

Sygn. akt KIO/KD 14/23

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 22 września 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 24 sierpnia 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Gmina Szczawin Kościelny

ul. Jana Pawła II 10

09-550 Szczawin Kościelny

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej DKZP.WKZ2.442.10.2023.MP z dnia 14 sierpnia 2023 r., w przedmiocie zamówienia publicznego:

- 1. Przebudowa drogi w miejscowości Szczawin Borowy Wieś o dł. 400 mb i szer. 3,5 m**
- 2. Przebudowa drogi ul. Sportowa w Szczawinie Kościelnym o dł. 160 mb i szer. 3,5 m**
- 3. Remont drogi w miejscowości Holendry o dł. 300 mb i szer. 3,5 m**
- 4. Remont drogi w miejscowości Waliszew o dł. 410 mb i szer. 3,5 m**
- 5. Modernizacja drogi w miejscowości Krzymów o dł. 200 mb i szer. 3,5 m**
- 6. Modernizacja drogi w miejscowości Helenów Trębski o dł. 723 mb i szer. 3,0 m**
- 7. Modernizacja drogi w miejscowości Mellerów o dł. 87 mb i szer. 3,5 m**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Członkowie: Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

W dniu 24 maja 2021 r. Zamawiający - Gmina Szczawin Kościelny, udzielił, bez stosowania przepisów ustawy Pzp, 3 zamówień dotyczących realizacji 7 zadań z zakresu utwardzenia dróg destruktem asfaltowym, tj. zamówień na:

1. „Przebudowę drogi w miejscowości Szczawin Borowy Wieś o dł. 400 mb i szer. 3,5 m” oraz „Przebudowę drogi ul. Sportowa w Szczawinie Kościelnym o dł. 160 mb i szer. 3,5 m”
2. „Remont drogi w miejscowości Holendry o dł. 300 mb i szer. 3,5 m” oraz „Remont drogi w miejscowości Waliszew o dł. 410 mb i szer. 3,5 m”
3. „Modernizację drogi w miejscowości Krzymów o dł. 200 mb i szer. 3,5 m”, „Modernizację drogi w miejscowości Helenów Trębski o dł. 723 mb i szer. 3,0 m” oraz „Modernizację drogi w miejscowości Mellerów o dł. 87 mb i szer. 3,5 m”.

Postępowania zostały wszczęte w dniu 5 maja 2021 r. Wartość zamówienia oszacowano na:

1. 64 980,00 zł (15 220,29 euro)
2. 29 120,00 zł (6 820,79 euro)
3. 48 300,00 zł (11 313,33 euro)
4. 38 090,00 zł (8 921,84 euro)
5. 32 200,00 zł (7 542,22 euro)
6. 78 698,55 zł (18 433,60 euro)
7. 7 917,00 zł (1 854,40 euro)

wartość całego zamówienia 299.305,55 zł, co stanowi równowartość 70.106,47 euro.

W tymże postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej „Prezes UZP”, działając na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych przeprowadził kontrolę doraźną, w wyniku której w Informacji o wyniku kontroli z dnia 14 sierpnia 2023 r. stwierdził naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie łącznego szacowania wartości 7 zadań z zakresu utwardzenia dróg destruktem asfaltowym, 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 i 2 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 Pzp.

Prezes UZP ustalił i stwierdził, co następuje.

Zamówienie nr 1 zostało wszczęte w trybie zapytania ofertowego w dniu 5 maja 2021 r. w następującym zakresie:

- „Przebudowa drogi w miejscowości Szczawin Borowy Wieś o dł. 400 mb i szer. 3,5 m”,
- „Przebudowa drogi ul. Sportowa w Szczawinie Kościelnym o dł. 160 mb i szer. 3,5 m”.

W odpowiedzi na zapytanie ofertowe Wykonawca Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” W. W. złożył ofertę na kwotę 94 100,00 zł netto (115 743,00 zł brutto), w tym:

- na „Przebudowę drogi w miejscowości Szczawin Borowy Wieś o dł. 400 mb i szer. 3,5 m” na kwotę 64 980,00 zł netto (79 925,40 zł brutto),
- na „Przebudowę drogi ul. Sportowa w Szczawinie Kościelnym o dł. 160 mb i szer. 3,5 m” na kwotę 29 120,00 zł netto (35 817,60 zł brutto).

W wyniku postępowania dokonano wyboru oferty Wykonawcy Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” W.W.. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nr 12/2021 została zawarta z Wykonawcą w dniu 24 maja 2021 r. Termin realizacji zamówienia został określony do dnia 31 sierpnia 2021 r.

Zamówienie nr 2 zostało wszczęte w trybie zapytania ofertowego w dniu 5 maja 2021 r. w następującym zakresie:

- „Remont drogi w miejscowości Holendry o dł. 300 mb i szer. 3,5 m”,
- „Remont drogi w miejscowości Waliszew o dł. 410 mb i szer. 3,5 m”.

W odpowiedzi na zapytanie ofertowe Wykonawca Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” W.W. złożył ofertę na kwotę 86 390,00 zł netto (106 259,70 zł brutto), w tym:

- na „Remont drogi w miejscowości Holendry o dł. 300 mb i szer. 3,5 m” na kwotę 48 300,00 zł netto (59 409,00 zł brutto),
- na „Remont drogi w miejscowości Waliszew o dł. 410 mb i szer. 3,5 m” na kwotę 38 090,00 zł netto (46 850,70 zł brutto).

W wyniku postępowania dokonano wyboru oferty Wykonawcy Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” W.W.. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nr 13/2021 została zawarta z Wykonawcą w dniu 24 maja 2021 r. Termin realizacji zamówienia został określony do dnia 31 sierpnia 2021 r.

Zamówienie nr 3 zostało wszczęte w trybie zapytania ofertowego w dniu 5 maja 2021 r. w następującym zakresie:

- „Modernizacja drogi w miejscowości Krzymów o dł. 200 mb i szer. 3,5 m”,
- „Modernizacja drogi w miejscowości Helenów Trębski o dł. 723 mb i szer. 3,0 m”,
- „Modernizacja drogi w miejscowości Mellerów o dł. 87 mb i szer. 3,5 m”.

