

Sygn. akt: KIO/KD 53/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 27 sierpnia 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej zgłoszonych pismem z dnia 30 lipca 2019 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

**Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie
ul. Głowackiego 56
30-085 Kraków**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 lipca 2019 roku w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na budowę tras rowerowych w Małopolsce – zadanie nr 5. VeloDunajec (VD) – odcinek 2 cz. 1: Ostrów- Biskupice Radłowskie

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie: Emil Kawa
Ernest Klauziński**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie - przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) - dalej w skrócie „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę tras rowerowych w Małopolsce - zadania nr 5 VeloDunajec (VD) - odcinek 2 cz. 1: Ostrów- Biskupice Radłowskie. Wartość szacunkowa zamówienia publicznego została w dniu 6 maja 2015. ustalona na kwotę 5 608 871,31 zł, co stanowiło równowartość 1 327 574, 93 euro, w tym 1 869 623,77zł (442 524,98 euro) – wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 24 czerwca 2015r. pod nr 93501-2015.

Zamówienie realizowane było w ramach zadania inwestycyjnego pn. Wiślana Trasa Rowerowa, będącego ogólnopolskim projektem łączącym osiem województw. Celem projektu jest utworzenie około 1200-kilometrowego krajoznawczego szlaku rowerowego wzdłuż rzeki Wisły.

Postępowanie o zamówienie publiczne przeprowadzono w zakresie projektu nr RPMP.06.01.05-12-0428/16 pn. „Budowa zintegrowanej sieci tras rowerowych w Województwie Małopolskim – zadanie nr 5 VeloDunajec (VD) - odcinek 2 cz. 1: Ostrów- Biskupice Radłowskie” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020, z którego na realizację zamówienia zamawiający uzyskał dofinansowanie w wysokości 85% planowanych kosztów realizacji zamówienia. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę 26 732 000,00 zł w tym 4 009 800,00 zł środków własnych.

W dniu 4 sierpnia 2015 r. Zamawiający zawarł umowę na realizację zamówienia z konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych K. C. (lider), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych A. C.. Zamówienie realizowane było w ramach zadania inwestycyjnego pn. Wiślana Trasa Rowerowa, będącego ogólnopolskim projektem łączącym osiem województw.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, po przeprowadzeniu kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia, stwierdził naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp przez ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia a także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji, art. 40 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz art. 43 ustawy Pzp przez określenie zbyt krótkiego termin

składania ofert.

Równolegle Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę postępowania o zamówienie publiczne, prowadzonego przez tego samego Zamawiającego na budowę tras rowerowych w Małopolsce - zadanie nr 1 Wiślana Trasa Rowerowa (WTR) – odcinek 1: Drwinia (Niepołomice) - Szczucin. Postępowanie to ogłoszone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 czerwca 2015r. pod nr 95857-2015. Wartość szacunkowa zamówienia publicznego została w dniu 26 czerwca 2015r. ustalona na kwotę 21 733 319,09 zł, co stanowi równowartość 5 144 102,60 euro. W wyniku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał na tożsame jak wyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W toku prowadzonych kontroli Zamawiający złożył w dniu 30 stycznia 2019r. wyjaśnienia, w których wskazał m.in. że: „Na etapie zawierania wskazanych wyżej umów przewidywano wykonanie ośmiu koncepcji i PFU (dla każdej z tras), które miały zostać opracowane w jednolitym terminie – do 30.09.2015 r. Na podstawie wykonanych PFU miały zostać następnie dokonane dalsze czynności związane z wdrażaniem dalszych etapów procesu inwestycyjnego w zakresie budowy tras rowerowych. Już w trakcie realizacji przedmiotowych umów, na skutek różnych zaistniałych wówczas okoliczności, dokonywane jednak zostały ad hoc (na mocy zawieranych aneksów) wyodrębnienia określonych odcinków w zakresie poszczególnych tras (sfragmentaryzowanie tras) – w zakresie Wiślanej Trasy Rowerowej (WTR), trasy VeloDunajec (VD) oraz trasy EuroVelo11 (EV11), a co za tym idzie, dokonywane było również już w trakcie realizacji prac projektowych rozdrabnianie opracowywanej dokumentacji projektowej (w tym w szczególności PFU) w kontekście wyodrębnianych odcinków tras. Najwcześniej pozyskane zostało PFU dla trasy rowerowej VeloDunajec na odcinku od miejscowości Ostrów do miejscowości Nowopole (na początku maja 2015 r.). Kolejne pozyskane PFU dotyczyło Wiślanej Trasy Rowerowej (WTR) na odcinku Drwinia (Niepołomice)-Szczucin (koniec czerwca 2015 r.), a następnie pozyskane zostało PFU dotyczące trasy VeloDunajec odcinek Brzeszcze-Skawina (początek września 2015 r.). Kolejne PFU dotyczące pozostałych tras (i odcinków) zostały pozyskane już pod koniec 2015 r. (w okresie od końca września do grudnia 2015 r.). W związku z sukcesywnym pozyskiwaniem w II i III kwartale 2015 r. wykonanych już PFU dla konkretnych odcinków tras, na szczeblu władz Województwa Małopolskiego (którego jednostką organizacyjną jest Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie) podejmowano ad hoc decyzje o przyspieszonym (względem pierwotnych założeń) wdrażaniu do realizacji w systemie zaprojektuj i wybuduj określonych odcinków tras – już w 2015 r. (podczas gdy początkowo zakładano, że wdrożenie do realizacji w systemie zaprojektuj i wybuduj budowy poszczególnych tras rowerowych nastąpi dopiero po pozyskaniu wszystkich PFU opracowywanych zewnętrznie w ramach realizowania udzielonych zamówień publicznych). Tego typu decyzje zostały podjęte (na bieżąco – w

