

Sygn. akt: KIO/KD 22/19

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 2 kwietnia 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 11 marca 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin, w imieniu którego działa: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, ul. Elektryczna 13, 15-950 Białystok** dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 25 lutego 2019 r. (znak: UZP/DKZP/KND/36/18) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wycinka drzew i krzewów wraz z podcinką gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, znak sprawy: LZA/5/2015, w podziale na 50 zadań,*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	<b>Magdalena Rams</b>
Członkowie :	<b>Katarzyna Prowadzisz</b>
	<b>Ewa Sikorska</b>

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wycinka drzew i krzewów wraz z podcinką gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, znak sprawy: LZA/5/2015, w podziale na 50 zadań.*

W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego

1. art. 32 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie łącznego oszacowania 50 zadań polegających na wycince drzew i krzewów wraz z podcięciem gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok,
2. w konsekwencji naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp, Prezes Urzędu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 oraz art. 134 ust. 1 w zw. z art. 133 ust. 1 i art. 132 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 40 ust. 1 i 3 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów podstawowych wszczynanych poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, stosowanie do wartości zamówienia.

Ad 1

Prezesa UZP wskazał, że Zamawiający w oparciu o przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r.— Kodeks Cywilny (tj. Dz. U. z 2014 poz. 121 z późn. zm.) oraz o zasady określone w Regulaminie zakupów PGE Dystrybucja S.A., obowiązującym od dnia 1 stycznia 2015 r., w dniu 18 lutego 2015 r. wszczął a następnie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr LZA/5/2015.

Przedmiot zamówienia stanowiła wycinka drzew i krzewów wraz z podcięciem gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok. Zamówienie - zgodnie z treścią pkt B. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - obejmowało 50 zadań mających na celu wyeliminowanie głównych przyczyn awarii sieci napowietrznej, utrzymanie instalacji w należyтым stanie technicznym oraz zapewnianie ciągłości dystrybucji energii elektrycznej w 6 Rejonach Energetycznych:

1. Rejon Energetyczny Białystok Miasto (zadania 1 — 4)
2. Rejon Energetyczny Łomża (zadania 5 — 12),
3. Rejon Energetyczny Bielsk Podlaski (zadania 13 — 25)
4. Rejon Energetyczny Elk (zadania 26 — 34),
5. Rejon Energetyczny Suwałki (zadania 35 — 40),
6. Rejon Energetyczny Białystok Teren (zadania 41 — 50)

Zamawiający zgodnie z treścią ww. pkt B. 1 siwz traktował powyższe 50 zadań jako niezależne.

W opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do siwz, wskazano natomiast, że w zakres prac wchodzi wycinka drzew i krzewów wraz z podcięciem gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN z zachowaniem odległości pomiędzy gałęziami drzew, a przewodami linii elektroenergetycznych zgodnie z normami PN-EN 50423-1, PN-EN 50341-3-22:2010 oraz określono wymogi i warunki realizacji usługi.

Załącznik nr 1 do siwz jest tożsamy dla każdego z 50 zadań szczegółowo opisanych (nazwa linii SN lub nN, powierzchnia wycinki standardowej w m<sup>2</sup>, wycinka pojedynczych drzew w sztukach) w załączniku nr 10 do siwz.

Zgodnie z treścią siwz termin realizacji zamówienia dla wszystkich zadań przypadają od podpisania umowy do dnia 15 grudnia 2015 r.

Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na każde z 50 niezależnych zadań lub na wszystkie łącznie (por. pkt. 3.12. siwz).

Wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający ustalił dla każdego z 50 zadań odrębnie na podstawie cen rynkowych obowiązujących w roku 2013 i 2014, oraz na podstawie zakresu wycinki, szczegółowo opisanego we wniosku zakupowym z dnia 13 stycznia 2015 r., w którym to szacunkową wartość zamówienia stanowiącą łączną wartość poszczególnych części ustalił na poziomie 5.450.352,00 PLN (tj. 1.290.054,68 EUR). W wyjaśnieniach przekazanych do Urzędu wskazał, że przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na 50 odrębnych zamówień, których wartość została oszacowana niezależnie. Uściślił, iż analizę zakresów i celów, dla jakich przewidziano przedmiotowe postępowanie, dokonano w oparciu o wiedzę merytoryczną, wskazującą na różnorodność terenu, na którym zaplanowano wycinkę, odmienność techniczną linii, pod którymi i w pobliżu których należało przeprowadzić wycinkę oraz wynikającą z tego rodzaju odmienność — samoistność funkcji technicznych i gospodarczych przedmiotowych zamówień. Zamawiający uznał, iż każdy wyodrębniony odcinek linii SN i nN stanowi samodzielny i autogeniczny obiekt budowlany w rozumieniu art. 2 pkt 5d ustawy Pzp. Uznał, iż nie spoczywała na nim faktyczna ani prawna możliwość — w ramach wskazanego postępowania — do zsumowania wartości szacunkowych przedmiotowych 50 zadań albowiem w zaistniałej sytuacji dotyczyły one niezależnych i odrębnych obiektów budowlanych, wobec których nie zachodziły łącznie niezbędne kryteria tożsamości przedmiotowej, czasowej i podmiotowej. Zamawiający wobec powyższego uznał, iż nie był obowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp, bowiem wartość szacunkowa żadnego z poszczególnych zadań nie była równa lub nie przekraczała kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazał, że w rezultacie powyższego Zamawiający, bez zastosowania przepisów ustawy Pzp w okresie od 3 kwietnia 2015 r. do 20 maja 2015 r. udzielił zamówienia sektorowego w podziale na 50 zadań:

- a) w dniu 3 kwietnia 2015 r. w zakresie zadań nr 5-13, 16-18, 20-22, 24-40, 43, 46, 47 Wykonawcy „Elektro-Silver” W. B.,
- b) w dniu 13 kwietnia 2015 r. w zakresie zadań nr 14, 15, 19, 23, 42, 45 Wykonawcy A. K.,
- c) w dniu 14 kwietnia 2015 r. w zakresie zadań nr 2, 4 Wykonawcy ZWSE Białystok Sp. z o.o. oraz w zakresie zadań nr 44, 48, 49 Wykonawcy „SUCCESS” sp. z o.o.,
- d) w dniu 23 kwietnia 2015 r. w zakresie zadania nr 50 Wykonawcy SORBUS J.G.,
- e) w dniu 7 maja 2015 r. w zakresie zadania nr 3 Wykonawcy Zakład Produkcji Przymocowań F. M. H.,
- f) w dniu 19 maja 2015 r. w zakresie zadania nr 41 Wykonawcy SORBUS J. G.,
- g) w dniu 20 maja 2015 r. w zakresie zadań nr 1 Wykonawcy „Elektro-Silver” W.B..

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp obowiązującej w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, podstawą ustalenia wartości zamówienia było całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie mógł w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż 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, którego skutkiem jest uniknięcie stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Jak wskazał Prezes UZP powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych,

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

Prezes UZP wskazał, że w systemie zamówień publicznych obowiązuje zasada, że zamawiający powinien traktować jak jedno zamówienie takie zamówienia, w których zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę i gdy posiadają one podobne przeznaczenie tj. gdy usługi/dostawy mają zasadniczo te same lub podobne funkcje techniczne lub gospodarcze. Powyższe stanowisko nawiązuje do treści wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 października 2000 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). W wyroku tym ETS odniósł się zasadniczo do problematyki dzielenia zamówień na roboty budowlane, jednakże wprowadzona w wyroku przesłanka funkcjonalności technicznej i gospodarczej jako podstawowa przesłanka do oceny, czy dane roboty budowlane mieszczą się w zakresie jednego zamierzenia inwestycyjnego (a tym samym są jednym zamówieniem), zachowuje aktualność także na gruncie dostaw i usług.

Zatem, w ocenie Prezesa UZP, w przypadku potwierdzenia istnienia przesłanki przedmiotowej (zbieżności zakresu obowiązków takich zamówień), zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia i szacowania jego wartości, w stosunku do pełnego zamówienia na podstawie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie, obok związku funkcjonalnego pomiędzy takimi zamówieniami dodatkowe znaczenie ma również zaistnienie między nimi związku czasowego. Taki związek zachodzi, gdy funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Prezesa UZP, w celu stwierdzenia, czy wartość udzielonych zamówień przez zamawiającego należy zsumować łącznie (innymi słowy uznać za jedno zamówienie, choć udzielone w częściach), należy wziąć pod uwagę zaistnienie w konkretnych okolicznościach faktycznych następujących przesłanek:

- usługi mają takie same lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia,
- usługi są dostępne u jednego wykonawcy,
- usługi nabywane są w przewidywalnym czasie.