W odpowiedzi na zapytanie ofertowe Wykonawca Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” W.W.i złożył ofertę na kwotę 118 815,55 zł netto (146 143,13 zł brutto), w tym:

- na „Modernizację drogi w miejscowości Krzymów o dł. 200 mb i szer. 3,5 m” na kwotę 32 200,00 zł netto (39 606,00 zł brutto),
- na „Modernizację drogi w miejscowości Helenów Trębski o dł. 723 mb i szer. 3,0 m” na kwotę 78 698,55 zł netto (96 799,22 zł brutto),
- na „Modernizację drogi w miejscowości Mellerów o dł. 87 mb i szer. 3,5 m” na kwotę 7 917,00 zł netto (9 737,91 zł brutto).

W wyniku postępowania dokonano wyboru oferty Wykonawcy Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” W. W. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nr 12/2021 została zawarta z Wykonawcą w dniu 24 maja 2021 r. Termin realizacji zamówienia został określony do dnia 31 sierpnia 2021 r.

Przedmiot każdego z ww. zamówień określony w zapytaniu ofertowym obejmował utwardzenie dróg destruktem asfaltowym według poniższych parametrów:

- 1) profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne (w przypadku ul. Sportowej w Szczawinie Kościelnym dodatkowo: wykonanie koryta pod warstwy konstrukcyjne);
- 2) utwardzenie drogi gruntowej gruzem betonowym 0/63 mm z wyrównaniem podłoża. Grubość warstwy 10 cm (w przypadku drogi w Krzymowie: Grubość warstwy 15 cm; w przypadku dróg w Waliszewie i Mellerowie: brak parametru);
- 3) ułożenie nawierzchni z destruktu asfaltowego warstwą średnio 10 cm.

W wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego na wstępnym etapie kontroli doraźnej, Zamawiający wskazał, że: *Każda z w/w dróg jest położona w innej miejscowości na terenie Gminy, a drogi te nie są ze sobą w żaden sposób powiązane. Drogi te nie stanowią jednej infrastruktury w rozumieniu komunikacyjnym, nie stanowią także dojazdów do jednej większej wspólnej drogi. W konsekwencji każda z tych dróg stanowi odrębny obiekt, a roboty dotyczące*

każdej z tych dróg stanowiły odrębne zamówienie, które nie podlega łączeniu z pozostałymi. Oznacza to, że pomiędzy tymi zamówieniami brak jest tożsamości przedmiotowej.

Tak więc brak jest podstaw do stawiania zarzutu podzielenia w/w zamówienia na trzy odrębne w celu omińnięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności konieczne jest zwrócenie uwagi na definicję legalną drogi publicznej, zawartą w art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1376 z późn. zm.; tj. w brzmieniu obowiązującym w czasie udzielania w/w zamówień), zgodnie z którą pojęcie „droga” oznacza: „budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym”.

Istotnym elementem składowym zacytowanej powyżej legalnej definicji drogi jest możliwość uznania danej drogi za całość techniczno-użytkową. Oznacza to więc, że drogi, które nie stanowią jednego ciągu komunikacyjnego nie mogą być uznane za jedną drogę. Nie ma bowiem pomiędzy nimi spójności techniczno-użytkowej w obrębie danej budowli będącej drogą. Oczywiście jest, że wszystkie drogi spełniają tę samą funkcję – funkcję transportową. Jednakże tak sformułowana definicja drogi, nakazuje uznawać daną budowlę za jedną drogę, jeśli ta budowla spełnia konkretną funkcję techniczno-użytkową w swoim obrębie (np. służy połączeniu dwóch ulic czy miejscowości) i możliwe jest korzystanie z każdej z dróg niezależnie od siebie. Przyjęcie odmiennego stanowiska doprowadziłoby do absurdalnej tezy, iż wszystkie odcinki drogowe stanowią jedną drogę.

Jak wskazano w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 10.04.2019 r., I SA/Po 21/19, LEX nr 2644978: „(...) tworzenie całości techniczno-użytkowej należy rozumieć jako połączenie poszczególnych elementów w taki sposób, aby zgodnie z wymogami techniki nadawały się one do określonego użytku. Jest to zatem zespół technologicznie powiązanych ze sobą elementów, służący określonym zadaniom. Nie można przy tym wykluczyć, że każdy z tych elementów może być samodzielnym obiektem, choć nie zawsze będzie mógł być samodzielnie wykorzystywany do określonego celu, budowla stanowić ma zaś całość techniczno-użytkową”.

Zasadnicze znaczenie ma w tym zakresie definicja obiektu budowlanego wynikająca z art. 7 pkt 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym obiekt budowlany to wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Samodzielne spełnianie funkcji technicznych i gospodarczych przez obiekt budowlany (którym jest droga – art. 3 pkt 1 i 3 ustawy Prawo budowlane) stanowi przesłankę uzasadniającą przeprowadzenie oddzielnych postępowań o udzielenie

zamówienia publicznego: „Obiektami budowlanymi w rozumieniu ww. przepisu były inwestycje objęte pięcioma zamówieniami publicznymi. Było ich w sumie pięć a każdy z nich może spełniać samodzielne funkcje techniczne i gospodarcze. Możliwe jest bowiem korzystanie z każdego z nich w sposób niezależny od pozostałych. Co istotne także ich realizacja wiązała się z inną lokalizacją a także z koniecznością przygotowania odrębnej dokumentacji technicznej w tym pozwoleń na budowę. To że każdy z tych obiektów zamówiony został przez ten sam podmiot (skarżącego) i na terenie tego samego miasta (...) nie może przesądzać o tym iż objekty te powinny zostać objęte tym samym zamówieniem” (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 28.04.2011 r., V SA/Wa 2555/10, LEX nr 995993).