momencie „pojawiania się” konkretnych ostatecznych PFU) najpierw odnośnie trasy VeloDunajec odcinek Ostrów-Biskupice Radłowskie (postępowanie przetargowe na zamówienie zaprojektuj i wybuduj zostało wszczęte w maju 2015 r. – na podstawie PFU pozyskanego z początkiem maja 2015 r.), następnie w odniesieniu do odcinka Wiślanej Trasy Rowerowej (WTR) Drwinia (Niepołomice) Szczucin (postępowanie przetargowe na zamówienie zaprojektuj i wybuduj zostało wszczęte 29.06.2015 r. – na podstawie PFU pozyskanego w wersji ostatecznej 26.06.2015 r.), a kolejno odnośnie Wiślanej Trasy Rowerowej (WTR) odcinek Brzeszcze-Skawina (postępowanie przetargowe na zamówienie zaprojektuj i wybuduj zostało wszczęte 11.09.2015 r. na podstawie PFU pozyskanego na początku września 2015 r.). Pozostałe odcinki tras rowerowych objęte opracowanymi w trybie realizacji udzielonych zamówień PFU były wdrażane do realizacji w systemie zaprojektuj i wybuduj już w 2016 r. i latach następnych (po pozyskaniu całościowej wiedzy w przedmiocie budowy sieci tras, w tym otrzymaniu wszystkich PFU dotyczących poszczególnych odcinków tras) - na mocy decyzji władz Województwa Małopolskiego. Zamówienia dotyczące budowy w systemie zaprojektuj i wybuduj odcinków tras rowerowych, których procedura udzielania została wdrożona w 2015 r. (trzy wskazane wyżej zamówienia) niewątpliwie – obiektywnie z punktu widzenia okoliczności ich wdrażania do realizacji kwalifikowały się jako zamówienia nieprzewidziane (nieobjęte zamiarem ich udzielenia ujawnianym w ramach planu zamówień publicznych jednostki na dany rok budżetowy), a z uwagi na brak koincydencji czasowej w zakresie możliwości oszacowania ich wartości w jednym momencie czasowym przed wszczęciem procedur zamówieniowych ich dotyczących (w związku z sukcesywnym, rozbieżnym czasowo pozyskiwaniem PFU ich dotyczących oraz podejmowaniem wówczas na bieżąco decyzji w zakresie kierowania lub nie kierowania poszczególnych odcinków do realizacji, przez co w rozbieżnym momencie czasowym pojawiał się zamiar udzielenia konkretnego zamówienia) zostały one potraktowane z punktu widzenia zamówieniowego jako odrębne, samodzielne i niesumowalne zamówienia w przeciwieństwie do kolejnych zamówień na budowę w systemie zaprojektuj i wybuduj odcinków tras rowerowych wdrażanych do realizacji od 2016 r. Przedmiotowe zagadnienie braku tożsamości czasowej w odniesieniu do wskazanych zamówień było szczegółowo opisywane i uzasadniane ze strony zamawiającego w wyjaśnieniach przekazywanych na etapie kontroli IZ RPO i KAS, które znajdują się w dokumentacji postępowania przekazanej [kontrolującemu], jak również w ramach informacji kierowanych już bezpośrednio do [kontrolującego]”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, wskazując na naruszenia przepisów ustawy Pzp, podnosił m.in., że „zgodnie z art. 9 ust. 3 obowiązującej w dacie wszczęcia przedmiotowej

procedury, dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. L 134 z 30. 04. 2004 r.) żaden projekt budowlany, ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług, nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania dyrektywy. Przepis ten wskazuje, że dla oceny, czy wartość określonych zamówień należy szacować łącznie, podstawowe znaczenie ma to, czy były one planowane, a zatem – czy zamawiający mógł przewidywać ich udzielenie w określonej perspektywie czasowej. W przypadku planowania przez zamawiającego zlecenia określonych usług, których odrębna wartość nie przekracza tzw. progów unijnych, zamawiający nie może ustalać ich wartości odrębnie unikając stosowania przepisów dyrektywy, ale ma obowiązek łącznego szacowania tej wartości. Ww. postanowienia dyrektywy 2004/18/WE implementuje do polskiego porządku prawnego m.in. art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może 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, 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. Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 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. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Z kolei art. 40 ust. 3 Pzp stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Właściwe ogłoszenie o zamówieniu jest bowiem podstawowym narzędziem realizacji zasady przejrzystości, o jakiej mowa w preambule Dyrektywy 2004/18/WE i do której nawiązuje art. 7 i 8 Pzp”.

Ponadto Prezes Urzędu wskazał, że dla ustalenia czy w sprawie można mieć do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. Zamawiający winien traktować jak jedno zamówienie takie

zamówienia, w których zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę i gdy są one tożsame rodzajowo, posiadają podobne przeznaczenie. Jednocześnie obok związku funkcjonalnego między 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. W celu stwierdzenia, czy wartość kolejno udzielanych po sobie zamówień na budowę tras rowerowych w Małopolsce należy ze sobą zsumować, uznać je za jedno zamówienie, choć udzielane w częściach należy wziąć pod uwagę zaistnienie w konkretnych okolicznościach faktycznych następujących przesłanek: tożsamości czasowej kolejnych części zamówienia, tożsamości przedmiotowej poszczególnych części (są one względem siebie tożsame funkcjonalnie) i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia oraz tego, czy zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę.

W przypadku łącznego zaistnienia ww. okoliczności zamawiający uprawniony jest, 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.