W przypadku zaistnienia ww. okoliczności, zamawiający jest uprawniony, zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, udzielić danego zamówienia w częściach w toku odrębnych postępowań, ale zobowiązany jest w każdym z tych postępowań stosować przepisy właściwe dla łącznej wartości wszystkich części.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na ustalony stan faktyczny sprawy, Prezesa UZP stwierdził, że w odniesieniu do pierwszej przesłanki, iż nie ulega wątpliwości, że wszystkie z zawartych umów obejmujących wycinkę drzew i krzewów wraz z podcinką gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok mają takie same lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia.

Treść opisu przedmiotu zamówienia każdej z usług wskazanych we wszystkich 50 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.

Jednocześnie Prezes UZP wskazał, że argument Zamawiającego, iż poszczególne usługi są świadczone na rzecz niezależnych obiektów budowlanych o odrębnych lokalizacjach, nie implikuje stwierdzenia, że są to umowy, które nie są tożsame rodzajowo, bowiem charakter świadczonej usługi pozostaje bez zmian z uwagi na odmienne lokalizacje. Ponadto, Prezes UZP zwrócił uwagę, iż konieczność świadczenia konkretnej usługi w zróżnicowanych lokalizacjach nie stanowiła przeszkody do udzielenia zamówienia jednemu Wykonawcy, w tym samym czasie i na ten sam okres (patrz 1 akapit str. 18). Prezes UZP wskazał na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, sygn. akt I SA/OI 366/17: „ W art. 3a) u.P.b, w brzmieniu obowiązującym od 17 lipca 2010 r., zdefiniowano obiekt liniowy jako obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz z zajezdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna [...], [...] budowlę określono w u.P.b jako obiekt budowlany stanowiący całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i przyłączami. Określenie „całość techniczno-użytkowa” odnosi się, jak wskazuje kolejność użytych słów, do budowli jako obiektu budowlanego, a nie do związku tego obiektu z urządzeniami i instalacjami. Całość techniczno-użytkową należy zatem rozumieć jako połączenie poszczególnych elementów w taki sposób, aby zgodnie z wymogami techniki nadawały się one do określonego użytku. Nie można przy tym wykluczyć, że każdy z tych elementów może być samodzielny, choć nie zawsze samodzielnie wykorzystywany będzie mógł służyć określonemu celowi. Obiektem budowlanym może zatem w zależności od konkretnego stanu faktycznego być budowla, budowla wraz z instalacjami i urządzeniami, a także traktowane jako jeden obiekt

budowlany różne budowle, pozostające w funkcjonalnym związku i tworzące w nim całość techniczno-użytkową”.

W ocenie Prezesa UZP, jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe było udzielenie tożsamego przedmiotowo zamówienia, które mogło być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem, bez względu na fakt, czy było ono realizowane w różnych lokalizacjach. Należy podnieść, że w pkt A. 3.12 SIWZ Zamawiający wskazał, iż Wykonawca może złożyć ofertę częściową, na każde z 50 niezależnych zadań lub wszystkie łącznie. Także przesłanka odnosząca się do możliwości realizacji zamówień u jednego Wykonawcy została spełniona. Jak wynika z dokumentacji postępowania wpłynęły dwie oferty obejmujące swym zakresem wszystkie 50 zadań, tj. oferta nr 1 Wykonawcy Usługi Leśnie i Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. oraz oferta nr 3 Wykonawcy W. B. ELEKTRO-SILVER, świadczy to o dostępności wykonania przedmiotowych usług u jednego Wykonawcy. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Zamawiający udzielił zamówień w znacznym zakresie jednemu z ww. Wykonawców, tj. W. B. ELEKTROSILVER w zakresie zadań 1, 5-13, 16-18, 20-22, 24-40, 43, 46, 47. Ich łączna szacunkowa wartość wynosiła 3 943 300 zł netto.

Dalej Prezes UZP wskazał, że podstawą do oceny czy przesłanka czasowa jest spełniona czy też nie, jest, co do zasady, przewidywalny czas realizacji danego świadczenia. Nie oznacza to, że konieczne jest udzielenie wszystkich zamówień cząstkowych w tym samym czasie. Ziszczenie się przesłanki występuje bowiem nie tylko w sytuacji, gdy zamówienia można udzielić jednocześnie, w tym samym czasie, ale także wtedy gdy do udzielenia zamówień dochodzi w przewidywalnej perspektywie czasowej, określonej specyfiką przedmiotu zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym umowy zostały zawarte w okresie od 3 kwietnia 2015 r. do 20 maja 2015 r. i wszystkie obowiązywały do dnia 15 grudnia 2015 r. spełniona została zatem także przesłanka odnosząca się do terminu realizacji świadczenia.

Prezes UZP wskazał, że z analizy okoliczności faktycznych sprawy wynika zatem, że ustalenie wartości zamówienia poprzez odrębne oszacowanie wartości 50 zadań na usługi w ramach postępowania LZA/5/2015 było sprzeczne z przepisami art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Zamówienia te spełniają bowiem wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. Jako, że są ze sobą tożsame i ich przeznaczenie jest takie samo mogą być wykonywane przez jednego Wykonawcę. W ocenie Prezesa UZP, w niniejszym stanie faktycznym, usługi były możliwe do przewidzenia w określonej perspektywie czasowej. Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że Zamawiający udzielając zamówienia na ww. usługi dokonał nieuprawnionego podziału zamówienia na części, w

sytuacji gdy wartość zamówienia stanowiła łączna wartość wszystkich 50 zadań, co prowadziło do naruszenia art. 32 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp.

Ad 2

Prezes UZP wskazał, że jak wynika z ustaleń opisanych w pkt 1 Zamawiający PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok udzielił przedmiotowego zamówienia z naruszeniem przepisów art. 32 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp poprzez oszacowanie wartości każdego z 50 zadań mających za przedmiot wycinkę drzew i krzewów wraz z podcinką gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok odrębnie, a w rezultacie udzielając zamówienia z pominięciem przepisów ustawy Pzp,

Zgodnie z zasadą legalizmu wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Treść art. 132 ustawy Pzp wskazuje, że zamówieniem sektorowym jest zamówienie udzielane przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej, wskazanych w omawianym przepisie. Z uwagi na ścisły związek przedmiotu zamówienia z prowadzoną przez Zamawiającego działalnością sektorową, dotyczącą obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie dystrybucji energii elektrycznej, stwierdzić należy, że niniejsze zamówienie udzielone zostało w celu prowadzenia działalności sektorowej. Jednocześnie, należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem art. 133 ust. 1 ustawy Pzp do udzielania zamówień zwanych „zamówieniami sektorowymi” stosuje się przepisy ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 134 ust. 1 ustawy Pzp, trybami udzielania zamówień sektorowych były przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem. Zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, w tym stosownie do art. 48 ust. 1 ustawy Pzp, zamówienia udzielane w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w myśl art. 40 ust. 3 ustawy Pzp przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a następnie jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Prezes UZP wskazał, że w datach zawarcia umów w ramach postępowania LZA/5/2015 wartością zamówienia, od której uzależniony był obowiązek stosowania ustawy Pzp przez Zamawiającego była, zgodnie z treścią Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2013 r.