W związku z powyższym, jedno zamówienie stanowią roboty budowlane w ramach jednego obiektu budowlanego, czyli drogi stanowiącej jeden ciąg komunikacyjny i spełniającej samodzielną funkcję techniczno-użytkową. Zasadnicze dla oceny samodzielności przedmiotu zamówienia pod kątem funkcjonalnym jest jego zdolność do pełnienia funkcji, do której został przeznaczony. Możliwość samodzielnego spełniania funkcji transportowych przez daną drogę, niezależnie od wykonania innej drogi, powoduje konieczność uznania, że każda z dróg jest odrębnym obiektem budowlanym, co z kolei przesądza o braku obowiązku łącznego szacowania wartości zamówień:

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 29.09.2011 r., BDF1/4900/77/81/RN-23/11/2381, LEX nr 1027230: „(...) zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o finansach publicznych, droga to budowla wraz z drogowymi inżynierskimi urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym. Z definicji tej w sposób oczywisty wynika, że każda droga jest odrębnym obiektem budowlanym, w związku z czym zlecenie usług związanych z naprawą poszczególnych dróg nie mogło dotyczyć wszystkich dróg, jako całości, a każdej drogi osobno, nie można też zgodzić się z poglądem, że naprawy dróg należało potraktować jako prace budowlane i objąć je jedynie postępowaniem przetargowym. GKO zwraca uwagę, że przywołana ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115 z późn. zm.) w art. 4 pkt 19 definiuje również pozycje "remont drogi". Pod tym pojęciem rozumieć należy wykonanie robót przywracających pierwotny stan drogi, także przy użyciu wyrobów budowlanych innych niż użyte w stanie pierwotnym. Stwierdzić więc należy, że w sprawie niniejszej dokładnie mamy do czynienia z taką sytuacją. Obwiniony traktując każdą drogę, jako odrębną budowlę, prawidłowo udzielał zlecenia na wykonanie remontu każdej drogi z osobna, ponieważ żadne z zamówień nie przekraczało równowartości 14.000 euro, obwiniony zgodnie z treścią art. 4 pkt 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, nie miał obowiązku stosowania procedur nakładających przez tę ustawę.”

W związku z powyższym, brak podstaw do uznania, iż Zamawiający dokonał podziału zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Każda z dróg objętych robotami stanowi odrębny obiekt budowlany, dlatego też nie występuje tutaj przesłanka tożsamości przedmiotowej. Bez znaczenia w tym zakresie pozostaje, czy i ile umów zawarł w tym zakresie Zamawiający i czy w ramach jednej umowy połączył dwa lub więcej z w/w odrębnych zamówień. Istotna jest wyłącznie wartość każdego zamówienia, czyli wartość robót w obrębie jednej drogi. W tym zakresie nie ma wątpliwości, że wartości tych zamówień nie przekraczały progu zobowiązującego do stosowania ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zważył, co następuje.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności faktyczne na wstępie należy wskazać, iż 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.

Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dotyczyć może zasadniczo dwóch aspektów: niestosowania ustawy (wszystkich przepisów ustawy 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.

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 ustawy 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 ustawy 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 ustawy 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 Pzp, 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.

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

Biorąc pod uwagę ustalenia stanu faktycznego oraz prawnego sprawy należy stwierdzić, że nie zaistniały podstawy do odstąpienia przez Zamawiającego od łącznego szacowania wartości wszystkich 3 zamówień dotyczących realizacji 7 zadań z zakresu utwardzenia dróg destruktem asfaltowym.

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 tzw. koncepcji „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.

W zakresie pierwszego kryterium należy uznać, iż pomiędzy wszystkimi 7 zadaniami zachodzi tożsamość przedmiotowa. Każde z zamówień polega na utwardzeniu dróg destruktem asfaltowym według poniższych parametrów:

- 1) profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne (w przypadku ul. Sportowej w Szczawinie Kościelnym dodatkowo: wykonanie koryta pod warstwy konstrukcyjne);
- 2) utwardzenie drogi gruntowej gruzem betonowym 0/63 mm z wyrównaniem podłoża. Grubość warstwy 10 cm (w przypadku drogi w Krzymowie: Grubość warstwy 15 cm; w przypadku dróg w Waliszewie i Mellerowie: brak parametru);
- 3) ułożenie nawierzchni z destruktu asfaltowego warstwą średnio 10 cm.

Zauważyć także 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 Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej 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 robót budowlanych 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 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 oznacza to jednak, iż zamówienia te nie stanowią jednego przedsięwzięcia budowlanego.

Należy wskazać, 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 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 tak w świetle gospodarczych jak i technicznych funkcji, które obiekt ten jako całość będzie spełniał.

W ustalonym stanie faktycznym mamy do czynienia z zamówieniami spełniającymi 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 zbieżne pod kątem zakresu i rodzaju prac 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 odmienność 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 realizacji. 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. W zaistniałym stanie faktycznym wszystkie ww. zamówienia zostały wszczęte w tym samym dniu 5 maja 2021 r. Ta sama sytuacja dotyczy terminów zawarcia umów, tj. w dniu 24 maja 2021 r. oraz terminów realizacji zamówień wskazanych w umowach, tj. do dnia 31 sierpnia 2021 r.

Podobnie należy stwierdzić, że zachodzi w sprawie tożsamość podmiotowa. Stanowi o tym wyraźnie fakt, że Zamawiający udzielił przedmiotowych zamówień jednemu wykonawcy – Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” W.W.. Wykonawca ten jako jedyny złożył oferty w odpowiedzi na zapytania ofertowe Zamawiającego. Powyższe wskazuje jednoznacznie, iż wszystkie roboty budowlane wchodzące w zakres realizacji ww. zadań mógł zrealizować jeden wykonawca posiadający odpowiednie doświadczenie.