Ponadto, zgodnie z art. 40 ust.3 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Z § 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2013, poz. 1735) – aktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania wynika, że Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej przekazuje się ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 186 000 euro – dla robót budowlanych. Właściwe oszacowanie wartości zamówienia jest kwestią niezwykle istotną, bowiem nieprawidłowe oszacowanie wartości, które skutkuje zamieszczeniem ogłoszenia w niewłaściwym – krajowym publikatorze, ogranicza dostęp do informacji o zamówieniu.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień, spełniona została przesłanka odnosząca się do terminu realizacji zamówienia. Analizowane zamówienie oraz zamówienie na budowę tras rowerowych w Małopolsce – zadania nr 1 Wiślana Trasa Rowerowa (WTR) - odcinek 1: Drwina (Niepołomice) – Szczucin zostały udzielone w zbliżonym terminie, w odstępie kilku tygodni. Kolejne umowy podpisywane były 4 sierpnia i 14 września 2015 r. Ziszczenie się przesłanki czasowej występuje nie tylko w sytuacji, gdy zamówienia można udzielić jednocześnie, w tym samym czasie, ale także wtedy gdy do udzielenia zamówień dochodzi w przewidywalnej, w momencie udzielenia pierwszego z nich, perspektywie czasowej, zakreślonej specyfiką

przedmiotu zamówienia. Z dokumentów i wyjaśnień wynika, że w momencie podjęcia działań na rzecz realizacji przedmiotowego projektu zamawiający posiadał wiedzę o złożoności przedsięwzięcia polegającego na budowie Sieci Tras Rowerowych w Województwie Małopolskim. Zlecając opracowanie opisów przedmiotu zamówienia dla poszczególnych projektów budowy tras rowerowych wykonawcom zewnętrznym znana była zamawiającemu liczba zaplanowanych postępowań oraz terminy uzyskania PFU niezbędnych do oszacowania wartości poszczególnych zamówień przewidzianych w pierwotnym terminie do dnia 30.09.2015 r. Jak wynika z dokumentów, na każdym etapie udzielania obu wskazanych zamówień zamawiający miał wiedzę o zakresie projektu, krokach, które należy podjąć w celu realizacji tego zakresu oraz orientacyjnych wartościach przedsięwzięcia.

W zakresie przesłanki przedmiotowej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, wskazał, że z analizy dokumentów wynika, że w obu postępowaniach zakres prac był podobny. Oba zamówienia zostały udzielone na roboty budowlane mające za przedmiot budowę tras rowerowych w Małopolsce.

Prezes Urzędu wskazał, że jak wynika z treści kontrolowanych postępowań oferty w każdym z tych postępowań złożyło co najmniej po czterech tych samych wykonawców. Świadczy to o tym, że byli oni w stanie wykonać każde z tych zamówień w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego i dowodzi to istnienia tego samego kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowych zamówień.

Prezes Urzędu stwierdził, że zakres Projektu był przez zamawiającego możliwy do przewidzenia co najmniej od momentu zlecenia wykonawcom opracowania koncepcji programowych budowy poszczególnych tras wraz z pozyskaniem decyzji i uzgodnień oraz opracowania PFU mających stanowić opis przedmiotu zamówienia pod kolejny etap realizacji tych tras.

Z analizy okoliczności faktycznych sprawy wynika, że odrębne oszacowania przedmiotowych zamówień nie było właściwe. W ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający szacując oraz prowadząc odrębnie przedmiotowe postępowania dopuścił się niedozwolonego podziału zamówienia na części. Łącznie oszacowana wartość kontrolowanych zamówień wynosi 27 342 190,40 zł tj. 6 471 677,53 euro. Powyższe obligowało zamawiającego do zamieszczenia ogłoszeń dotyczących przedmiotowych zamówień w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a nie Biuletynie Zamówień Publicznych. Ustalenie wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązujących w dniu wszczęcia przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający, pismem z dnia 30 lipca 2019 r., zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyników kontroli, wskazując, że nie został przez Prezesa Urzędu wzięty pod uwagę całokształt aspektów i okoliczności będących przedmiotem analizy spraw (a niektóre z nich

zostały mylnie zinterpretowane, co mogło mieć wpływ na przyjęte konkluzje), przez co rozstrzygnięcia kontrolne w kontekście stwierdzenia zaistnienia na gruncie obu postępowań naruszeń objętych zgłaszaniem zastrzeżeniem (zakwalifikowanych jako naruszenia mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego) są w ocenie Zamawiającego nieuzasadnione i wysoce krzywdzące (również w kontekście dotkliwych konsekwencji implikowanych faktem stwierdzenia takiego naruszenia).

Zamawiający podniósł, iż brak jest podstaw do stwierdzenia, iż na gruncie wskazanych postępowań nastąpiło naruszenie ustawy Pzp polegające na ustaleniu nieprawidłowej wartości zamówień (w kontekście zagadnienia agregacji zamówień i łącznego szacowania wartości części zamówienia), a w konsekwencji wdrożenia nieprawidłowej procedury przetargowej, zaniechania publikacji ogłoszeń o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i ustaleniu zbyt krótkiego terminu składania ofert. Zdaniem Zamawiającego uargumentowana została niemożność łącznego oszacowania wartości tych zamówień z uwagi na brak tożsamości czasowej w kontekście momentu pojawienia się zamiaru udzielenia tych zamówień i dokonywania czynności przygotowawczych do uruchomienia procedur zamówieniowych. Zamówienia te zostały potraktowane jako odrębne z uwagi na brak koincydencji czasowej w momencie pojawienia się zamiaru ich udzielenia i możliwości oszacowania ich wartości zgodnie z przepisami ustawy Pzp (na bazie opisu przedmiotu zamówienia - programu funkcjonalno-użytkowego/PFU - dla danego zamówienia). Podstawą dla ustalenia, iż zamówienia te stanowią odrębne, samodzielne, niesumowalne zamówienia, a nie części jednego łączonego zamówienia, była zatem kwestia braku tożsamości czasowej związanej z powstaniem zamiaru ich udzielenia (nie kwestionując przy tym zbytnio istnienia aspektów tożsamości przedmiotowej i podmiotowej w kontekście tych zamówień z uwagi na rzeczywiste ich podobieństwo oraz jednolitą konsekwencję działań Zamawiającego w tym zakresie przyjętą w ramach procedur zamówieniowych dotyczących budowy tras rowerowych od 2016 r.). Stąd, w związku z faktem, iż wartość każdego ze wskazanych zamówień (odpowiednio 21 733 319,09 zł / 21 665 602,25 zł po weryfikacji obliczenia wartości zamówienia w kontekście poprawy zaistniałych omyłek i 5 608 871,31 zł) nie przekraczała ówczasnie obowiązującego tzw. progu unijnego dla robót budowlanych (wynoszącego równowartość 21 910 331 zł), Zamawiający prawidłowo zastosował w ramach procesu ich udzielenia procedurę krajową, publikując ogłoszenia w przypisanym dla tego typu procedury oficjalnym publikatorze (Biuletynie Zamówień Publicznych) - zgodnie z art. 40 ust. 2 ustawy Pzp i ustalając terminy składania ofert w świetle wymogów wynikających z art. 43 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można zatem stwierdzić w tym przypadku naruszenia przez Zamawiającego art. 32 ust. 2 i 4 (i art. 7 ust. 1) ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający szacując te zamówienia oddzielnie nie dokonał wcale podziału zamówienia na części, czy zaniżenia wartości zamówienia, w tym w sposób nieuprawniony w świetle ustawy Pzp (tzn. w celu uniknięcia