poz. 1735), wyrażona w złotych równoważąc kwoty 414 000 euro, obliczona według kursu określonego w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U, poz. 1692), wynoszącego 4,2249. Obowiązek stosowania ustawy Pzp przez zamawiających sektorowych obejmował zatem zamówienia na usługi o wartości równej co najmniej 1 749 108,60 zł netto.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP wskazał, iż zamówienie — w podziale na 50 zadań — stanowiło zamówienie sektorowe, o którym mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Łączna wartość natomiast tego zamówienia zgodnie z ustaleniami Zamawiającego, które odzwierciedla wniosek zakupowy z dnia 13 stycznia 2015 r. wynosiła 5.450.352,00 PLN 1.290.054,68 EUR), a więc przekraczała próg zobowiązujący Zamawiającego do przeprowadzenia zamówienia na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów opisanych w art. 134 ust. 1 ustawy Pzp oraz do przekazania ogłoszenia dotyczącego ww. zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Reasumując, w ocenie Prezesa UZP, skutek zaniechania łącznego oszacowania wartości poszczególnych zamówień w okolicznościach faktycznych oraz prawnych sprawy, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 3 oraz art. 134 ust. 1 w zw. z art. 133 ust. 1 i art. 132 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 40 ust. 1 i 3 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 11 marca 2019 r. (data wpływu do Prezesa UZP) wniósł zastrzeżenie do informacji o wyniku kontroli i wskazał, że nie zgadza się z zarzutem naruszenia przepisów art. 32 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie łącznego oszacowania 50 zadań polegających na wycince drzew i krzewów wraz z podcinką gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok oraz, w konsekwencji naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp, naruszenia art. 7 ust. 3 oraz art. 134 ust. 1 w zw. z art. 133 ust. 1 i art. 132 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 40 ust. 1 i 3 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcom, którzy nie zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, stosownie do wartości zamówienia. Zamawiający wskazał, że zgodnie bowiem z brzmieniem art. 32 ust. 1 Pzp Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Celem ustalenia, czy w danych okolicznościach sprawy Zamawiający miał do czynienia z jednym czy też z odrębnymi zamówieniami, niezbędnym było posłużenie się kryteriami oceny tożsamości rodzajowej (tożsamość rodzaju zamówienia), tożsamości czasowej (rozumianej jako możliwość wykonania zamówienia przez jednego Wykonawcę w tym samym czasie) oraz tożsamości

podmiotowej (tj. możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę). Wskazania przy tym wymaga fakt, iż warunkiem potraktowania zamówienia jako jednego jest każdorazowo konieczność zaistnienia wszystkich wyżej wymienionych przestanków łącznie.

Zamawiający wskazał, że w ramach postępowania LZA/5/2015, obejmującego swoim przedmiotem wycinkę drzew i krzewów wraz z podcinką gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, udzielono 50 niezależnych zamówień. Za brakiem tożsamości przedmiotowej ww. zamówień przemawia fakt, iż gruntowna i precyzyjna analiza zakresów i celów, dla jakich przewidziano podmiotowe postępowania, dokonana w oparciu o wiedzę merytoryczną, wskazuje jednoznacznie na różnorodność terenu, na którym zaplanowano wycinkę, odmienność techniczną linii, pod którymi i w pobliżu których należało przeprowadzić wycinkę oraz wynikającą z tego rodzaju odmienności — samoistność funkcji technicznych i gospodarczych przedmiotowych zamówień. Powyższe potwierdza również, że każdy wyodrębniony odcinek linii SN i nN stanowi samodzielny i autogeniczny obiekt budowlany. Powyższe zastrzeżenie Zamawiającego znajduje oparcie w wyroku Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 14 września 2004 r. (UZP/ZO/O-1460/04) oraz w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 22 października 2001 r. (GKO/Odw.-144/212/2001). Zamawiający wskazał, że oba organy orzekające nie miały wątpliwości, że zamówienie publiczne można przeprowadzić odrębnie na każdy obiekt budowlany, oraz że zamawiający ma prawo udzielić zamówienia na każdy obiekt budowlany, a takie postępowanie zamawiającego nie może być uznane za dzielenie zamówienia w celu uniknięcia stosowania ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego nie można również pominąć, że istotne z punktu widzenia kryterium tożsamości przedmiotowej jest również możliwość wyodrębniania obiektów budowlanych w oparciu o pozwolenia na budowę, co oznacza, że pozwolenie na budowę niezależnie od tego, czy dotyczy całego zamierzenia budowlanego, czy tylko wybranego obiektu (zespołu obiektów), zawsze będzie przesądzać o samodzielności funkcjonalnej obiektu, co zostało wyrażone przez w/w organy.

W ocenie Zamawiającego z powyższego wynika możliwość dokonania odrębnych zamówień odnośnie obiektów budowlanych posiadających odrębne pozwolenia na budowę, co też miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym (podkreślić należy, że pozwolenie na budowę wydaje organ właściwy dla miejsca położenia obiektu).

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że na gruncie polskiego prawa cywilnego, ugruntowała się wykładnia, zgodnie z którą tzw. sieć, z jurydycznego punktu widzenia, jest zbiorem rzeczy ruchomych, przy czym zbiór ten stanowią urządzenia oraz instalacje (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2006 r., sygn. III CZP 105/05, OSCN Nr 10/2006, poz. 159). Urządzenia uznawane przy tym są za samodzielne rzeczy ruchome,

które mogą być odrębnym przedmiotem własności i tym samym odrębnym przedmiotem obrotu. Ten status samodzielnych rzeczy ruchomych urządzenia zachowują, gdy „wchodzą w skład przedsiębiorstwa”, tzn. gdy przez fizyczne połączenie w sposób trwały z siecią, przestają być częścią składową nieruchomości. Niniejsze stanowisko zostało podzielone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 5 października 2000r. w sprawie 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, tożsamość podmiotowa, gospodarcze i techniczne przeznaczenie zamówienia (LEX nr 83004). W wyroku tym Europejski Trybunał Sprawiedliwości (aktualnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) odwołał się do samoistności funkcji gospodarczej lub technicznej przedmiotu zamówienia wywodząc, iż ocena czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które ten przedmiot będzie spełniał. Niewątpliwie z technologicznego punktu widzenia każdy odcinek linii energetycznej pełni samodzielną funkcję techniczną polegającą na przesyłaniu energii elektrycznej. W słupach przelotowych napowietrznych linii elektroenergetycznych znajdują się bowiem obiekty techniczne, które pozwalają na realizację ich funkcji technicznej. Zgodnie z wyrokami ETS (C-16/98 i C-220/05) należy każdorazowo badać, czy dany obiekt może realizować funkcję transportową w oderwaniu od innych linii elektroenergetycznych, co ma miejsce w kontrolowanej sprawie.

W ocenie Zamawiającego o braku tożsamości przedmiotowej przesądza również fakt, że każde z zamówień obejmowało inny Rejon Energetyczny PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok (zgonie z wykazem stacji stanowiącym Załącznik nr 10 do SIWZ). Wobec każdej z wymienionych w ww. załączniku inwestycji zawarto odrębne umowy, z uwagi na zróżnicowany przedmiot i miejsce realizacji zamówienia (wycinka przewidziana została na zmiennych i niejednorodnych obszarach geograficznych, odległych od siebie terytorialnie, charakteryzujących się dyferencjalnym ukształtowaniem, pod liniami energetycznymi o zróżnicowanym napięciu, których eksploatacja i zarząd zostały powierzone pod niezależne gospodarczo i wyodrębnione administracyjnie Rejony Energetyczne Oddziału Białystok), co w konsekwencji wpływało na brak jednolitości sposobu realizacji, ale także terminu jego wykonania. Również, co do zasady, środki finansowe przeznaczone na usługę wycinki w danym Rejonie Energetycznym Oddziału PGE Dystrybucja S.A. uzależnione są od specyfiki Rejonu, długości sieci napowietrznej zalesionej, potrzeb określonych po przeprowadzeniu oględzin i oceny stanu technicznego oraz analizy awaryjności, które z całą pewnością różnią się w zależności od konkretnego Rejonu Energetycznego.

Zamawiający podkreślił, że na odległość terytorialną przedmiotu zamówień, jako okoliczności wyłączającej możliwość uznania, iż dane zamówienie zostało sztucznie podzielone na części w celu ominięcia stosowania ustawy Pzp, zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 21 października 2010 r. (KIO/KD 73/10), jak i Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 28.04.2010 r., sygn. V SA/Wa 2555/10. Okoliczności te przemawiają za odrębnością i niezależnością poszczególnych zamówień objętych niniejszym postępowaniem. Zamawiający wskazał, że w przywołanych orzeczeniach zaznaczono, że fakt, iż każde z wymienionych zamówień dotyczyło dróg położonych w tej samej Gminie, nie przemawia za uznaniem ich jednorodnej funkcji technicznej i gospodarczej. Byłoby to bowiem zbyt daleko idące uproszczenie, jak również prowadziłoby do zniekształcenia istoty pojęcia „zamówienia”, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak i unijnego. Podobne stanowisko zajął z wyroku z dnia 14 września 2004 r. UZP/ZO/O-1460/04 Zespołu Arbitrów przy UZP.

