firma P. Sp. Jawna z Łęcznej, ponieważ tylko ten wykonawca dysponował odpowiednim sprzętem oraz deklarował najkrótszy termin realizacji zadania, gwarantował uzyskanie zamierzonego efektu.

Natomiast, wykonanie nawierzchni dalszej części targowiska miejskiego przy ul. Przemysłowej w Łęcznej należało zakwalifikować zgodnie z art. 2 ust.8 Pzp. jako wykonanie robót budowlanych - obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. „Obiekt budowlany” oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcje gospodarczą lub techniczną/ art.2 pkt 5d P.z.p./.

Zakres przedmiotu umowy obejmował wykonanie nawierzchni targowiska tj. podbudowy z kruszywa naturalnego - warstwa dolna i górna.

Podstawowym celem zamawiającego była rozbudowa targowiska dla realizacji potrzeb mieszkańców i podmiotów handlujących ale również wykorzystanie rozbudowanej powierzchni jako parkingu podczas imprez sportowych celem zabezpieczenia zaplecza parkingowego.

Opisane wyżej zamówienia, chociaż istnieje między nimi powiązanie celów dla których zostały zrealizowane, nie są tożsame przedmiotowo.

W przekonaniu zamawiającego usługa likwidacji toru motocrossowego oraz wykonanie nawierzchni targowiska kwalifikowane jako robota budowlana, są odrębnymi zamówieniami.

Zamawiający zauważył, że: „W orzeczeniach Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o

naruszenie dyscypliny finansów publicznych, która wielokrotnie zajmowała się problemem podziału zamówienia, wyraźnie się podkreśla, że nie każdy podział zamówienia na części, a jedynie dokonany w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, narusza ustawową dyspozycję. Przyjmując wnioskowanie a contrario, każdy inny podział zamówienia jest dopuszczalny. Przy podziale zamówienia naruszającym ustawę należy wykazać, że zamawiający działa „w celu”, a więc z zamiarem uniknięcia określonych obowiązków, bądź uzyskania szczególnych uprawnień w wyniku ich niespełnienia, między innymi np. obowiązku przekazania ogłoszenia do stosownego organu promulgacyjnego. Powyższe wskazuje, iż naruszenia tego przepisu można dokonać działając jedynie umyślnie i to w zamiarze bezpośrednim, czego w przedmiotowej sprawie nie można się dopatrzeć.”

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł, że Zamawiający przed udzieleniem zamówień miał wiedzę o potrzebie ich realizacji, na co wskazują m.in. pisma z dnia 29 maja 2014 r. Komendy Powiatowej Policji w Łęcznej oraz z dnia 2 lipca 2014 r. klubu sportowego oraz skargi kupców i przedsiębiorców. Dalej, podkreślił, iż przedmiotowe zamówienia były funkcjonalnie powiązane ze sobą oraz nabywane w określonej, bardzo krótkiej perspektywie czasowej (umowy zawarte w dniu 8 (piątek) i 11 (poniedziałek) sierpnia 2014 r.). Pomiędzy udzieleniem ww. zamówień istnieje niewielka różnica czasowa (3 dni).

Ponadto, kosztorysy inwestorskie opracowane zostały w dniach 7 i 17 lipca 2014 r., a wnioski o wyrażenie zgody na odstąpienie od zastosowania procedur udzielenia zamówienia publicznego określonych w przepisach ustawy Pzp zostały skierowane do Burmistrza Łęcznej w dniu 4 i 5 sierpnia 2014 r. Zatem, w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający dysponował wiedzą o konieczności udzielenia ww. zamówień dotyczących tożsamego przedmiotu zamówienia, co obligowało go do zsumowania ich wartości. Nadmienić należy, iż roboty będące przedmiotem umów zostały zrealizowane przez tego samego wykonawcę, tj. P. Spółka jawna. Powyższe okoliczności świadczą o możliwości udzielenia przez Zamawiającego ww. zamówień po przeprowadzeniu jednej procedury.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że za udzieleniem jako odrębnego zamówienia na „likwidację toru motocrossowego na działkach od nr 2334 do 2344 przy ul. Pasternik w Łęcznej” przemawiał rodzaj zamówienia - usługa polegająca na likwidacji toru motocrossowego, jego specyfika polegająca na braku realizacji obiektu budowlanego,

względy organizacyjne i gospodarcze, zaś wykonanie nawierzchni dalszej części targowiska miejskiego przy ul. Przemysłowej" Zamawiający zakwalifikował jako wykonanie robót budowlanych - obiektu budowlanego, Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający w zastrzeżeniach zaprzeczył wcześniejszym wyjaśnieniom z dnia 21 maja 2015 r., w których wskazał, że obydwie zadania są robotami budowlanymi.

Zatem, analiza w toku kontroli dokumentacji postępowań, w tym wyjaśnień Zamawiającego prowadziła do wniosku, iż obydwie zamówienia zostały zakwalifikowane przez Zamawiającego jako roboty budowlane. Wobec powyższego kwalifikowanie przez Zamawiającego na etapie zastrzeżeń jednego z powyższych zamówień jako usługi należy uznać za spóźnione.