A zatem w kontrolowanym przypadku zachodzi tożsamość przedmiotowa, tożsamość czasowa oraz możliwość należytego wykonania wszystkich 7 zamówień przez jednego wykonawcę, co nakazuje uznać, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem mającym za przedmiot realizację zadań z zakresu utwardzenia dróg destruktem asfaltowym. W konsekwencji powyższego, Zamawiający powinien części zamówienia ujęte w 3 umowach szacować 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 130 000,00 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 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i w dniu 24 sierpnia 2023 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej.

W zastrzeżeniach Zamawiający zarzucił Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 7 pkt 14 oraz pkt 21 poprzez:

a) przyjęcie, że pojęcie „objektu budowlanego” oraz „robót budowlanych” należy rozpatrywać wyłącznie przez pryzmat celu zamierzenia inwestycyjnego, z pominięciem okoliczności czy wynik robót może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną;

b) brak ustalenia, czy poszczególne drogi objęte kontrolowanymi zamówieniami mogą spełniać i spełniają samodzielnie funkcje gospodarcze i techniczne;

c) pominięcie, że poszczególne drogi objęte kontrolowanymi zamówieniami są zlokalizowane w różnych miejscowościach i nie są wzajemnie powiązane w jakikolwiek sposób;

2) art. 29 ust. 1 i ust. 2 i art. 30 ust. 1 poprzez wadliwe przyjęcie, że Zamawiający ustalając wartość zamówienia zaniechał łącznego szacowania wartości zadań z zakresu utwardzenia dróg destruktem asfaltowym, podczas gdy każda z tych siedmiu robót dotyczyła odrębnego obiektu budowlanego w rozumieniu PZP i stanowiła odrębne zamówienie, które nie podlegały łącznemu szacowaniu;

3) art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 poprzez wadliwe przyjęcie, że Zamawiający zaniechał 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 PZP.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że Prezes UZP prawidłowo stwierdził, że szacowanie wartości zamówienia w odniesieniu do robót budowlanych musi uwzględniać definicję obiektu budowlanego zawartą w art. 7 pkt 14 ustawy PZP. Jednakże Prezes UZP całkowicie błędnie zinterpretował to pojęcie w kontekście stanu faktycznego zaistniałego w kontrolowanych zamówieniach, opierając się na nieprawidłowym utożsamieniu pojęcia „obiekt budowlany” z zamierzeniem inwestycyjnym, przedsięwzięciem budowlanym. Prezes UZP poprzestał na stwierdzeniu, że cel realizacji wszystkich kontrolowanych zamówień był jeden i taki sam – tj. poprawienie jakości komunikacji na drogach tej samej gminy. Zdaniem Prezesa UZP jest to okoliczność wystarczająca dla uznania tożsamości przedmiotowej udzielonych zamówień. Innymi słowy, UZP zinterpretował pojęcie „objektu budowlanego” wyłącznie przez pryzmat celu podejmowania określonych działań i uznał cel ten za nadrzędną i jedyną przesłankę decydującą o tożsamości lub braku tożsamości przedmiotowej zamówień. Prezes

UZP nie rozpatrzył celu zamierzenia inwestycyjnego rozumianego jako efekt robót budowlanych z uwzględnieniem definicji obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy PZP – choć formalnie na to pojęcie się powołał.

Prezes UZP powołał się w tym zakresie na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO/KD 22/19 która dotyczyła usług a nie robót budowlanych. Oczywiście jest, że zasady ustalania tożsamości przedmiotowej zamówienia na usługi i na roboty budowlane istotnie się od siebie różnią, a przede wszystkim w odniesieniu do usług nie ma zastosowania definicja „obektu budowlanego”. W tym kontekście Prezes UZP przeprowadził całkowicie błędny wywód o treści:

„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.”

Pojawia się więc poważna wątpliwość, czy Prezes UZP czyniąc te uwagi nadal odnosi się do przedmiotu kontrolowanych postępowań, których przedmiotem były przecież roboty budowlane a nie usługi. Z zacytowanego fragmentu Informacji o wynikach kontroli doraźnej można wyprowadzić wniosek, że Prezes UZP przyznał podnoszoną przez Zamawiającego okoliczność, że każde zamówienie dotyczyło odrębnego obiektu budowlanego – jednakże pomimo tego, wbrew ustawie PZP, uznał tożsamość przedmiotową zamówień wyłącznie ze względu na ich cel stosując zasady ustalania tożsamości zamówień na usługi, a nie na roboty budowlane.

Taka interpretacja Prezesa UZP pozostaje w sprzeczności tak z literalnym, jak i funkcjonalnym rozumieniem pojęcia „obektu budowlanego” zdefiniowanego w ustawie PZP. W konsekwencji Prezes UZP błędnie przyjął, że w odniesieniu do kontrolowanych zamówień zachodziła przesłanka tożsamości przedmiotowej.

Prezes UZP oparł swoje stanowisko na błędnym uznaniu, że zbieżność opisów przedmiotu zamówień co do zakresów robót oraz podobne przeznaczenie robót, są przesłankami wystarczającymi do stwierdzenia tożsamości przedmiotowej zamówień. Ponadto Prezes UZP wskazał na takie elementy, jak: zbieżny zakres i rodzaj prac, jednakowe wymagania o do zakresu i sposobu realizacji zamówień, jednakowy wzór umowy. Jednakże elementy te pozostają bez znaczenia dla oceny spełnienia przesłanki tożsamości przedmiotowej zamówień.