stosowania przepisów ustawy), ale działał zgodnie z ustawowymi wymaganiami dotyczącymi obliczenia wartości zamówienia w ramach czynności przygotowawczych postępowania, jako że były to zamówienia niesumowalne wspólnie i z innymi zamówieniami.

Zamawiający, wskazał, że w kontekście ustalenia istnienia przesłanki tożsamości czasowej zasadnicze znaczenie ma wtórne i zróżnicowane czasowo wyodrębnienie zadań wyodrębnienie zadań (zamówień) obejmujących określone odcinki tras rowerowych (trasy VeloDunajec odcinek Ostrów - Biskupice Radłowskie oraz trasy WTR odcinek Drwinia (Niepołomice) Szczucin) będących przedmiotem tych zamówień w kontekście zamiaru wdrożenia ich do realizacji (udzielenia tych zamówień) oraz pozaplanowość tych zamówień. Zamówienia te nie były ujęte w planie zamówień publicznych jednostki na 2015 r., a potrzeba i zamiar ich realizacji pojawiła się ad hoc, w związku ze zróżnicowanym czasowo momentem pozyskania PFU ich dotyczących - w maju 2015 r. (pierwsze z zamówień) oraz w czerwcu 2015 r. (drugie z zamówień).

Z samego faktu, iż początkowo planowano pozyskać PFU na wszystkie odcinki tras rowerowych w jednolitym terminie (do końca września 2015 r.), nie sposób wywodzić przecieź ukształtowania się już wówczas po stronie Zamawiającego zamiaru udzielenia wszystkich zamówień objętych tymi PFU (tzn. zamiaru udzielenia wszystkich zamówień na budowę tras rowerowych), ponieważ - jak Zamawiający wskazywał już w wyjaśnieniach - dopiero na podstawie wykonanych koncepcji i PFU miały zostać następnie dokonane dalsze czynności związane z ewentualnym wdrażaniem dalszych etapów procesu inwestycyjnego w zakresie budowy sieci tras rowerowych, w tym analizy czy i które zadania będą wdrażane do realizacji np. w kontekście koncepcyjnie wyznaczanego przebiegu trasy czy też weryfikacji możliwości finansowych Zamawiającego w zakresie dalszych etapów realizacyjnych.

Faktu zlecenia na zewnątrz wykonania koncepcji i PFU dla poszczególnych tras rowerowych (etapowanych, odcinkowanych - również w toku prac koncepcyjnych) oraz ustalenia pierwotnie terminu realizacji wszystkich tych zadań do końca września 2015 r, nie można w żaden sposób utożsamiać z powstaniem zamiaru i wiedzy odnośnie realizacji zamówień obejmujących budowę poszczególnych odcinków tras w systemie zaprojektuj i wybuduj - zlecenie prac koncepcyjnych służyło przecieź właśnie weryfikacji i zorientowaniu się Zamawiającego co do możliwości realizacji tras w konkretnych przebiegach, a więc dopiero po ich wykonaniu i przeprowadzeniu analiz możliwości realizacyjnych można było mówić o powstaniu zamiaru udzielenia zamówień budowlanych (obejmujących wykonanie poszczególnych odcinków tras w systemie zaprojektuj i wybuduj).

Kwestia ta została w ocenie Zamawiającego błędnie zinterpretowana w ramach uzasadnienia przekazanych informacji pokontrolnych. Wskazane zamówienia były zamówieniami nieplanowymi. Zamiar ich udzielenia przez Zamawiającego pojawiał się sukcesywnie (ad hoc)

- w kontrze do planowanej pierwotnie koncepcji ustalenia dalszych działań dopiero po pozyskaniu PFU na wszystkie trasy rowerowe. Dopiero ukształtowanie się opisów przedmiotu zamówienia w postaci opracowania programów funkcjonalno - użytkowych (PFU) umożliwiło dopiero dokonanie ustalenia ich wartości, nastąpiło to w różnym momencie czasowym (maj/ czerwiec 2015 r.). Stąd nie sposób przypisać Zamawiającemu wiedzy o całości zakresu i przedmiotu przedsięwzięcia budowy tras rowerowych (wykonaniu robót w systemie zaprojektuj i wybuduj) na etapie wdrażania dopiero zadań związanych z opracowaniem koncepcji i PFU, czy pozyskiwania pojedynczych PFU w połowie 2015 r.