Zamawiający wskazał, że celem zweryfikowania, czy przedmiotowe zamówienia stanowią usługi tego samego rodzaju, oparto się na wykładni dokonanej przez specjalistów z tej dziedziny. W doktrynie wskazuje się, że nie można w tym przypadku opierać się tylko na klasyfikacji CPV, chociaż może być ona pomocną, ale bardziej przy sporządzeniu uzasadnienia a niżeli przy podejmowaniu decyzji. Jak wskazuje J. Pieróg „Zwrócić jednak należy uwagę na użycie w przepisie wyrazu „tego”, a nie „takiego” samego rodzaju. Pozwala to na interpretację, że sumuje się usługi i dostawy identyczne, takie same, natomiast sumowaniu nie podlegają takie dostawy i usługi, które są tylko podobne” (J. Pieróg, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2013, s. 177).

W ocenie Zamawiającego mając na względzie powyższe, usługa wycinki objęta przedmiotem zamówień zmierzała zatem do realizacji różnych funkcji techniczno-użytkowych linii SN i nN, tym samym inne było funkcjonalne znaczenie usług będących przedmiotem zamówień. Nie można w niniejszym wypadku pominąć również aspektu braku kryterium tożsamości podmiotowej rzeczonych zamówień ze względu na osobę Wykonawcy, który w danych okolicznościach był nierozzerwalnie związany z kryterium tożsamości czasu. Zgodnie z treścią SIWZ i Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w toku realizacji zamówienia posiadał uprawnienia techniczno-merytoryczne do wykonania wycinki w różnym terenie. Wykonawca zatem ubiegający się o udzielenie zamówienia na wykonanie wycinki na bagnistym i podmokłym terenie okolic Ełku, czy pagórkowatym rejonie Suwalszczyzny, w praktyce może nie spełniać wymagań do realizacji tej usługi również na odcinkach puszczańskich w pobliżu Hajnówki. Zamawiający wskazał, że Urząd Zamówień Publicznych w opinii Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej wyjaśniał, iż „w przypadku

wątpliwości czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem wymagającym odrębnego szacowania czy też wieloma (...) konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę”. Również zdaniem W. Dzierżanowskiego pomocne w ocenie omawianej kwestii jest odniesienie się do doktryny prawa brytyjskiego, zgodnie z którą zamówieniem tego samego rodzaju będzie to zamówienie, które bez żadnego trudu może zrealizować ten sam wykonawca, a wykonawców tych jest nieograniczony krąg (S. Wikariak, Szacowanie łącznej wartości wymaga logiki, Rzeczpospolita).

W ocenie Zamawiającego rozważenie dotychczasowych postępowań daje jasny i jednoznaczny ogląd, iż na rynku istnieje wyłącznie ściśle określona i wąska grupa wykonawców, rekrutujących się spośród sektora mikro i małych przedsiębiorstw, zdolnych do wykonania rzeczony wycinki per se. Jednocześnie często są to wykonawcy specjalizujący się także w zakresie innych dziedzin gospodarki z branży energetycznej, a zatem w określonej przestrzeni czasowej często realizują kontrakty również na inne przedmioty zamówień. Zarazem nie jest tajemnicą, iż faktycznie są to wykonawcy w istocie niedysponujący dostatecznym i wyczerpującym potencjałem osobowym i technicznym, aby realnie było możliwe wykonanie przez wyłącznie jednego z nich wszystkich przewidzianych w danym postępowaniu wycinek zaplanowanych na terenie dwóch de facto województw - jednocześnie. I tak było właśnie w postępowaniu LZA/5/2015, gdzie wykonawca, który złożył oferty na każde z 50 zadań, nie był w stanie samodzielnie zrealizować zadań, w ramach których został wyłoniony jako najkorzystniejszy. Połączenie zamówień w jedno mogłoby ponadto spowodować wstrzymanie wykonawstwa na poszczególnych obszarach, co istotnie wpłynęłoby na opóźnienia w realizacji zamówienia. W najlepszym wypadku doprowadziłoby do niewątpliwych zaległości w finalizacji umów obejmujących swym zakresem inny przedmiot zamówień, co przyczyniłoby się do powstania szkody po stronie Zamawiającego. Tym samym nie można uznać, że zamówienia te mogły być symultanicznie realizowane przez jednego wykonawcę.

Zamawiający tytułem przykładu wskazał, iż możliwość realizacji zamówienia na części terenów jest zróżnicowana także pod względem uwarunkowań atmosferycznych na nich panujących. Z praktycznego punktu widzenia bowiem wysoce trudnym, a wręcz niemożliwym jest wykonywanie wycinki na podmokłym i bagnistym terenie o innej porze roku, aniżeli zimą, kiedy grunt jest dostatecznie zamrożony, by mógł poruszać się po nim specjalistyczny sprzęt. Dodatkowo niezależnie od ukształtowania terenu każdorazowo należy dokonać oględzin celem stwierdzenia występowania obecności gatunków chronionych w obrębie zadrzewień. W przypadku bowiem stwierdzenia takich gatunków konieczne jest uzyskanie zezwolenia na wykonanie czynności podlegających zakazom, o których mowa w art. 51 ust.

1 i w art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 2134 z późn. zm.). Dodatkowo należy przestrzegać zakazów i ograniczeń wynikających z przepisów ogólnych, w szczególności zakazu niszczenia gniazd i schronień dziko występujących zwierząt objętych ochroną. Zatem stosowne decyzje udzielające zgody na wykonanie wycinki, mogą być wydawane odmiennie dla każdego obszaru, zawsze zaś są rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności konkretnego przypadku.

W ocenie Zamawiającego o braku tożsamości podmiotowej i czasowej udzielonych zamówień świadczą również zapisy wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ Wykonawca każdorazowo, w przypadku każdego zamówienia, zobowiązany był do uzyskania niezbędnych zgód, decyzji lub zezwoleń na wykonanie wycinki oraz uzyskanie zgód od właścicieli działek na wejście na teren i dokonanie wycinki. Rejony Energetyczne PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok rozlokowane są na odrębnych administracyjnie i geograficznie terenach. W oparciu o analizę zakresów i celów, dla jakich przewidziano przedmiotowe postępowanie należy zauważyć przede wszystkim, że w efekcie potraktowania zamówienia jako jednego, nie istniałaby żadna realna możliwość jego terminowej i efektywnej realizacji przez jednego wykonawcę w tym samym czasie. W tym zakresie Zamawiający dopuściłby się sprzecznego z przepisami prawa stanu niemożności pierwotnej świadczenia, uregulowanej w treści art. 387 KC statuującego zasadę „impossibilium nulla obligatio est”, zgodnie z którą umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Niemożliwość świadczenia jest obiektywnym i trwałym stanem, w którym dłużnik nie może spełnić świadczenia. Obiektywny charakter tego stanu zachodzi wówczas, gdy nie tylko dłużnik w danym stosunku zobowiązaniowym, ale w ogóle żaden dłużnik nie może spełnić określonego świadczenia. Trwałość tego stanu polega zaś na tym, że nie jest on przejściowy, a zatem nie da się wskazać prawdopodobnej chwili jego ustania. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia. W niniejszym wypadku, w ocenie Zamawiającego, ponad wszelką wątpliwość brak było możliwości udzielenia jednego zamówienia, celem jego realizacji w tym samym czasie przez jednego Wykonawcę, szczególnie przy uwzględnieniu kryterium samodzielności technicznej i gospodarczej każdego z poszczególnych zamówień. Odmienne działanie byłoby nieuzasadnione, sprzeczne z wykładnią celowościową ustawy Pzp, a także z wykładnią wspólnotową, w tym ukształtowaną na gruncie bogatego w tym przedmiocie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE.