W informacji o wynikach kontroli Prezes UZP powołał m.in. wyrok S(PI) z 29.05.2013 r., T-384/10, KRÓLESTWO HISZPANII v. KOMISJA EUROPEJSKA, ZOTSiS 2013, nr 5, poz. II-277. Powołanie się przez Prezesa UZP w niniejszej sprawie na tenże wyrok jest bezprzedmiotowe i nietrafne z tego względu, że w w/w sprawie rozpatrywanej przez Trybunał zamówienia dotyczyły budowy jednej sieci dystrybucji wody pitnej z jednym węzłem centralnym, która to sieć spełniała jako całość funkcje gospodarcze i techniczne. Innymi słowy, poszczególne elementy (odcinki) tworzyły jedną sieć funkcjonującą jako całość. Trybunał wskazał również na przesłankę pomocniczą „tożsamości geograficznej”, tj. realizacji prac tworzących jedną infrastrukturę na określonym obszarze geograficznym. Natomiast w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z odrębnymi inwestycjami dotyczącymi dróg lokalnych, stanowiących głównie dojazdy do konkretnych posesji, położonych w różnych miejscowościach. Poszczególne drogi lokalne objęte kontrolowanymi zamówieniami nie są w jakikolwiek sposób powiązane, nie stanowią jednej infrastruktury ani sieci drogowej, nie stanowią elementu większej całości tworzącej sieć dróg, np. sieć dróg dojazdowych z danego obszaru do określonej drogi wyższej kategorii. Tak więc o ile formalnie wyrok ten został przez Prezesa UZP przytoczony w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, o tyle bez wątplenia powołanie się na ten wyrok nie zostało poprzedzone głębszą analizą jego treści i znaczenia, jak i wniosków w nim zawartych. Samo stwierdzenie: „nadmienić należy, że rozważania Trybunału dotyczyły robót budowlanych” nie jest wystarczające do odniesienia zawartego w tym wyroku ogólnego stwierdzenia dotyczącego roli technicznej i gospodarczej robót, do sprawy będącej przedmiotem kontroli.

W informacji o wynikach kontroli Prezes UZP powołał się również na wyrok Wyrok TS z 18.01.2007 r., C-220/05, JEAN AUROUX I INNI v. COMMUNE DE ROANNE, ZOTSiS 2007, nr 1A, poz. I-385. Również ten wyrok Trybunału i wnioski w nim zawarte nie mają odniesienia do postępowań będących przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie. W zacytowanym powyżej wyroku Trybunał oceniał zamówienia dotyczące jednego kompleksu – parku rozrywki, składającego się z elementów (budynków) znajdujących się w jednej lokalizacji (na tym samym obszarze) oraz wzajemnie powiązanych i tworzących jedną gospodarczą i funkcjonalną całość. Natomiast w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z odrębnymi inwestycjami dotyczącymi dróg lokalnych, stanowiących głównie dojazdy do konkretnych posesji, położonych w różnych miejscowościach. Poszczególne drogi lokalne objęte kontrolowanymi zamówieniami nie są w jakikolwiek sposób powiązane, nie stanowią jednej infrastruktury ani sieci drogowej. Tak więc utożsamianie kontrolowanych przez Prezesa UZP postępowań i przedmiotu zamówień ocenianych przez Trybunał w w/w wyroku, nie jest w żadnej mierze prawidłowe. To właśnie na przykładzie tego wyroku Trybunału, jak i wyroku wcześniej cytowanego, można dostrzec wyraźne potwierdzenie stanowiska prezentowanego przez

Gminę oraz argumentów przedstawionych tak w niniejszych zastrzeżeniach, jak i w piśmie złożonym na etapie kontroli.

Kolejnym z przywołanych przez Prezesa UZP orzeczeń jest uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 27.08.2019 r., sygn. akt: KIO/KD 53/19. Również i ten wyrok w żadnej mierze nie popiera stanowiska wyrażonego w Informacji o wynikach kontroli. Powołanie się przez Prezesa UZP na w/w wyrok jest bezprzedmiotowe, jako że stan faktyczny rzeczony sprawy całkowicie różni się od stanu faktycznego w sprawie objętej przedmiotową kontrolą. Przede wszystkim w sprawie KIO/KD 53/19 nie była kwestionowana tożsamość przedmiotowa udzielonych zamówień i w tym zakresie KIO nie zajmowała stanowiska. Zauważyć trzeba, że zamówienia udzielone w sprawie rozpatrywanej w tym orzeczeniu dotyczyły jednego obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy PZP, tj. jednej infrastruktury drogowej – sieci dróg rowerowych tworzących jedną infrastrukturę (w ramach Programowej Budowy Zintegrowanej Sieci tras Rowerowych w Województwie Małopolskim), jedną sieć ścieżek rowerowych wzajemnie powiązanych i składających się na jedną całość. Natomiast okoliczność rozpatrywana przez KIO dotyczyła tożsamości czasowej tych zamówień, jako że ta okoliczność była kwestionowana przez zamawiającego. W tej sytuacji powoływanie się przez UZP na tenże wyrok nie ma żadnego wymiernego znaczenia dla przeprowadzanej kontroli i wnioskowania o zasadności działań podjętych przez Gminę Szczawin Kościelny.

Wyjaśniając prawidłowe rozumienie pojęcia „obiekt budowlany” oraz jego znaczenie dla zasad ustalania wartości szacunkowej zamówienia na roboty budowlane, należy odwołać się do definicji legalnej tego pojęcia. Zgodnie z definicją określoną w ustawie PZP (art. 7 pkt 14) za obiekt budowlany należy uznać wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Zasadnicza dla oceny samodzielności przedmiotu zamówienia pod kątem funkcjonalnym jest jego zdolność do pełnienia funkcji, do której został przeznaczony. W przypadku inwestycji drogowych, jeśli każda z dróg samodzielnie spełnia swoje funkcje transportowe, niezależnie od wykonania czy modernizacji innej drogi, to należy uznać, że każda jest odrębnym obiektem budowlanym. W takim przypadku nie ma obowiązku łącznego szacowania wartości zamówień. Natomiast zgodnie zaś z art. 7 pkt 21 ustawy Pzp pod pojęciem robót budowlanych należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (...) lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Jak wskazał Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do w/w przepisu: 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 spełniał. Takie stanowisko Urząd Zamówień Publicznych potwierdził w piśmie z dnia 13.12.2022 r. pt. Ustalanie wartości zamówienia na roboty budowlane i związanych z nim zamówień na usługi projektowania oraz nadzoru inwestorskiego, www.uzp.gov.pl: Obiektem może być zatem przykładowo określony budynek, np. pływalnia, most, droga czy tunel. Jednocześnie za obiekt budowlany należy uznać także zespół czy kompleks obiektów w rozumieniu prawa budowlanego, mający pełnić określoną funkcję gospodarczą lub techniczną, np. zespół rekreacyjno-wypoczynkowy, w ramach którego funkcjonować będą odrębne budynki pływalni, siłowni, sali gimnastycznej, spa, korty tenisowe, parkingi itp. (...) Z powyższego wynika zatem, że dla ustalenia obowiązku łącznego szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane konieczne jest ustalenie przez zamawiającego, czy ma do czynienia z jednym obiektem budowlanym. Ocena, czy w konkretnym postępowaniu zamawiający ma do czynienia z jednym obiektem budowlanym, powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które obiekt ten będzie spełniał. Stwierdzenie takiej okoliczności powoduje, że na potrzeby ustalenia obowiązku stosowania przepisów p.z.p. należy brać pod uwagę całość robót budowlanych, nawet jeżeli udzielane są w kilku postępowaniach lub w częściach. Innymi słowy, jeżeli planowane roboty budowlane składają się na jeden obiekt budowlany, wyznaczony wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, wówczas zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na ww. zamówienie.