Zamawiający podniósł, że nie posiadając PFU nie jest możliwe ustalenie wartości zamówienia, w tym weryfikacja kwestii agregacji skonkretyzowanych i możliwych do oszacowania zamówień. Na etapie obliczenia wartości zamówienia „Budowa tras rowerowych w Małopolsce - Zadanie nr 5. VeloDunajec (VI) - odcinek 2 cz. 1: Ostrów - Biskupice Radłowskie” (w ramach dokonywanych czynności przygotowawczych postępowania o udzielenie zamówienia celem jego uruchomienia), co nastąpiło w dniu 6 maja 2015 r. (nie w dniu 24 czerwca 2015 r., jak zostało to wskazane w informacji pokontrolnej), Zamawiający posiadał jedynie jedno PFU dotyczące zadania budowy tras rowerowych (właśnie to dotyczące tego zamówienia), stąd nie mógł ustalić wartości zamówienia inaczej, niż jedynie w oparciu o to jedno PFU (po prostu Zamawiający nie miał z czym tego zamówienia zsumować, jako że nie posiadał w tym momencie opisu przedmiotu zamówienia na żadne inne zadanie budowy trasy rowerowej). Z kolei na etapie obliczenia wartości zamówienia „Budowa tras rowerowych w Małopolsce - Zadanie nr 1. Wiślana Trasa Rowerowa (WTR) - odcinek 1: Drwinia (Niepołomice) - Szczucin” (w ramach dokonywanych czynności przygotowawczych postępowania o udzielenie zamówienia celem jego uruchomienia), co nastąpiło w dniu 26 czerwca 2015 r. (czyli po upływie ponad 1,5 miesiąca od czynności szacowania wartości zamówienia wskazanego wyżej) Zamawiający również posiadał jedynie jednostkowe PFU dotyczące zadania budowy tras rowerowych mogące stanowić podstawę czynności szacowania (właśnie to dotyczące tego zamówienia), jako że procedura zamówieniowa wobec zamówienia wskazanego wyżej została już uruchomiona (postępowanie zostało wcześniej wszczęte), a brak jest przecież wstecznej agregacji zamówień, stąd również nie mógł ustalić wartości zamówienia inaczej, niż jedynie w oparciu o to jedno PFU (Zamawiający nie miał z czym tego zamówienia zsumować, jako że nie posiadał w tym momencie opisu przedmiotu zamówienia na żadne inne zadanie budowy trasy rowerowej, odnośnie którego istniałby wówczas niewdrożony proceduralnie zamiar jego udzielenia).

W ocenie Zamawiającego z treści przekazanych informacji pokontrolnych wynika błędna interpretacja aspektu tożsamości czasowej w kontekście kontrolowanych spraw. W kwestii

weryfikacji koincydencji czasowej chodzi nie tyle o kwestie związane z momentem samego udzielania, czy terminem realizacji zamówienia, ale głównie o moment pojawienia się po stronie Zamawiającego zamiaru udzielenia zbliżonych przedmiotowo zamówień, czyli fakt istnienia w danym, jednolitym momencie wiedzy i świadomości chęci wdrożenia takich zamówień (nawet w ramach zróżnicowanej perspektywy czasowej w kwestii uruchamiania procedury zamówieniowej, czy realizacji zamówienia). W niniejszym przypadku zabrakło właśnie tak rozumianej tożsamości czasowej, tzn. nie było jednego wspólnego momentu, kiedy u Zamawiającego istniałby zamiar udzielenia obu skonkretyzowanych zamówień. Jest to wszakże element weryfikacji poprawności czynności szacowania wartości zamówienia (jednej z czynności przygotowawczych postępowania zamówieniowego) w kontekście kwestii agregacji zamówień, stąd nie mają w tym zakresie znaczenia warunki realizacji zamówienia, ale fakt istnienia zamiaru udzielenia (wdrożenia procedury udzielenia) tożsamy przedmiotowo zamówień. Nie jest prawdą, że zlecając opracowanie opisów przedmiotu zamówienia dla poszczególnych projektów budowy tras rowerowych wykonawcom zewnętrznym znana była zamawiającemu liczba zaplanowanych postępowań oraz terminy pozyskania PFU niezbędnych do oszacowania wartości poszczególnych zamówień przewidzianych w pierwotnym terenie do dnia 30.09.2015 r.". Przecież Zamawiający zlecając wykonanie tych opracowań miał właśnie na celu dopiero poznanie zakresu i przedmiotu zamówień na roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj w postaci wykonanych PFU, na podstawie których dopiero możliwe stało się przeanalizowanie potrzeb i możliwości zamówieniowych Zamawiającego, ustalenie trybu działania (m.in. etapowania przedsięwzięcia, liczby postępowań zamówieniowych, itp.) i w konsekwencji oszacowanie wartości zamówień kierowanych do realizacji.

Zamawiający wskazał, że nie jest też prawdą, że na każdym etapie udzielania obu zamówień zamawiający miał wiedzę o zakresie Projektu. Wiedzę na temat pełnego zakresu przedsięwzięcia budowy sieci tras rowerowych zamawiający zyskał dopiero po zakończeniu prac koncepcyjnych i pozyskaniu kompletu PFU, co nastąpiło na przełomie 2015 i 2016 r. , a nie w połowie 2015 r. Kwestia orientacyjnej wartości przedsięwzięcia jest irrelevantna z punktu widzenia przepisów proceduralnych określonych w ustawie Pzp. Nie jest możliwe dowolne stosowanie przez Zamawiającego procedury unijnej w sytuacji nieistnienia do tego formalnej podstawy (tj. kwalifikacji zgodnie z wartością zamówienia opiewającą na kwotę powyżej progu unijnego).

