

Sygn. akt: KIO/KD 19/21

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 14 października 2021 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 15 września 2021 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego: Gminę Pieniężno, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 września 2021 r., znak sprawy KND/8/21/DKZP w przedmiocie udzielenia przez Zamawiającego zamówień dotyczących realizacji inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach” bez stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Anna Packo

Beata Pakulska-Banach

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

uchwały z dnia 14 października 2021 r. sygn. akt: KIO/KD 19/21

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „Kontrolujący”) w wyniku kontroli doraźnej w przedmiocie udzielenia zamówień dotyczących realizacji inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach” bez stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp”, stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 5b pkt 2, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie łącznego szacowania wartości zamówienia mającego za przedmiot realizację inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach”, udzielonego w czterech częściach, a w rezultacie dopuszczenie się przez Zamawiającego do niedozwolonego podziału zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 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.

W wyniku kontroli (znak sprawy KND/8/21/DKZP) sporządzony został Protokół Kontroli Doraźnej (dalej „Protokół”) oraz Informacja.

Zamawiającemu zarzucono, że w dniu 30 listopada 2020 r. udzielił, bez stosowania przepisów ustawy Pzp, czterech zamówień dotyczących realizacji inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach” na łączną kwotę 510 477,74 zł brutto (415 022,55 zł netto), zamówień mających za przedmiot:

1. „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” (wynagrodzenie Wykonawcy R. K. „STALBET PROJEKT”: 128 000,00 zł netto, 157 440,00 zł brutto);
2. „Budowę mostu w Plutach - roboty fundamentowe i umocnienie skarp” (wynagrodzenie Wykonawcy Rejonowy Związek Spółek Wodnych Zakład Eksploatacji Systemów Melioracyjnych: 104 122,55 zł netto, 128 070,74 zł brutto);
3. „Budowę mostu w Plutach - barierki i organizacja ruchu” (wynagrodzenie Wykonawcy R. K. „STALBET PROJEKT”: 55 000,00 zł netto, 67 650,00 zł brutto);
4. „Budowę mostu w Plutach - montaż konstrukcji stalowej” (wynagrodzenie Wykonawcy R. K. „STALBET PROJEKT”: 127 900,00 zł netto, 157 317,00 zł brutto).

Z przekazanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych protokołów z ustalenia wartości szacunkowej zamówienia wynikało, iż łączna wartość szacunkowa zamówień, mających za przedmiot realizację inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach”,

została ustalona na kwotę 385 325,60 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 90 254,98 euro netto.

Kontrolujący stwierdził naruszenie przepisów: art. 5b pkt 2 oraz art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp zarzucając, że Zamawiający zaniechał łącznego szacowania wartości zamówienia mającego za przedmiot realizację inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach”, udzielanego w czterech częściach, a w rezultacie dopuścił się niedozwolonego podziału zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 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.

Kontrolujący ustalił, że zawarcie w dniu 30 listopada 2020 r. czterech umów dotyczących realizacji inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach”, na łączną kwotę 510 477,74 zł brutto, zostało poprzedzone przeprowadzeniem postępowań w trybie zaproszenia do złożenia oferty, na podstawie przepisów wewnętrznych Zamawiającego dotyczących udzielania zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Z przekazanych Kontrolującemu protokołów ustalenia wartości szacunkowej zamówienia wynikało, iż wartość szacunkowa poszczególnych zamówień nie przekraczała równowartości kwoty 30 000,00 euro.

Zamawiający w piśmie z 17 marca 2021 r. wyjaśnił, iż: ze względu na stan wyższej konieczności (uszkodzenie dotychczasowego mostu) i przeciągającą się procedurę niezbędną do wykonania ostatecznego mostu, zdecydował się na lokalizację mostu, którego niektóre elementy mają charakter tymczasowy, a niektóre charakter stały. Potrzeba szybkiego zapewnienia mieszkańcom Plut mostu stanowi podstawową i obiektywną przyczynę nadania zamówieniom takiego charakteru, jaki przyjął Zamawiający.