Tak więc sam Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do ustawy PZP wskazał, że jeden obiekt budowlany może stanowić wyłącznie kompleks różnych budynków czy budowli, które łącznie spełniają określoną funkcję gospodarczą lub techniczną. Natomiast w Informacji o wynikach kontroli Prezes UZP zupełnie pominął ten aspekt i jego znaczenie dla sprawy. Prezes UZP nie poczynił żadnych ustaleń dotyczących tego, czy drogi objęte robotami budowlanymi były ze sobą powiązane czy też nie, czy stanowiły całość w rozumieniu funkcjonalnym czy też nie, czy stanowiły jedną sieć dróg czy też nie. Prezes UZP pominął w tym zakresie stanowisko i argumenty przedstawione przez Gminę na etapie kontroli, poprzestając na stwierdzeniu, że realizacja robót na drogach położonych w różnych miejscowościach nie może stanowić o odrębności poszczególnych zamówień. Zastanawiające jest to, że wnioski i argumenty

zawarte w Informacji o wynikach kontroli pozostają w sprzeczności z zasadami, które UZP opublikował w wydanych oficjalnie dokumentach (komentarz do UZP, w/w pismo dot. zasad szacowania zamówienia na roboty budowlane). Co jeszcze bardziej zastanawiające, Prezes UZP w Informacji o wynikach kontroli wprost przyznał, że poszczególne drogi objęte udzielonymi przez Gminę zamówieniami na roboty budowlane stanowiły odrębne obiekty budowlane. Pomimo tego, nie uznał brak tożsamości przedmiotowej poszczególnych zamówień, niejako zaprzeczając w ten sposób własnemu stanowisku zaprezentowanemu w w/w publikacjach.

W przedmiotowej sprawie Prezes UZP całkowicie pominął okoliczność, że każda z dróg objętych robotami stanowiła odrębny element (dojazd do konkretnych posesji – drogi lokalne, wewnętrzne), niezwiązany z innymi drogami, położony w różnych miejscowościach – i jednocześnie każda z dróg pełniła samoistnie swoją funkcję niezależnie od pozostałych dróg. Pod każdym względem – technicznym, gospodarczym, funkcjonalnym, ekonomicznym, każda z dróg stanowiła odrębny element, eksploatowany niezależnie od pozostałych dróg.

Dla ustalenia, czy każda z dróg stanowi odrębny obiekt budowlany, znaczenie będzie mieć więc to, czy wynik całości robót budowlanych (wykonanie drogi) samoistnie spełnia funkcję gospodarczą lub techniczną. Zasadnicza dla oceny samodzielności przedmiotu zamówienia (drogi) pod kątem funkcjonalnym jest jego zdolność do pełnienia funkcji, do której został przeznaczony. Jak już wskazano, jeśli droga stanowi funkcjonalną całość i spełnia swoje funkcje niezależnie od wykonania innej drogi, to należy uznać, że stanowi odrębny obiekt budowlany. W kontrolowanych postępowaniach każda ze zrealizowanych dróg była odcinkiem innej drogi, a to oznacza, że jest w stanie funkcjonować samodzielnie. Poszczególne odcinki dotyczyły różnych dróg, gdyż były realizowane w różnych wsiach należących do Gminy oraz dotyczyły różnych ulic stanowiących dojazd do różnych posesji. Zatem każda z nich będzie pełnić różne funkcje transportowe i nie stanowią one jednej sieci dróg. Roboty dotyczyły różnych dróg w różnych miejscowościach, które nie łączyły się z drogą główną i nie miały ze sobą jakiegokolwiek związku gospodarczego czy funkcjonalnego, tak więc stanowiły różne przedsięwzięcia, różne zamierzenia inwestycyjne. Każda z ulic, którą zamawiający zrealizował w różnych miejscowościach, spełnia odrębnie i samodzielnie funkcje transportowe niezależnie od innych dróg. Każda z w/w dróg jest położona w innej miejscowości na terenie Gminy, a drogi te nie są ze sobą w żaden sposób powiązane. Drogi te nie stanowią jednej infrastruktury w rozumieniu komunikacyjnym, nie stanowią także dojazdów do jednej większej wspólnej drogi. W konsekwencji każda z tych dróg stanowi odrębny obiekt, a roboty dotyczące każdej z tych dróg stanowiły odrębne zamówienie, które nie podlega łączeniu z pozostałymi. Oznacza to, że pomiędzy tymi zamówieniami brak jest tożsamości przedmiotowej.

Z powyższych względów każda z tych dróg stanowiła odrębne zamówienie publiczne i nie zachodził tu wymóg łącznego szacowania ich wartości.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, co doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 sierpnia 2023 r. przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ2.442.10.2023.MP).