Z ustawy Pzp wynika niemożność stosowania poszczególnych trybów procedur (krajowy /unijny) z innych powodów, niż obliczona zgodnie z ustawą Pzp wartość zamówienia. O tym, czy postępowanie ma być procedowane jako krajowe, czy unijne, decyduje jedynie kategoria wartości zamówienia jeżeli wartość zamówienia ustalona na podstawie PFU (w przypadku

zamówień na roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj) stanowi kwotę poniżej progu unijnego to postępowanie w sprawie jego udzielenia winno zostać przeprowadzone w trybie krajowym (jako ustawowo przewidziany dla zamówienia o takiej wartości). Dowolnie nie można zastosować trybu unijnego (a contrario braku jego zastosowania nie można kwalifikować jako naruszenia ustawy Pzp). Procedury unijne nie powinny być stosowane w przypadkach, kiedy taki obowiązek nie wynika wyraźnie z przepisów ustawy Pzp, również z przyczyn czysto praktycznych, ale mających znaczące przełożenie dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych, jako że są uciążliwe dla wykonawców (szczególnie podmiotów z sektora MŚP, które głównie zainteresowane są właśnie tego typu zamówieniami - relatywnie niewielkimi, związanymi z rynkiem lokalnym) z uwagi na dużo większy formalizm, większy zakres i stopień skomplikowania obowiązków proceduralnych.

Fakt zróżnicowania podejścia Zamawiającego do procedury udzielania zamówień dotyczących budowy odcinków w ramach sieci tras rowerowych w 2015 r. oraz 2016 r. (i latach późniejszych), tj. w zależności od stanu wiedzy na temat przedmiotu tych zamówień (w tym w szczególności posiadanych materiałów (dokumentacji projektowej) będących podstawą ustalenia wartości zamówienia - PFU dotyczących poszczególnych odcinków tras) świadczy o istnieniu po stronie Zamawiającego rzeczywistej woli poszanowania zasad i przepisów zamówieniowych przy jednoczesnej świadomości różnic stanu faktycznego i znajomości przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał także, abstrahując od kwestii oceny prawnej co do samego faktu zaistnienia wskazanych naruszeń, że nie została w ogóle wzięta pod uwagę i przeanalizowana istotna dla niniejszego kwestia możliwości wpływu stwierdzonych w tych sprawach naruszeń na wynik postępowania w świetle wskazywanych okoliczności faktycznych związanych z typem, wielkością i rynkiem przeznaczenia tych zamówień. W ocenie Zamawiającego - nawet przy przyjęciu zaistnienia tych naruszeń - z czym się nie zgadza - okoliczności stanu faktycznego tych spraw przemawiają za uznaniem, iż nie miały i nie mogły mieć one wpływu na wynik postępowania, a więc stanowiłoby jedynie uchybienia natury formalnej. W tym zakresie Zamawiający zwrócił uwagę na brak elementu transgraniczności w zakresie tych zamówień.

Obydwa zamówienia stanowią zamówienia wartościowo niewielkie (zarówno wartości szacunkowe tych zamówień, jak i ich wartości umowne brutto (z podatkiem VAT) nie przekraczały progu unijnego dla robót budowlanych - jedno z nich opiewało na kwotę blisko 3,4 mln zł (zamówienie podstawowe)/5,6 mln zł (zamówienie podstawowe wraz z przewidzianymi zamówieniami uzupełniającymi), natomiast drugie na kwotę niecałych 21,7 mln zł), mające zasięg jedynie lokalny (z punktu widzenia obszaru UE), w związku z czym niestanowiące przedmiotu zainteresowania podmiotów zagranicznych (spoza Polski).

Zamówienia te stanowią zadania budowlane drogowe realizowane w wymiarze lokalnym (budowa odcinków ścieżek rowerowych o długości kilku - kilkudziesięciu km na terenie poszczególnych części województwa małopolskiego), toteż z uwagi na specyfikę tego sektora gospodarki, rynek odniesienia i jego strukturę oraz lokalizację miejsca wykonania tych zamówień oczywistym jest, iż tak niewielkie, lokalne zamówienia nie są przedmiotem starań i ubiegania się o ich udzielenie wykonawców zagranicznych (z ogólnoznanej praktyki działalności wynika, iż jedynie duże kontrakty drogowe o wolumenie kilkuset milionów zł stanowią obiekt zainteresowania tego typu podmiotów).

W postępowaniach tych (ani żadnych innych dotyczących budowy odcinków tras rowerowych prowadzonych przez Zamawiającego w okresie późniejszym także tych prowadzonych już od 2016 r. wedle procedury unijnej) nie uczestniczył, ani też nie wyrażał choćby wstępnego zainteresowania żaden wykonawca zagraniczny. Większość wykonawców ubiegających się o zamówienia tego typu stanowią podmioty z sektora MŚP (lokalni przedsiębiorcy i firmy - z terenu województwa małopolskiego). Świadczy to niezbitnie o fakcie, iż zamówienia takie nie stanowią przedmiotu zainteresowania wykonawców spoza Polski, ale kierowane są głównie do lokalnych wykonawców (MŚP i firm mających siedzibę w Polsce). Stąd można wnioskować, iż nawet zastosowanie w ramach udzielenia przedmiotowych zamówień procedury unijnej (w tym opublikowania ogłoszeń o zamówieniu w Dz.Urz.UE) nie miałoby żadnego wpływu na konkurencyjność nie poprawiłoby przejrzystości i nie spowodowałoby nawet potencjalnego poszerzenia kręgu wykonawców. Przedmiotowe twierdzenie oparte jest wprost o doświadczenia z kilkudziesięciu postępowań w sprawie zamówień na budowę ścieżek rowerowych (w ramach przedsięwzięcia budowy sieci tras rowerowych w Małopolsce) przeprowadzonych w okresie ostatnich lat przez Zamawiającego, a więc posiada realny i faktyczny kontekst, a nie jest jedynie niczym nie popartym domniemaniem.