Argumentował, że w niniejszej sprawie nie istniała przede wszystkim tożsamość przedmiotowa zamówienia, w postaci obiektywnie różnego przeznaczenia. Ponadto, pomiędzy zamówieniem dostawy mostu w 2020 r. a pozostałą grupą zamówień zachodzi brak tożsamości czasowej i (przynajmniej możliwy) brak tożsamości wykonawcy. Z kolei w piśmie z 19 lipca 2021 r. Zamawiający doprecyzował, iż podstawą do samodzielnego szacowania wartości ww. zamówień było nie tylko rozróżnienie elementów o charakterze stałym i tymczasowym, ujętych w przedmiocie ww. zamówień, ale przede wszystkim inwestycja publiczna pod nazwą: „Budowa mostu w Plutach” przebiegała w warunkach przymusowych, albowiem w następstwie awarii istniejącego wcześniej mostu mieszkańcy miejscowości Pluty byli „odcięci od świata” w rozumieniu okrężnego i uciążliwego dojazdu. Potrzeba szybkiego zapewnienia mieszkańcom Plut mostu, w tych warunkach składającego

się z różnych elementów (gotowego, używanego mostu, jego poszycia, elementów stałych fundamentowych, itp. zamawianych w różnym czasie) stanowi podstawową i obiektywną przyczynę nadania zamówieniom takiego charakteru, jaki przyjął Zamawiający.

Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, udzielając z pominięciem trybów ustawowych czterech zamówień mających za przedmiot realizację inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w Plutach”, których zsumowana wartość, według szacunków Zamawiającego, wynosiła 385 325,60 zł netto, co stanowi równowartość 90 254,98 euro. Powyższe oznacza, że łączna wartość tych zamówień przekracza próg określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielenia kontrolowanych zamówień, co zobowiązywało Zamawiającego do udzielenia tych zamówień w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Kontrolujący argumentował, że pomiędzy wszystkimi czterema częściami zachodzi tożsamość przedmiotowa, gdyż dotyczą realizacji tego samego projektu - budowy mostu w Plutach.

Ponadto zachodziła też tożsamość czasowa, chociaż zaproszenia do złożenia oferty zostały przesłane w różnych terminach (w listopadzie 2020 r.), to wszystkie ww. zamówienia zostały udzielone na podstawie zleceń w tym samym dniu tj. 30 listopada 2020 r., w których wyznaczono taki sam lub zbliżony termin realizacji dostaw (14 lub 30 dni liczonych od podpisania umowy).

Dodatkowo Kontrolujący zauważył, że wykonanie ww. zamówień mogło zostać powierzone jednemu wykonawcy. Stanowi o tym wyraźnie fakt, że Zamawiający udzielił trzech zamówień jednemu wykonawcy – R. K. „STALBET PROJEKT”. Jedynie w zakresie zamówienia pn. „Budowa mostu w Plutach - roboty fundamentowe i umocnienie skarp” ofertę złożył inny Wykonawca - Rejonowy Związek Spółek Wodnych Zakład Eksploatacji Systemów Melioracyjnych, jednakże powyższe nie wpływa na fakt, iż wszystkie roboty budowlane wchodzące w zakres realizacji projektu pn. „Budowa mostu w Plutach” mógł zrealizować jeden wykonawca posiadający odpowiednie doświadczenie, tym bardziej, iż w zakresie ww. zamówień, Zamawiający nie postawił w ogólne warunków udziału w postępowaniu.

Kontrolujący przypomniał, że obowiązek łącznego szacowania wartości tożsamych przedmiotowo zamówień nie oznacza, że całość zamawianego przedmiotu zamówienia musi być udzielona w ramach jednego postępowania i wykonana w ramach jednej umowy przez tego samego wykonawcę. Stosownie bowiem do treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, jak również umożliwić wykonawcom złożenie ofert częściowych. W takich okolicznościach jednak, jeżeli poszczególne części stanowią w istocie jedno

zamówienie, dla przeprowadzenia odrębnych procedur konieczne było zsumowanie wartości wszystkich części i zastosowanie dla każdej z tych części przepisów właściwych dla wartości całego zamówienia.

Kontrolujący podkreślił, iż argumentacja Zamawiającego dotycząca tego, że zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia z uwagi na zaistniałą awarię mostu, co spowodowało „odcięcie od świata” mieszkańców Plut, nie uzasadniała braku stosowania przepisów ustawy Pzp, jeżeli wartość szacunkowa zamówienia przekroczyła równowartość kwoty 30 000 euro. W zaistniałej sytuacji, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, Zamawiający mógł rozważyć udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Informację Kontrolujący przesłał Zamawiającemu pismem z 6 września 2021 r.