Zamawiający wskazał ponadto, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 2 pkt 13) Pzp poprzez pojęcie „zamówienia publicznego” należy rozumieć „umowę odpłatną zawieraną

między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”. Mając na uwadze powyższą definicję należy stanąć na stanowisku, że zgodnie z intencją ustawodawcy udzielenie zamówień winno nastąpić poprzez zawarcie odrębnych umów odpłatnych między zamawiającym a wykonawcami, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zamawiającym zaś, w rozumieniu art. 2 pkt 12 Pzp jest tylko taki podmiot, który jest „obowiązany do stosowania ustawy”. Wnioskując zatem a contrario z art. 133 ust. 1 Pzp i w oparciu o powyższe względy należało uznać, że w analizowanej sprawie PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok nie miało obowiązku stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (w oparciu o obowiązujący wówczas tekst jednolity Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), bowiem wartość szacunkowa żadnego z poszczególnych zamówień nie przekraczała tzw. progów unijnych, określonych przepisami § 1 pkt 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2013 r. poz. 1735) w zw. z §1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 1692).

Zamawiający wskazał, że zgodnie z wykładnią językową, przepis art. 32 ust. 2 Pzp stanowi o dzieleniu, czyli wyodrębnianiu z jakiejś całości mniejszych części na zasadzie przeciwieństwa sumowania. Natomiast art. 32 ust. 4 Pzp ustawodawca nakazuje wprowadzić sumowanie wartości (łączenie), ale tylko w określonej sytuacji - w przypadku udzielania zamówienia w częściach lub dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych. Tymczasem w omawianym wypadku Zamawiający udzielił niezależnych od siebie 50 zróżnicowanych zamówień, nie zaś podziału jednego zamówienia na mniejsze części. Jednocześnie z wykładni językowej i systemowej treści art. 32 ust. 2 i ust. 4 Pzp, jak również przy uwzględnieniu zasad logiki - nie sposób wyinterpretować takiej normy prawnej, która prowadziłaby do wniosku, iż zakaz dzielenia zamówień oznacza obowiązek ich sumowania. W ocenie Zamawiającego nakaz ten jest wprowadzić wyrażony w treści art. 34 ust. 1 Pzp, lecz ten przepis nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. Z drugiej zaś strony przepis art. 32 ust. 2 Pzp co do zasady nie zakazuje dzielenia zamówień, lecz zakazuje podziału w celu niestosowania przepisów ustawy.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że ustawową dyspozycję art. 32 ust. 2 ustawy Pzp narusza nie każdy podział zamówienia na części, a jedynie taki podział, który dokonuje się w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zamówień publicznych. Omawiany zakaz narusza tym samym ten zamawiający, który świadomie dzieli zamówienie na części z zamiarem ominięcia przepisów ustawy. W ocenie Zamawiającego tego aspektu nie

uwzględnił kontrolujący dokonując ustaleń i oceny w rozpatrywanej sprawie. Z uzasadnienia informacji o wynikach kontroli doraźnej nie wynika, aby kontrolujący analizował okoliczność, czy celem udzielenia odrębnych zamówień był bezpośredni zamiar uniknięcia stosowania ustawy. Poprzestał na ustaleniu skutku, bez wyjaśnienia czy działanie strony zmierzało do świadomego obejścia ustawy. Takie zaś działanie jest nieprawidłowe (vide: wyrok NSA z dn. 19 kwietnia 2018 r., II GSK 324/18). Niestosowanie przepisów ustawy Pzp musi więc być objęte przesłanką warunkującą konieczność wyodrębnienia zamiaru zamawiającego, co oznacza, że czynnościom podejmowanym przez Zamawiającego można przypisać charakter umyślny oraz ukierunkowanie na niestosowanie przepisów Pzp. W konsekwencji powyższego można zatem przyjąć, iż ewentualny podział zamówienia dokonany bez konkretnego celu albo w innym celu - nie jest objęty normą art. 32 ust. 2 Pzp, zatem prowadzi to do wniosku, że jest dozwolony.

W ocenie Zamawiającego mając na uwadze powyższe względy, ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny i prawny wskazywał na brak spełnienia łącznie kryterium tożsamości przedmiotowej, podmiotowej i czasowej poszczególnych zamówień, co uzasadniało ich potraktowanie jako autonomicznych zamówień. Jak wynika z przedstawionego uzasadnienia zarzutów do informacji o wynikach kontroli doraźnej, Zamawiający ma prawo udzielić odrębnego zamówienia na każdy obiekt budowlany. Takie postępowanie Zamawiającego nie może być uznane za dzielenie zamówienia w celu omięcia stosowania przepisów ustawy - Prawo zamówień publiczny.

Prezes Urzędu w piśmie z dnia 21 marca 2019 r. nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli.

Ponadto Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach przedstawił w większości argumenty, które były już analizowane przez Urząd w toku postępowania wyjaśniającego, a następnie kontroli doraźnej. Jednocześnie Prezes UZP wskazał, iż Urząd Zamówień Publicznych odniósł się do argumentów i wyjaśnień Zamawiającego, składanych w toku postępowania wyjaśniającego, w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej, w tym w sposób wyczerpujący uzasadnił spełnienie przesłanki tożsamości przedmiotowej, czasowej oraz podmiotowej w niniejszej sprawie, przesądzających o konieczności łącznego oszacowania przedmiotowych 50 zadań.

W toku kontroli doraźnej ustalono bowiem, w nawiązaniu do przesłanki tożsamości przedmiotowej, iż nie ulega wątpliwości, że wszystkie z zawartych umów obejmujących wycinkę drzew i krzewów wraz z podcinką gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok miało takie samo lub podobne przeznaczenie i były nabywane w celu realizacji z



góry przyjętego zamierzenia. Treść opisu przedmiotu zamówienia każdej z usług wskazanych we wszystkich 50 zadaniach był zbieżny pod kątem zakresu i rodzaju prac. Okoliczność, iż opisy przedmiotu zamówienia były zbieżne ze sobą, przesądzał iż nie odznaczały się one odmiennym i zróżnicowanym charakterem.

Jednocześnie, Prezes UZP wskazał, że argument Zamawiającego, iż poszczególne usługi 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, Prezes UZP zwrócił uwagę, iż konieczność świadczenia konkretnej usługi w zróżnicowanych lokalizacjach nie stanowiła przeszkody do ewentualnego udzielenia zamówienia jednemu Wykonawcy, w tym samym czasie i na ten sam okres, za czym przemawia fakt, iż Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na niektóre zadania lub na wszystkie zadania łącznie.

Odnosząc się natomiast do argumentu Zamawiającego odwołującego się do samoistności linii energetycznych, w otoczeniu których miano wykonywać wycinkę drzew krzewów, Prezes UZP wskazał, iż wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 października 2000 r. w sprawie Komisji Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-1 6/98) odnosi się zasadniczo do problematyki dzielenia zamówień na roboty budowlane. Przedmiotowe zamówienie udzielone w częściach miało natomiast za przedmiot usługi wycinki drzew i krzewów niezwiązanej z procesem inwestycyjnym. Zatem wyrok ten jako odnoszący się do problematyki obiektów budowlanych może służyć jedynie jako wskazówka interpretacyjna.

Dalej Prezes UZP wskazał, że w wyroku o sygn. akt I SA/OI 366/17 Wojewódzki Sąd Administracyjny orzekł, iż: „ W art. 3a) u.P.b, w brzmieniu obowiązującym od 17 lipca 2010 r., zdefiniowano obiekt liniowy jako obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz z zajazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna [...] budowlę określono w u.P.b jako obiekt budowlany stanowiący całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i przyłączami. Określenie „całość techniczno-użytkowa” odnosi się, jak wskazuje kolejność użytych słów, do budowli jako obiektu budowlanego, a nie do związku tego obiektu z urządzeniami i instalacjami. Całość techniczno-użytkową należy zatem rozumieć jako połączenie poszczególnych elementów w taki sposób, aby zgodnie z wymogami techniki nadawały się one do określonego użytku. Nie można przy tym wykluczyć, że każdy z tych elementów może być samodzielnym obiektem, choć nie zawsze samodzielnie wykorzystywany będzie mógł służyć określonej celowi. Obiektem budowlanym może zatem w zależności od konkretnego stanu faktycznego być budowla, budowla wraz z

instalacjami i urządzeniami, a także traktowane jako jeden obiekt budowlany różne budowle, pozostające w funkcjonalnym związku i tworzące w nim całość techniczno-użytkową”