Nie może być automatyzmu i generalizacji w aspekcie ustalania poziomu agregacji zamówień i uznawania nieprawidłowości w tym zakresie za naruszenie kwalifikowane (generujące wpływ na wynik postępowania lub jego możliwość) - wymagane jest przeprowadzenie analizy wpływu danego uchybienia (w razie jego stwierdzenia) na postępowanie (tzn. weryfikacja, czy gdyby uchybienie nie zostało popełnione w tym konkretnym postępowaniu, to mogłoby to faktycznie spowodować zmiany w zakresie kręgu wykonawców, treści ofert, etc.). W ocenie Zamawiającego na gruncie przeprowadzonych kontroli takiej analizy zabrakło, a miałyby ona w kontekście przedstawionego stanu faktycznego niniejszych spraw znaczenie znaczne.

Nawet przy założeniu, że postępowania te zostałyby przeprowadzone w trybie unijnym, na bazie faktycznych konkretnych okoliczności tej sprawy należy uznać, iż nie wpłynęłoby i nie mogłoby wpłynąć w sposób korzystny z punktu widzenia środków publicznych na te postępowania (co do kręgu wykonawców, cen ofertowych, wyniku postępowania, etc.), a tym

samym nie mogłoby mieć nawet potencjalnego wpływu na postępowanie i jego wynik, ponieważ zamówienia te nie mają charakteru transgranicznego, a więc i tak nie byłyby przedmiotem zainteresowania ze strony wykonawców zagranicznych - nie ma jakichkolwiek przesłanek uprawniających do twierdzenia, iżby zamówienia te stanowiły lub mogły być przedmiotem zainteresowania wykonawców zagranicznych, w tym z rynku zewnętrznego UE (brak jest zatem faktycznego i potencjalnego wpływu na wynik postępowania). Ogólnie postępowania przetargowe prowadzone przez Zamawiającego, w szczególności dotyczące zamówień na roboty w zakresie ścieżek rowerowych o wartości relatywnie niewielkiej z punktu widzenia rynku UE (kilka - kilkanaście milionów zł) nie są obiektem zainteresowania ze strony Wykonawców zagranicznych, co świadczy o braku transgraniczności tych zamówień. Tak relatywnie niewielkie zamówienia na roboty adresowane są na rynki lokalne (dla wykonawców zagranicznych nie jest to obszar zainteresowania z uwagi na brak opłacalności realizacji takich zadań).

Na gruncie niniejszych postępowań poziom konkurencyjności był wysoki (złożonych zostało po kilka ofert), a ceny ofertowe nie odbiegały od wartości zamówienia (potwierdzając prawidłowość jej obliczenia). Celem potwierdzenia twierdzeń zamawiający załączył analizę postępowań na roboty dotyczące ścieżek rowerowych przeprowadzonych przez Zamawiającego w latach 2015 - 2018.

Zamawiający wniósł o ponowne rozpatrzenie całokształtu sprawy, przeanalizowanie całości materiału oraz weryfikację zaprezentowanego w przekazanych informacjach o wynikach kontroli stanowiska w kontekście niestwierdzenia naruszeń (w zakresie objętym zgłoszonymi zastrzeżeniami), ewentualnie stwierdzenia w tym zakresie jednie naruszeń niemających wpływu na wynik postępowania.

W odpowiedzi z dnia 13 sierpnia 2019 r. Prezes Urzędu Zamówień podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 19 lipca 2019 r. odnośnie wskazanych naruszeń i stwierdził, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Ponownie wskazał, że zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Przepis ten należy interpretować przez pryzmat skutku dzielenia zamówienia na części i zaniechania łącznego szacowania ich wartości. Jeżeli skutkiem tym jest uniknięcie stosowania przepisów ustawy Pzp (w tym przepisów odnoszących się do wartości zamówień powyżej określonego progu), to przyjęć należy, że zamawiający mający od początku wiedzę o tożsamości przedmiotowej zamówień i przewidujący konieczność ich udzielenia dla osiągnięcia pożądanego efektu, dzieląc zamówienie na części bez łącznego szacowania ich wartości, działał w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Obowiązek łącznego szacowania wartości tożsamy

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, jak również umożliwić wykonawcom złożenie ofert częściowych. W takich okolicznościach jednak, jeżeli poszczególne części stanowią w istocie jedno zamówienie, dla przeprowadzenia odrębnych procedur konieczne będzie zsumowanie wartości wszystkich części i zastosowanie dla każdej z tych części przepisów właściwych dla wartości całego zamówienia. Istotne znaczenie ma przy tym ustalenie, czy w danym stanie faktycznym zaistniały trzy przesłanki konieczne do stwierdzenia, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Prezes Urzędu podkreślił istnienie w przedmiotowych postępowaniach przesłanek dotyczących tożsamości przedmiotowej i podmiotowej, co sam Zamawiający potwierdził w złożonych zastrzeżeniach „nie kwestionując przy tym zbytnio istnienia aspektów tożsamości przedmiotowej i podmiotowej w kontekście tych zamówień z uwagi na rzeczywiste ich podobieństwo oraz jednolitą konsekwencję działań Zamawiającego w tym zakresie przyjętą w ramach procedur zamówieniowych dotyczących budowy tras rowerowych od 2016 r.”