Prezes Urzędu wskazał także, że w obydwu zamówieniach sporządzone zostały kosztorysy inwestorskie, na podstawie których oszacowano wartości poszczególnych zamówień. Z Planu Sytuacyjnego utwardzenia placu na działkach nr ew. 2344, 2343, 2341, 2340, 2339, 2338, 2337, 2336, 2335, 2334 wynika, że obecna powierzchnia targowiska obejmuje swą powierzchnią m.in. cały teren parkingu, czyli cały obszar parkingu zawiera się w powierzchni targowiska. Tak więc parking i targowisko współtworzą jedną całość zapewniającą możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem.

Prezes Urzędu zauważył także, że zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego, podstawowym celem była rozbudowa targowiska dla realizacji potrzeb mieszkańców i podmiotów handlujących oraz wykorzystanie rozbudowanej powierzchni jako parkingu podczas imprez sportowych celem zabezpieczenia zaplecza parkingowego. Tym samym Zamawiający potwierdził, że pomiędzy ww. zamówieniami istnieje powiązanie celów, dla których zostały one zrealizowane.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko wyrażone w toku kontroli, iż Zamawiający naruszył art. 4 pkt 8, art 7 ust. 1 i 3, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 40 ust 1 i 2 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Artykuł 32 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazuje Zamawiającemu dzielenia zamówienia na części lub zaniżenia jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Z przepisu tego wynika, że niedopuszczalne jest dokonywanie podziału zamówienia lub zaniżenie jego wartości w taki sposób, aby do podzielonego zamówienia lub zamówienia o zaniżonej wartości nie miały zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art., 32 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych albo udzielenia zamówienia w częściach, wartością zamówienia jest łączna wartość zamówienia.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył obydwa przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż brak było podstaw do zawarcia dwóch umów, przedmiotem których była „likwidacja toru motocrossowego na działkach od nr 2334 do numeru 2344 przy ulicy Pasternik w Łęcznej” oraz „Wykonanie nawierzchni dalszej części targowiska miejskiego przy ulicy Przemysłowej” z pominięciem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, w przypadku przedmiotu obu tych umów występuje tożsama funkcja gospodarcza i techniczna. Obie umowy zostały zawarte w zbliżonym czasie (różnica czasu 3 dni) i zrealizowane przez tego samego Wykonawcę.

Tym samym występuje tożsamość przedmiotowa, podmiotowa oraz czasowa prac realizowanych na podstawie obu umów.

Zamawiający nie zaprzeczył, że cały obszar parkingu zawiera się w powierzchni parkingu, co potwierdza przedłożony przez Zamawiającego plan sytuacyjny utwardzenia placu na działkach 2334-2344. Tym samym uznać należy, że zarówno parking, jak i targowisko stanowią jeden obiekt. Także w piśmie stanowiącym zastrzeżenia od wyniku kontroli Zamawiający potwierdził istnienie powiązania celów obydwu zadań – tj. rozbudowy targowiska dla realizacji potrzeb mieszkańców i podmiotów handlujących, jak i wykorzystania rozbudowanej części targowiska jako parkingu podczas imprez sportowych.

Przedmiotowe zamówienia były funkcjonalnie powiązane ze sobą, a umowy na ich wykonanie zostały zawarte w bardzo krótkiej perspektywie czasowej. Podobnie w bardzo krótkim odstępie czasowym zostały sporządzone kosztorysy inwestorskie, będące podstawą do oszacowania zadań. Zatem, skoro powyższe zadania były przygotowywane i realizowane w bardzo zbliżonym czasie oraz występuje tożsamość miejsca realizacji zadań i powiązanie celów, dla których były realizowane, to zachodziły przesłanki do objęcia ich jednym zamówieniem. Zamawiający musiał mieć zatem świadomość powyższej okoliczności. W zastrzeżeniach do wyniku kontroli Zamawiający nie przedstawił żadnych nowych

okoliczności, jak również żadnego argumentu, który uzasadniałby brak zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do przedmiotowych zadań.

Dodatkowo Izba podkreśla, że ustawa dopuszcza możliwość podzielenia zamówienia na części, przy uwzględnieniu prowadzenia procedury dla każdej z części w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem nawet uznanie przez Zamawiającego, że każde zadanie jest różną częścią zamówienia, nie zwalniało Zamawiającego z konieczności przeprowadzenia procedury przetargowej o wartości równej sumie każdej z tych części.

Niezastosowanie przez Zamawiającego dyspozycji art. 32 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi naruszenie tego artykułu.

Konsekwencją powyższego naruszenia był fakt, że udzielając ww. zamówień publicznych wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, Zamawiający naruszył art. 7 ust 3 ustawy, a także art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Zamówienia udzielane w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych. Brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, tj. narusza przepis art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 1 i 3, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....