W ocenie Prezesa Urzędu nie można podzielić argumentacji Zamawiającego co do samoistnego charakteru przedmiotu zamówienia pod względem technicznym dla każdej linii z uwagi na ich potencjalną samodzielność techniczną jak i dotyczącej odrębności każdej z nich, albowiem o istnieniu odrębnych obiektów budowlanych nie może decydować fakt różnych podmiotów odpowiedzialnych za sieci zasilania elektrycznego, ponieważ sieci te mogą być wzajemnie łączone i jako całość spełniać jedną funkcję gospodarczą i techniczną. W ocenie Prezesa UZP nie można również uznać, że przywołane przez Zamawiającego pozwolenia na budowę umożliwiają mu traktowanie każdego z zamówień jako zamówienia odrębnego, nie podlegającego łącznemu szacowaniu, ponieważ decyzje organów administracji budowlanej, w tym pozwolenia, jako niezbędne dla realizacji inwestycji nie decydują o zdolności danego obiektu do pełnienia przeznaczonych funkcji, jak i czy wartość danego zamówienia podlega łącznemu czy rozłącznemu oszacowaniu, zatem nie mają kluczowego znaczenia dla procedury dotyczącej udzielania zamówienia publicznego mającego za przedmiot wycinkę drzew i krzewów w ich otoczeniu.

Jak wskazano w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, jeżeli w tym samym czasie możliwe było udzielenie tożsamego przedmiotowo zamówienia, które mogło być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem, bez względu na fakt, czy było ono realizowane w różnych lokalizacjach. Należy podnieść, że w pkt A. 3.12 SIWZ Zamawiający wskazał, iż Wykonawca może złożyć ofertę częściową, na każde z 50 niezależnych zadań lub wszystkie łącznie.

W ocenie Prezesa UZP także przesłanka odnosząca się do możliwości realizacji zamówień u jednego Wykonawcy została spełniona. Jak wynika z dokumentacji postępowania wpłynęły dwie oferty obejmujące swym zakresem wszystkie 50 zadań, tj. oferta nr 1 Wykonawcy Usługi Leśnie i Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. oraz oferta nr 3 Wykonawcy W. B.ELEKTRO-SILVER, co świadczy o dostępności wykonania przedmiotowych usług u jednego Wykonawcy. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Zamawiający udzielił zamówień w znacznym zakresie jednemu z ww. Wykonawców, tj. W. B. ELEKTROSILVER.

1	Elektro-Silver” W.B.(oferta nr 3)	1, 5-13, 16-18, 20-22, 24-40, 43, 46, 47	3 943 300 zł netto
2	Adam K. (oferta nr 2)	14, 15, 19, 23, 42, 45	835 100 zł netto
3	“SUCCESS” sp. z o.o. (oferta nr 11)	44, 48, 49	249 500 zł netto
4	SORBUS J.G. (oferta nr 15)	41, 50	232 750 zł netto

5	ZWSE Białystok Sp. z o.o. (oferta nr 7)	150 000 zł netto
6	Zakład Produkcji Przyczep Towarowych F. M. H.(oferta nr 16)	339 702 zł netto

Suma: 5 450 352 zł netto

W ocenie Prezesa UZP podstawą do oceny czy przesłanka czasowa jest spełniona czy też nie, jest, co do zasady, przewidywalny czas realizacji danego świadczenia. Nie oznacza to, że konieczne jest udzielenie wszystkich zamówień cząstkowych w tym samym czasie. Ziszczenie się przesłanki występuje bowiem nie tylko w sytuacji gdy zamówienia można udzielić jednocześnie, w tym samym czasie, ale także wtedy gdy do udzielenia zamówień dochodzi w przewidywalnej perspektywie czasowej, określonej specyfiką przedmiotu zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym umowy zostały zawarte w okresie od dnia 3 kwietnia 2015 r. do dnia 20 maja 2015 r. i wszystkie obowiązywały do dnia 15 grudnia 2015 r. spełniona została zatem także przesłanka odnosząca się do terminu realizacji świadczenia.

W ocenie Prezesa UZP z analizy okoliczności faktycznych sprawy wynikało zatem, że ustalenie wartości zamówienia poprzez odrębne oszacowanie wartości 50 zadań na usługi w ramach postępowania LZA/5/2015 było sprzeczne z przepisami art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Zamówienia te spełniały bowiem wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości.

Biorąc zatem powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 lutego 2019 r., że działanie Zamawiającego, polegające na zaniechaniu łącznego oszacowania 50 zadań polegających na wycince drzew i krzewów wraz z podcinką gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, stanowiło naruszenie art. 32 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Prezes UZP wskazał, że ustawa Pzp nie odnosi się do koncepcji winy w kontekście przepisu art. 32 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wskazano bowiem w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, Zamawiający powinien traktować jako jedno zamówienie, zamówienia, które mogą być realizowane przez jednego wykonawcę, gdy posiadają one podobne przeznaczenie, tj. gdy usługi mają zasadniczo te same lub podobne funkcje techniczne lub służą podobnemu celowi oraz wówczas gdy nabywane są w przewidywalnym z góry okresie. Tym samym, w ocenie Prezesa UZP, za nieuzasadniony należy uznać zarzut Zamawiającego dotyczący zaniechania wykazania przez Prezesa Urzędu winy umyślnej z zamiarem bezpośrednim po stronie Zamawiającego w kontekście stwierdzonego w punkcie 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 32 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże, podkreślić należy, iż w ocenie Prezesa Urzędu, całokształt okoliczności przedmiotowej sprawy, a w szczególności wnioski zakupowe z dnia 13 stycznia

2015 r., uwzględniający łączną szacunkową wartość zamówienia, wskazuje, że Zamawiający musiał być świadomy uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia, o którym mowa w pkt 2, Prezes UZP wskazał, że Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, w odniesieniu do naruszenia stwierdzonego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej przedstawił ponownie argumenty, które były już analizowane przez Urząd w toku postępowania wyjaśniającego, a następnie kontroli doraźnej, tj. Zamawiający mając na względzie przepisy art. 2 pkt 13), art. 2 pkt 12, art. 133 ust. 1 ustawy Pzp nie był obowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z ustaleń opisanych w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej Zamawiający PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok udzielił przedmiotowego zamówienia z naruszeniem przepisów art. 32 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp poprzez oszacowanie wartości każdego z 50 zadań mających za przedmiot wycinkę drzew i krzewów wraz z podcinką gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN na terenie działalności PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok odrębnie, a w rezultacie udzielając zamówienia z pominięciem przepisów ustawy Pzp.

W pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu wskazał, że podtrzymuje stanowisko zawarte w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 lutego 2019 r., że działanie Zamawiającego, polegające na udzieleniu zamówienia publicznego Wykonawcom, którzy nie zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów podstawowych wszczynanych poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, stosowanie do wartości zamówienia, stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3 oraz art. 134 ust. 1 w zw. z art. 133 ust. 1 i art. 132 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 40 ust. 1 i 3 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp.

***Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:***

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko i argumentację Prezesa Urzędu i przyjmuje je za własne.

Ad. 1

Nie powielając szczegółowej argumentacji przedstawionej przez Prezesa Urzędu w informacji o wyniku kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia, tytułem uzupełnienia i podsumowania Izba wskazuje na kilka poniższych kwestii:

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp obowiązującej w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, podstawą ustalenia wartości zamówienia było całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie mógł w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż 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, którego skutkiem jest uniknięcie stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

W celu ustalenia czy w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z jednym czy też z odrębnymi zamówieniami, niezbędnym było posłużenie się kryteriami oceny tożsamości rodzajowej (tożsamość rodzaju zamówienia), tożsamości czasowej (rozumianej jako możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę w tym samym czasie) oraz tożsamości podmiotowej (tj. możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę). Wskazania przy tym wymaga fakt, iż warunkiem potraktowania zamówienia jako jednego jest każdorazowo konieczność zaistnienia wszystkich wyżej wymienionych przestanków łącznie. Przy ocenie, czy dokonano zakazanego podziału zamówienia na części, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, takie jak przewidywalność udzielenia zamówienia, jego rodzaj, właściwości świadczeń, jakie mają być treścią umowy oraz inne elementy charakterystyczne dla przedmiotu zamówienia (wyrok NSA z 19 marca 2014 sygn. akt II GSK 52/13).