Prezes UZP podnosił, że okoliczność, iż poszczególne roboty budowlane były świadczone na rzecz niezależnych obiektów budowlanych o odrębnych lokalizacjach, nie implikuje stwierdzenia, że były to roboty, które nie były tożsame rodzajowo. Istotnym jest, że charakter świadczonej usługi pozostawał bez zmian z uwagi na odrębne lokalizacje. Ponadto konieczność wykonania konkretnych robót w zróżnicowanych lokalizacjach nie stanowiła przeszkody do łącznego szacowania wartości zamówienia.

W przypadku bowiem, w którym zamówienie publiczne obejmuje wykonanie robót budowlanych w różnych obiektach budowlanych, podstawowym kryterium pozwalającym na ustalenie, czy określone roboty stanowią jedno zamówienie, czy też zamówienia odrębne, będzie przede wszystkim tożsamość planowanych robót budowlanych, a także, czy są one możliwe do przewidzenia w tym samym czasie.

Odmierna lokalizacja realizowanych robót budowlanych nie przesądza o odrębnym ustalaniu wartości tych robót, a tym samym o uznaniu, że każda z nich stanowi odrębne zamówienie. Zamawiający, przygotowując się do realizacji inwestycji w postaci robót budowlanych wykonywanych w różnych obiektach budowlanych, powinien dokonać analizy planowanych robót pod kątem ich tożsamości. W konsekwencji, punktem odniesienia dla określenia zamówienia i szacowania jego wartości będzie specyfika /charakter robót budowlanych zaplanowanych do wykonania (np. termomodernizacja różnych budynków należących do gminy albo naprawa chodników dla pieszych w danej miejscowości). Zatem łączne szacowanie wartości robót budowlanych wyznacza:

- tożsamość specyfika/charakter robót budowlanych oraz
- możliwość zaplanowania tych robót budowlanych przez zamawiającego, co odnosi się zarówno do możliwości określenia przez zamawiającego zakresu robót, jak i przybliżonego czasu ich realizacji (dotyczy to również przypadku, w którym zamówienie będzie podzielone na części i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach poszczególnych części będą wszczynane w różnym czasie).

Wobec powyższego, zastrzeżenie Zamawiającego w postaci braku ustaleń Prezesa Urzędu dotyczących tego, czy drogi objęte robotami budowlanymi były ze sobą powiązane czy też nie, czy stanowiły całość w rozumieniu funkcjonalnym czy też nie, czy stanowiły jedną sieć dróg czy też nie, należy potraktować jako niezasadne, gdyż okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla wykazania tożsamości przedmiotowej zamówienia. Natomiast zauważyć trzeba, że zaistnienie przesłanek łącznego szacowania wartości robót budowlanych w przypadku, w którym zamówienie publiczne obejmuje wykonanie robót budowlanych w różnych obiektach budowlanych, zostało wykazane w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 sierpnia 2023 r.

Przypomnieć należy bowiem, że w zaistniałym stanie faktycznym tożsamość planowanych robót budowlanych, a więc tożsama specyfika, charakter robót budowlanych wyznaczona została przede wszystkim, że każde z zamówień polegało na utwardzeniu dróg destruktem asfaltowym według poniższych parametrów:

1) profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne (w przypadku ul. Sportowej w Szczawinie Kościelnym dodatkowo: wykonanie koryta pod warstwy konstrukcyjne);

2) utwardzenie drogi gruntowej gruzem betonowym 0/63 mm z wyrównaniem podłoża. Grubość warstwy 10 cm (w przypadku drogi w Krzymowie: Grubość warstwy 15 cm; w przypadku dróg w Waliszewie i Mellerowie: brak parametru);

3) ułożenie nawierzchni z destruktu asfaltowego warstwą średnio 10 cm.

Ponadto należy zauważyć, że zamówienia spełniały ten sam cel gospodarczy realizacji ww. przedsięwzięcia, jakim 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 zbieżne pod kątem zakresu i rodzaju prac opisy zamówień, jednakowe wymagania co do zakresu oraz sposobu realizacji zamówień i jednakowy wzór umowy. Powyższe przesądza o tym, iż zamówienia nie odznaczały się odmiennym i zróżnicowanym charakterem bez zmian z uwagi na odmiennie lokalizacje. Wszystkie z tych zamówień miały takie samo lub podobne przeznaczenie i zostały nabyte w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia, spełniały 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. Powyższe świadczy również o tym, że Zamawiający miał możliwość określenia zakresu robót jak i przybliżonego czasu ich realizacji, bowiem wszystkie zamówienia miały zostać wykonane według umów do dnia 31 sierpnia 2021 r.

W związku zatem z wypełnieniem powyższych przesłanek należy jeszcze raz podkreślić, że pomiędzy wszystkimi 7 zadaniami zachodziła tożsamość przedmiotowa. Zarazem, wobec braku zastrzeżeń Zamawiającego co do stwierdzenia przez Prezesa Urzędu zaistnienia tożsamości czasowej oraz tożsamości podmiotowej przedsięwzięcia, w zaistniałym stanie faktycznym mamy do czynienia z jednym zamówieniem, które należało szacować łącznie.

Niezależnie od powyższego, w kontekście treści podniesionych zastrzeżeń należy poddać pod wątpliwość przyjęty przez Zamawiającego sposób agregowania i szacowania zadań. Wbrew konsekwentnej argumentacji co do wielości zamówień, Zamawiający na realizację 7 zadań na niepołączonych ze sobą funkcjonalnie obiektach budowlanych udzielił jedynie 3 zamówień (a nie 7), obejmując zakresem każdego z tych zamówień remont 2 lub 3 dróg. Powyższe może prowadzić do wniosku, że Zamawiający świadomie podzielił zamówienia tak, aby wartość każdego z tych zamówień nie obligowała do stosowania przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie, mając na względzie uwagi poczynione przez Zamawiającego co do niezasadności przywołania orzeczeń w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 sierpnia 2023 r. z racji ich bezprzedmiotowości dla zaistniałego stanu faktycznego, należy przede wszystkim wskazać, że przywołanie orzecznictwa miało na celu zaprezentowanie uniwersalnych zasad, jakimi należy kierować się przy badaniu, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też nie. Co istotne, ich przywołanie nie stanowiło argumentu per se na potwierdzenie uchybienia Zamawiającego. W opinii Prezesa UZP, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 sierpnia 2023 r. wyczerpująco wykazano wypełnienie przesłanek jedności zamówienia, a w szczególności tożsamości przedmiotowej zamówienia.