Zamawiający, pismem z 15 września 2021 r. (wpływ do Kontrolującego w tym samym dniu), wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli w odniesieniu do zarzuconego mu naruszenia (dalej „Zastrzeżenia”), wnosząc o zmianę treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 września 2021 r. w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 5b pkt 2, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Pismem z 3 września 2021 r. Kontrolujący odniósł się do Zastrzeżeń Zamawiającego, podtrzymując swoje pierwotne stanowisko, co spowodowało przekazanie przez Zamawiającego Zastrzeżeń do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją z przeprowadzonej kontroli doraźnej, stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz z zastrzeżeniami Zamawiającego w przedmiocie naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli skład wyrażający opinię podzielił stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz odpowiedzi na Zastrzeżenia, wskazane tam argumenty są bowiem wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do zaistniałego stanu faktycznego.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że słusznie zwrócił uwagę Kontrolujący, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie może powoływać się na wprowadzone w obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 r. ustawie Pzp nowe regulacje, w tym okoliczność

wystąpienia „wypadków konieczności obiektywnej”. Taka argumentacja pojawiła się w toku prowadzonej kontroli, taką też przywoływał Zamawiający w piśmie z 15 września 2021 r. (Zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej), podejmując próby uzasadnienia podziału zamówienia na części, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

W dacie udzielenia kontrolowanych zamówień (listopad 2020 r.) obowiązywały bowiem przepisy ustawy Pzp z 2004 r. Zamawiający z kolei powołał się w uzasadnieniu braku stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu kontrolowanych zamówień zarówno na przepisy ustawy Pzp z 2004 r., jak też nowej ustawy Pzp. Słusznie zatem stwierdził Kontrolujący, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie można powoływać się na wprowadzone w obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 r. ustawie Pzp nowe regulacje, w tym okoliczność wystąpienia „wypadków konieczności obiektywnej”, w celu uzasadnienia podziału zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, bowiem w dacie udzielenia kontrolowanych zamówień przepisy ustawy Pzp nie obowiązywały.

Izba podziela również w pełni argumentację w zakresie, w jakim Kontrolujący ustalił, że Zamawiający dokonał nieuprawnionego podziału zamówienia na części, wskutek czego doszło do wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu 30 000 euro.

Przypomnieć należy, że przepis art. 32 ust. 2 ustawy Pzp wprowadza generalną zasadę, jaką winien kierować się Zamawiający, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, odnoszącą się do zakazu dzielenia zamówienia w sposób, który skutkowałby uniknięciem stosowania przepisów ustawy Pzp. Istotą tej regulacji jest dyscyplinowanie jednostki zamawiającej do racjonalnego, celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych, w zgodzie z przepisami ustawy o finansach publicznych. Omawiana regulacja wskazuje przede wszystkim na niedopuszczalność zaniżania wartości zamówienia, bądź przez nieuprawniony jego podział, bądź przez wybranie takiego sposobu obliczenia jego wartości, który w sposób celowy doprowadziłby do jego zaniżenia.

Zamawiający ustalając, czy w tym konkretnym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami, winien przeprowadzić stosowną analizę prowadzącą do ustalenia, czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W jednym z wyroków (orzeczenie z 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98) Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie TSUE) odniósł się do problematyki dzielenia zamówień w przypadku zlecenia robót budowlanych stwierdzając, że w przypadku potwierdzenia istnienia przesłanki przedmiotowej (zbieżności technicznej i funkcjonalnej elementów zamówień), Zamawiający dokonuje opisu

przedmiotu zamówienia i szacowania jego wartości, w stosunku do pełnego zamówienia. Ponadto, obok związku funkcjonalnego pomiędzy takimi zamówieniami, dodatkowe znaczenie ma również zaistnienie między nimi związku czasowego. Taki związek zachodzi wówczas, gdy funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie mamy do czynienia z jednym zamówieniem na roboty budowlane, którego przedmiotem była „Budowa mostu w Plutach”. Sam Zamawiający stwierdził w Zastrzeżeniach, że planował zrealizować inwestycję, mającą za przedmiot właśnie budowę mostu. Nie ulega również wątpliwości, że mamy do czynienia w tym przypadku z zamówieniem na roboty budowlane, na rynku zaś funkcjonuje wielu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia w sposób kompleksowy tj. wybudowania mostu wraz z dostarczeniem odpowiednich materiałów budowlanych oraz zapewnieniem odpowiedniej organizacji ruchu. Z pewnością zatem pomiędzy wszystkimi czterema zamówieniami, których Zamawiający udzielił odrębnie, składającymi się na inwestycję pn. „Budowa mostu w Plutach” zachodzi tożsamość przedmiotowa, gdyż dotyczą realizacji tego samego projektu.