Zgodzić się należy z Presem UZP, że o tożsamość rodzaju zamówienia można mówić w sytuacji, gdy usługi mają takie same lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia. Przywołać w tym zakresie należy na wyrok TSUE z dnia 29 maja 2013 r w sprawie „Królestwo Hiszpanii przeciwko Komisji Europejskiej” (T-384/10), w którym Trybunał jednoznacznie wskazał, że jeżeli poszczególne części zamówienia pełnią tę samą rolę gospodarczą lub techniczną, należy łącznie szacować wartość zamówienia i stosować w postępowaniu odpowiednie przepis. 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 (...). Wnioski Trybunału co prawda odnoszą się do robót budowlanych, nie ulega jednakże w ocenie Izby wątpliwości, że pozostają aktualne również w stosunku do dostaw i usług.

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym w 50 zadaniach wyodrębnionych przez Zamawiającego mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia spełniającym taką samą rolę gospodarczą techniczną. Wniosek taki wywieść należy z treści dokumentacji postępowania jaką przygotował sam Zamawiający dla poszczególnych zadań. Celem gospodarczym tych zadań było wyeliminowanie głównych przyczyn awarii sieci napowietrznej, utrzymanie instalacji w należyłym stanie technicznym oraz zapewnianie ciągłości dystrybucji energii elektrycznej w 6 Rejonach Energetycznych, co sam Zamawiający wskazał w treści SIWZ dla każdego z 50 zadań. Również załącznik nr 1 do SIWZ jest tożsamy dla każdego z 50 zadań szczegółowo opisanych (nazwa linii SN lub nN, powierzchnia wycinki standardowej w rn2, wycinka pojedynczych drzew w sztukach) w załączniku nr 10. Każde z 50 zadań obejmowało swoim zakresem wycinkę drzew i krzewów wraz z podcięciem gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych SN i nN z zachowaniem odległości pomiędzy gałęziami drzew, a przewodami linii elektroenergetycznych zgodnie z normami PN-EN 50423-1, PN-EN 50341-3-22:2010. W ocenie Izby z przywołanych zapisów jakie wprowadził Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie sposób wywieść, iż charakteryzują się one odrębnością gospodarczą. Celem każdego z tych zadań była realizacja tego samego celu gospodarczego, w sposób oczywisty i jednoznaczny wskazanego w treści SIWZ. Wskazać ponadto należy, że twierdzenia Zamawiającego o specyficznych uwarunkowaniach geograficznych niektórych regionów objętych przedmiotem zamówienia i technicznych wymagań związanych z realizacją zamówienia, które miałyby świadczyć o braku jednorodności przedmiotu zamówienia nie znajdują odzwierciedlenia w SIWZ. Zamawiający bowiem dla wszystkich 50 zadań wprowadził jednakowy opis zamówienia, jednakowe wymagania co do sposobu realizacji, jednakowe zakres wymagane doświadczenia, jednakowy wzór umowy. Izba nie odnalazła jakichkolwiek zapisów, które potwierdzałyby twierdzenia Zamawiającego o rzekomych istotnych uwarunkowaniach obszarów realizacji zamówienia, które podważałyby tezę o jednorodności przedmiotu zamówienia.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż z uwagi na odmiennosc lokalizacji poszczególnych zadań nie można mówić o jedności przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby o odmiennosci celu gospodarczego poszczególnych zadań nie może świadczyć wyłącznie okolicznosc, iż są one realizowane w odmiennych lokalizacjach. To cel realizacji danego przedsięwzięcia gospodarczego decyduje o tym czy w danych okolicznosciach faktycznym możemy mówić o jedności rodzajowej przedmiotu zamówienia, nie zaś miejsce

ich realizacji. Wskazać również należy, że Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił w treści złożonych zastrzeżeń w jaki sposób rzekoma odmienność techniczna linii przekłada się na sposób realizacji zamówienia tj. na wycinkę drzew i podcięcie gałęzi.

Podkreślić należy, że zamawiający może z określonych względów zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający przeprowadził jedno postępowanie na 50 odrębnych zadań, jednakże wbrew art. 32 ust.4 ustawy Pzp dokonał odrębnego oszacowania wartości każdego zadania i uniknął w ten sposób zastosowania reżimu ustawy Pzp.

Kolejną przesłanką jaka podlega analizie w kontekście podziału zamówienia jest tożsamość czasowa, która oznacza możliwość udzielenia zamówienia w tym samym czasie lub możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie. Wskazówki praktyczne stosowania tej przesłanki także pojawiają się w orzecznictwie TSUE. W omawianym powyżej wyroku T-384/10 wskazano, że istniało „ewidentne powiązanie czasowe” między udzieleniem poszczególnych zamówień dotyczących tego samego projektu i przypomniano, że „zgodnie z orzecznictwem jednoczesność zainicjowania spornych zamówień, podobieństwo ogłoszeń o zamówieniu, tożsamość obszaru geograficznego, na którym zamówienia zostały zainicjowane, oraz tożsamość podmiotu udzielającego zamówień stanowią dodatkowe przesłanki przemawiające za uznaniem, że odrębne zamówienia na roboty dotyczą w rzeczywistości jednego obiektu budowlanego”.

Uwzględniając powyższe przesłanki można stwierdzić, że jeżeli w określonym momencie czasu zamawiający – jako gospodarz postępowania – określi lub może określić planowane usługi, dostawy czy też zakres robót budowlanych podobnych gospodarczo lub technicznie, to występuje dla tych zamówień „jedność czasowa” niezależnie od tego, czy zamawiający ma zamiar wykonać usługę jednocześnie czy też sukcesywnie w ustalonym, skończonym okresie czasu, a w konsekwencji wartość takich zamówień musi być ustalona łącznie.

W ocenie Izby w omawianym stanie faktycznym nie ma wątpliwości, iż występuje również jedność czasowa w realizacji wszystkich 50 zadań. W niniejszym stanie faktycznym umowy zostały zawarte w okresie od 3 kwietnia 2015 r. do 20 maja 2015 r. i wszystkie obowiązywały do dnia 15 grudnia 2015 r. spełniona została zatem także przesłanka odnosząca się do terminu realizacji świadczenia. Okoliczność podnoszona przez Zamawiającego w treści

złożonych zastrzeżeń, iż niektóre z zadań muszą być wykonane wyłącznie w okresie zimowym nie stoi na przeszkodzie uznaniu, iż zachodzi jedność czasowa w realizacji wszystkich 50 zadań. Sam Zamawiający w treści dokumentacji określił tę jedność czasową, gdyż w sposób jednoznaczny określił perspektywę czasową realizacji wszystkich 50 zadań. Co więcej Zamawiający zainicjował jedno postępowanie dla wszystkich 50 zadań, co również przemawia za jednością czasową wszystkich zadań.

Trzecia przesłanka podlegająca analizie w kontekście podziału zamówienia na części dotyczy możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Chodzi tu o dołożenie przez Zamawiającego staranności w celu zbadania rynku i ustalenia czy istnieje krąg wykonawców zdolnych do wykonania określonego zamówienia. Jeżeli zamawiający może obiektywnie stwierdzić, że zdefiniowane przedmioty zamówienia nie mogą być zrealizowane przez jednego wykonawcę, to dysponuje argumentem wskazującym na odrębność takich zamówień. Badanie rynku nie może być jednak oparte na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, że takiego podmiotu nie ma. W analizowanym stanie faktycznym takich okoliczności Zamawiający nie wykazał w treści złożonych zastrzeżeń. Nie przywołał okoliczności na podstawie, których Izba mogłaby uznać, iż przedmioty zamówienia opisane w 50 zadaniach nie mogą być obiektywnie zrealizowane przez jednego wykonawcę. Takiej tezy nie można również przyjąć za zasadną analizując wyniki postępowań. Subiektywne twierdzenia Zamawiającego zawarte w treści zastrzeżeń, iż w przypadku potraktowania zamówienia jako jednego, nie istniałaby żadna realna możliwość jego terminowej i efektywnej realizacji przez jednego wykonawcę w tym samym czasie nie stanowi dowodu w sprawie. Sam Zamawiający nie przedstawił żadnych analiz mających potwierdzić słuszność przyjętych przez siebie wniosków. Co więcej, jak wynika z dokumentacji postępowania wpłynęły dwie oferty obejmujące swym zakresem wszystkie 50 zadań, tj. oferta nr 1 wykonawcy Usługi Leśnie i Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. oraz oferta nr 3 wykonawcy W.B. i ELEKTRO-SILVER. Okoliczność ta świadczy o dostępności wykonania przedmiotowych usług u jednego Wykonawcy. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Zamawiający udzielił zamówień w znacznym zakresie jednemu z ww. wykonawców, tj. W. B. ELEKTROSILVER w zakresie zadań 1, 5-13, 16-18, 20-22, 24-40, 43, 46, 47. Ich łączna szacunkowa wartość wynosiła 3 943 300 zł netto. Podkreślić również należy, że we wszystkich zadaniach Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na każde z 50 niezależnych zadań lub na wszystkie łącznie (por. pkt. 3.12. SIWZ).