Należy zwrócić też uwagę, że przywołane przez Wnoszącego zastrzeżenia stany faktyczne, na bazie których orzekła Krajowa Izba Odwoławcza, dotyczyły zamówień realizowanych w ramach jednego obiektu budowlanego. Oznacza to, że nie mają one przełożenia na stan faktyczny objęty ww. kontrolą doraźną. Wymaga jednakże zastrzeżenia, że wyroki te nie pozostają w kolizji ze stanowiskiem wyrażonym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 sierpnia 2023 r.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W konsekwencji zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie zważyła i ustaliła, co następuje

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Zgodnie z art. 28 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Stosownie do art. 29 ustawy Pzp zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżyć wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Jak stanowi 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. Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także przejrzysty. Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Powołane powyżej przepisy stanowią fundamentalne zasady, będące punktem odniesienia w każdym badaniu poprawności oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego.

W doktrynie i orzecznictwie, dotyczącym zamówień publicznych, jednolicie wskazuje się, iż dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami, zawsze konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. Analizę powyższą rozpocząć trzeba od zweryfikowania istnienia tzw. zasady trzech tożsamości:

- tożsamości przedmiotowej zamówienia, tj. czy przedmiot zamówienia jest taki sam bądź ze względów technologicznych, recepturowych, właściwości fizycznych lub użytkowych może być uznany za tożsamy,

- tożsamości czasowej zamówienia, tj. czy postępowania o udzielenie zamówienia są wszczynane w tym samym czasie lub zaplanowane do wszczęcia w danej perspektywie czasowej, np. zaplanowane w planach rzeczowo — finansowych na dany rok budżetowy, albo objęte decyzją o udzieleniu wsparcia finansowego na realizację określonego projektu,

- tożsamości wykonawcy zamówienia, czyli czy istnieje możliwość wykonania zamówienia przez tego samego wykonawcę w tym samym czasie.

Zgodnie z motywem 19 dyrektywy 2014/24/UE Należy sprecyzować, że do celów oszacowania wartości zamówienia, trzeba uwzględnić wszystkie dochody, niezależnie od tego, czy zostały one otrzymane od instytucji zamawiającej, czy też od osób trzecich. Należy również doprecyzować, że do celów szacowania progów 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.

Podobnie w wyroku WSA w Krakowie z dnia 28 lutego 2018 r. (sygn. akt I SA/Kr 15/18) stwierdzono, że jednym zamówieniem publicznym i tym samym z obowiązkiem sumowania wartości poszczególnych zamówień, będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy zamówienia udzielane w określonej perspektywie czasowej (tożsamość czasowa) będą miały to samo przeznaczenie (są tożsame przedmiotowo) oraz, dodatkowo, istnieje będzie możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy. W takiej sytuacji zamawiający będzie miał prawo, w zależności od swoich potrzeb, udzielić jednego zamówienia podzielonego na części lub może udzielać zamówień częściowych.

Z kolei w orzeczeniu ETS z dnia 5 października 2000 r. C-16/98, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, w którym przy rozpatrywaniu zagadnienia niedozwolonego podziału zamówienia zwrócono uwagę na następujące elementy: czas wszczęcia procedury, warunki udzielenia zamówienia, podmiot będący zamawiającym, gospodarcze i techniczne przeznaczenie zamówienia.

W celu ustalenia, czy w rozpatrywanym przypadku istnieje jedno zamówienie podzielone na części czy jednak kilka zamówień, należy zatem posłużyć się kryteriami tożsamości przedmiotowej zamówienia, co oznacza usługi tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, tożsamości czasowej zamówienia w sensie możliwości udzielenia zamówienia w tym samym czasie, i wreszcie możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę (tj. tożsamość podmiotowa). Podkreślenia wymaga, że wszystkie trzy wymienione kryteria muszą być spełnione łącznie. O odrębnych zamówieniach można mówić wówczas, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwe jego nabycie u tego samego wykonawcy w tym samym czasie.

W tym miejscu należy zauważyć, że kryterium tożsamości przedmiotowej powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość.

Zamówienia tożsame przedmiotowo nie muszą dotyczyć tego samego, ale również podobnego zagadnienia, w tych samych lub zbliżonych warunkach, dla podobnej grupy osób oraz spełniają tę samą funkcję i mają podobne lub identyczne przeznaczenie.

Jak słusznie zauważył kontrolujący, nie stwierdzono, ażeby zaistniały stan faktyczny dotyczący realizacji jednego obiektu budowlanego. Niemniej nie oznacza to, że realizacja 7 zadań z zakresu utwardzenia dróg gminnych destruktem asfaltowym nie stanowi jednego przedsięwzięcia budowlanego, które wymagało łącznego szacowania wartości zamówienia. Wykazanie tożsamości przedmiotowej zamówienia tych 7 robót budowlanych nie opiera się wyłącznie na tych samych przesłankach, na jakich ocenia się, czy planowane roboty budowlane składają się na jeden obiekt budowlany.

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 realizacji.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że zamawiane roboty budowlane odznaczają się wymienionymi wyżej cechami w stopniu pozwalającym uznać je za zamówienia tożsame przedmiotowo. Okoliczność, że w jednym czasie zleczanych jest kilka odrębnych zamierzeń remontowych, które jednak spełniają taką samą rolę gospodarczo-techniczną, mają podobne jeśli nie tożsame zakresy i mogą zostać powierzone do realizacji jednemu wykonawcy – determinuje, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

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

W konsekwencji Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie, gdyż doszło do naruszenia ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazanych przez Prezesa UZP.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....