W kontekście powyższego istotne jest także, że w przypadku szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane zastosowanie znajdzie przepis art. 33 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym szacunkowa wartość zamówienia powinna uwzględniać również wartość dostaw i usług oddanych przez Zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych. Tym samym wartość szacunkowa zamówienia na „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” (określona przez Zamawiającego na kwotę 29 981,50 euro), które to zlecenie stanowiło dostawę niezbędną do realizacji całego projektu - powinna zostać zsumowana z wartością szacunkową robót budowlanych mających za przedmiot budowę mostu. Podobnie zamówienie na „Budowę mostu w Plutach - barierki i organizacja ruchu”, na które składała się dostawa barierek, ich montaż oraz organizacja ruchu, winno być szacowane łącznie z wartością szacunkową robót budowlanych mających za przedmiot budowę mostu. Kolejne dwa zamówienia dotyczyły zlecenia robót fundamentowych i umocnienia skarp oraz montażu konstrukcji stalowej. Te z kolei niewątpliwie stanowią poszczególne części realizacji tego samego projektu, mającego za przedmiot budowę mostu.

Wobec powyższego, nietrafiona jest argumentacja Zamawiającego co do tego w jaki sposób zamierzał pierwotnie wykonać roboty budowlane pn. „Budowa mostu w Plutach” tj. ograniczyć się wyłącznie do dostawy stalowej konstrukcji mostu stalowego tj. „własnymi siłami” bez udzielania zamówień na roboty fundamentowe, czy też na montaż konstrukcji mostu. Ponadto, jak ustalił Kontrolujący, przedmiary robót dla wszystkich czterech zamówień

składających się na inwestycję pn. „Budowa mostu w Plutach” zostały sporządzone w październiku 2020 r., a zatem w dniu 5 listopada 2020 r., udzielając pierwszego z zamówień, Zamawiający posiadał już wiedzę o potrzebie udzielenia kolejnych trzech zamówień, zleconych 20 listopada 2020 r.

Niewątpliwie, w ocenie Izby, można mówić o istnieniu między zamówieniami ścisłego związku czasowego w sytuacji, gdy zaproszenie do złożenia oferty na zadanie pn. „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” zostało złożone 5 listopada 2020 r., natomiast na zadania: „Budowa mostu w Plutach - roboty fundamentowe i umocnienie skarp”, „Budowa mostu w Plutach - barierki i organizacja ruchu” oraz „Budowa mostu w Plutach - montaż konstrukcji stalowej” - 26 listopada 2020 r. Wszystkie powyższe zamówienia zostały udzielone na podstawie zleceń w tym samym dniu tj. 30 listopada 2020 r.

Również przesłanka dotycząca możliwości nabycia przedmiotu zamówienia u tego samego wykonawcy, została w tym przypadku spełniona. Wykonanie całego zadania mającego za przedmiot „Budowę mostu w Plutach” mogło zostać powierzone jednemu wykonawcy posiadającemu odpowiednie doświadczenie. Potwierdza to dodatkowo okoliczność, że Zamawiający udzielił trzech przedmiotowych zamówień jednemu wykonawcy. Co również istotne w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający w swoich zapytaniach ofertowych nie sformułował żadnych warunków udziału w postępowaniu, stąd wniosek że żadne z przedmiotowych zamówień nie wymagało, aby wykonawcy legitymowali się jakimś szczególnym doświadczeniem w tym zakresie.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że brak było uzasadnienia dla dokonania podziału zamówień na części, jak to uczynił Zamawiający, gdyż jego skutkiem było uniknięcie stosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. Dodać też należy, że przepisy ustawy Pzp pozwalają Zamawiającemu z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) na dokonanie podziału jednego zamówienia na części, dla których będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia Zamawiający będzie wówczas zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp, właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Tak też Zamawiający powinien uczynić w przypadku zamówień stanowiących przedmiot kontroli tj. części zamówienia ujęte w czterech zamówieniach, których udzielił 30 listopada 2020 r., dotyczących realizacji inwestycji pn. „Budowa mostu w Plutach” oszacować łącznie, a następnie przeprowadzić jedno postępowanie na wszystkie części lub oddzielne postępowania dla każdej z ww. części, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, albowiem ich łączna wartość przekroczyła równowartość 30 000 euro.

W konsekwencji, zastrzeżenia zamawiającego nie mogły zostać przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione. Stwierdzić również należy, że stwierdzone naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcom, wybranym niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....