Tym samym, w ocenie Izby, zasadne jest przyjęcie, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zostały spełnione wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania wartości wszystkich 50 zadań. Jako, że są ze sobą tożsame i ich przeznaczenie jest takie samo mogą być wykonywane przez jednego wykonawcę.



W ocenie Izby podnoszona przez Zamawiającego w treści złożonych zastrzeżeń okoliczność, iż poszczególne usługi 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, w tym samym czasie i na ten sam okres, za czym przemawia fakt, iż Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na niektóre zadania lub na wszystkie zadania łącznie.

W ocenie Izby, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego co do samoistnego charakteru przedmiotu zamówienia pod względem technicznym dla każdej linii z uwagi na ich potencjalną samodzielność techniczną jak i dotyczącej odrębności każdej z nich, albowiem o istnieniu odrębnych obiektów budowlanych nie może decydować fakt różnych podmiotów odpowiedzialnych za sieci zasilania elektrycznego, ponieważ sieci te mogą być wzajemnie łączone i jako całość spełniać jedną funkcję gospodarczą i techniczną. Podobnie przywołane przez Zamawiającego pozwolenia na budowę umożliwiają mu traktowanie każdego z zamówień jako zamówienia odrębnego, nie podlegającego łącznemu szacowaniu, ponieważ decyzje organów administracji budowlanej, w tym pozwolenia, jako niezbędne dla realizacji inwestycji nie decydują o zdolności danego obiektu do pełnienia przeznaczonych funkcji, jak i czy wartość danego zamówienia podlega łącznemu czy rozłącznemu oszacowaniu, zatem nie mają kluczowego znaczenia dla procedury dotyczącej udzielania zamówienia publicznego mającego za przedmiot wycinkę drzew i krzewów w ich otoczeniu.

W końcu zaznaczyć należy, że o braku jednolitości przedmiotu zadań nie mogą świadczyć wyłącznie okoliczności, które wykreował sam Zamawiający, a które nie mają obiektywnego uzasadnienia. Zamawiający w treści zastrzeżeń odwołuje się do zawarcia 50 odrębnych umów, do zróżnicowania kwot przeznaczonych na sfinansowanie poszczególnych zadań ze względu na stopień skomplikowania oraz terminów realizacji poszczególnych zadań. W ocenie Izby okoliczności te nie uzasadniają odstąpienia od obowiązku stosowania art. 32 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Jak wskazano bowiem powyższej, spełniona została przesłanka jedności czasowej, zaś specyfika zadań na jaką powołuje się Zamawiający nie uniemożliwia przyjęcia jedności przedmiotu zamówienia wszystkich zadaniach. Wszystkie zadania miały taki sam cel gospodarczy, jasno określony przez Zamawiającego w SIWZ, mogły być wykonane przez jednego wykonawcę, dla wszystkich zadań był sporządzony jeden wzór umowy, jednakowy opis przedmiotu zamówienia, zaś okoliczność, iż tereny na których będzie wykonywana wycinka różnią się ukształtowaniem geograficznym nie implikuje sam w sobie braku jedności przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, że ustalenie wartości zamówienia poprzez odrębne oszacowanie wartości 50 zadań na usługi w ramach postępowania LZA/5/2015 było sprzeczne z przepisami art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Zamówienia te spełniają bowiem wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. Jako, że są ze sobą tożsame i ich przeznaczenie jest takie samo mogą być wykonywane przez jednego Wykonawcę. Jak Izba wskazała powyżej, usługi były możliwe do przewidzenia w określonej perspektywie czasowej. Biorąc zatem powyższe pod uwagę, w ocenie Izby Zamawiający udzielając zamówienia na ww. usługi dokonał nieuprawnionego podziału zamówienia na części, w sytuacji gdy wartość zamówienia stanowiła łączna wartość wszystkich 50 zadań, co prowadziło do naruszenia art. 32 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślić przy tym należy, na co zasadnie wskazał Prezes UZP, że ustawa Pzp nie odnosi się do koncepcji winy w kontekście przepisu art. 32 ust. 2 ustawy Pzp. Za nieuzasadniony, tym samym, należy uznać zarzut Zamawiającego dotyczący zaniechania wykazania przez Prezesa Urzędu winy umyślnej z zamiarem bezpośrednim po stronie Zamawiającego w kontekście stwierdzonego w punkcie 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 32 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże, podkreślić należy, iż w ocenie Izby, całokształt okoliczności przedmiotowej sprawy, a w szczególności wniosek zakupowy z dnia 13 stycznia 2015 r., uwzględniający łączną szacunkową wartość zamówienia, wskazuje, że Zamawiający musiał być świadomy uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp,

#### Ad. 2

W zakresie naruszenia nr 2, stwierdzić należy, że wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń co do naruszeniem przepisów art. 32 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, za zasadne uznać należy naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 oraz art. 134 ust. 1 w zw. z art. 133 ust. 1 i art. 132 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 40 ust. 1 i 3 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 132 ustawy Pzp wskazuje, że zamówieniem sektorowym jest zamówienie udzielane przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej, wskazanych w omawianym przepisie. Z uwagi na ścisły związek przedmiotu zamówienia z prowadzoną przez Zamawiającego działalnością sektorową, dotyczącą obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie dystrybucji energii elektrycznej, stwierdzić należy, że niniejsze zamówienie udzielone zostało w celu prowadzenia działalności sektorowej. Jednocześnie, należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem art. 133 ust. 1 ustawy Pzp do udzielania zamówień zwanych „zamówieniami sektorowymi” stosuje się przepisy ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 134 ust. 1 ustawy Pzp, trybami udzielania zamówień sektorowych były przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem. Zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, w tym stosownie do art. 48 ust. 1 ustawy Pzp, zamówienia udzielane w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w myśl art. 40 ust. 3 ustawy Pzp przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a następnie jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W datach zawarcia umów w ramach postępowania LZA/5/2015 wartością zamówienia, od której uzależniony był obowiązek stosowania ustawy Pzp przez Zamawiającego była, zgodnie z treścią Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2013 r. poz. 1735), wyrażona w złotych równoważność kwoty 414 000 euro, obliczona według kursu określonego w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U, poz. 1692), wynoszącego 4,2249. Obowiązek stosowania ustawy Pzp przez zamawiających sektorowych obejmował zatem zamówienia na usługi o wartości równej co najmniej 1 749 108,60 zł netto.

Mając na uwadze powyższe, zamówienie — w podziale na 50 zadań — stanowiło zamówienie sektorowe, o którym mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Łączna wartość natomiast tego zamówienia zgodnie z ustaleniami Zamawiającego, które odzwierciedla wniosek zakupowy z dnia 13 stycznia 2015 r. wynosiła 5.450.352,00 PLN 1.290.054,68 EUR), a więc przekraczała próg zobowiązujący Zamawiającego do przeprowadzenia zamówienia na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów opisanych w art. 134 ust. 1 ustawy Pzp oraz do przekazania ogłoszenia dotyczącego ww. zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Wskutek zaniechania łącznego oszacowania wartości poszczególnych zamówień w okolicznościach faktycznych oraz prawnych sprawy, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 3 oraz art. 134 ust. 1 w zw. z art. 133 ust. 1 i art. 132 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 40 ust. 1 i 3 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:**.....

.....