Odnosząc się do kwestii zaistnienia tożsamości czasowej zamówień Prezes Urzędu ponownie podniósł, że z treści dokumentów zgromadzonych w toku kontroli doraźnej wynika, iż na każdym etapie udzielania zamówień Zamawiający miał pełną wiedzę o zakresie Projektu, krokach, które należy podjąć w celu realizacji tego zakresu oraz orientacyjnych wartościach przedsięwzięcia. Zlecając opracowanie PFU i ustalając terminy realizacji zleceń Zamawiający realizował zaplanowane w ramach Projektu polegające na budowie Sieci Tras Rowerowych w Województwie Małopolskim czynności składające się na jego zakres, tym samym znany był mu przewidywany okres ich realizacji, co jednoznacznie wskazuje, że spełniona została przesłanka czasowa. A zatem uznać należy, iż potrzeba udzielenia obydwu zamówień uwidoczniła się już w tym momencie. Prezes Urzędu, nie przyznał racji argumentom Zamawiającego w zakresie braku tożsamości czasowej z kilku powodów. Po pierwsze w wyjaśnieniach skierowanych do Prezesa UZP dotyczących kontroli KND/41/18/DKZP, w piśmie z dnia 01.04.2019 r. szeroko przytoczonym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 19.07.2019 r. Zamawiający wskazał, że „przewidywano wykonanie ośmiu koncepcji i PFU (dla każdej z tras), które miały zostać opracowane w jednolitym terminie - do dnia 30 września 2015 r.

W złożonych zastrzeżeniach wskazano natomiast, że „potrzeba i zamiar ich realizacji pojawiła się ad hoc, w związku ze zróżnicowanym czasowo momentem pozyskania PFU ich dotyczących - w maju 2015 r. (pierwsze z zamówień) oraz w czerwcu 2015 r. (drugie z zamówień)”. Po drugie Prezes Urzędu, zauważył, że w momencie wszczęcia pierwszego postępowania zamawiający posiadał ogólną wiedzę co do pełnego zakresu Projektu oraz

terminów, po upływie których możliwe było dokonywanie dalszych etapów procesu inwestycyjnego. Fakt uzyskania PFU, stanowiącego podstawę obliczania planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, w terminie wcześniejszym niż pierwotnie ustalono nie uzasadnia dokonania wszczęcia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ad-hoc, z pominięciem ustalonych terminów i obowiązujących w ustawie Pzp zasad. Wskazane działanie Zamawiającego doprowadziło w konsekwencji do potraktowania poszczególnych zamówień składających się na realizację całego Projektu jako oddzielnych postępowań.

Zdaniem Prezesa Urzędu, z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, że odrębne oszacowanie ww. zamówień było nieprawidłowe, ponieważ zamówienia te spełniają wszystkie kryteria (roboty budowlane objęte przedmiotowymi zamówieniami są tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, były możliwe do przewidzenia w określonej perspektywie czasowej oraz istniała możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę) wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. Bezspornym jest również fakt, iż brak zamieszczenia ogłoszeń o zamówieniach w najszerzej dostępnym dla wykonawców publikatorze, tj. w Dzienniku Urzędowym UE, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp i bez znaczenia pozostaje okoliczność, że Zamawiający zamieścił ogłoszenia w publikatorze krajowym. Zdaniem Prezesa Urzędu, okoliczności sprawy dowodzą, że zamawiający przewidywał udzielenie dwóch kolejnych, tożsamyh przedmiotowo, czasowo i podmiotowo zamówień w celu realizacji Projektu polegającego na budowie Wiślanej Trasy Rowerowej, a tym samym miał obowiązek łącznego oszacowania wartości obu wskazanych zamówień. Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4, art. 7 ust. 1, art. 40 ust. 3 oraz art. 43 ustawy Pzp. Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził, że przedstawione zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie i przekazał sprawę do zaopiniowania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z zastrzeżeniami Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko przedstawione w Informacji o wyniku kontroli z dnia 23 lipca 2019 r. zarówno w zakresie ustaleń faktycznych jak i argumentacji prawnej co do stwierdzonych naruszeń.

Oceny prawnej wykazanych w toku kontroli naruszeń należy dokonać na gruncie obowiązujących w dacie wszczęcia objętego kontrolą postępowania o zamówienie publiczne przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”.

Zgodnie z obowiązującymi w dacie wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne przepisami dotyczącymi szacowania wartości zamówień publicznych podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części i zaniżać jego wartości. Art. 32 ust. 4 ustawy Pzp dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania, zastrzegając jednakże iż w takiej sytuacji wartością każdego z tych zamówień jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Jak słusznie wskazano w toku kontroli dla ustalenia czy mamy do czynienia z jednym czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe, funkcjonalne, tożsamość czasowa i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

W ocenie Izby, w przypadku udzielania zamówień których wartość i zakres są możliwe do ustalenia na cały okres realizacji, a dodatkowo mogą być udzielone w ramach jednego zamówienia podzielonego na części, oszacowania wartości zamówienia dokonuje się z uwzględnieniem wartości każdej z części.

Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach nie kwestionował istnienia tożsamości przedmiotowej i podmiotowej w obu udzielonych zamówieniach na budowę tras rowerowych w Małopolsce - Zadanie nr 5. VeloDunajec (VI) - odcinek 2 cz. 1: „Ostrów - Biskupice Radłowskie” oraz budowę tras rowerowych w Małopolsce - Zadanie nr 1. „Wiślana Trasa Rowerowa (WTR) - odcinek 1: Drwinia (Niepołomnice) - Szczucin”. Wskazywał, że w jego ocenie, nie zachodzi tożsamość czasowa w kontekście pojawienia się zamiaru ich udzielenia i możliwości oszacowania ich wartości zgodnie z przepisami ustawy Pzp na bazie opisu przedmiotu zamówienia Programu Funkcjonalno Użytkowego.

Krajowa Izba Odwoławcza, nie podzieliła argumentacji Zamawiającego w tym zakresie. Jak wynika z dokumentacji sprawy i wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku kontroli oba przeprowadzone postępowania o zamówienie publiczne na budowę tras rowerowych były realizowane w ramach jednego zadania inwestycyjnego pn. Wiślana Trasa Rowerowa, będącego ogólnopolskim projektem łączącym osiem województw, którego celem jest utworzenie około 1200 - kilometrowego krajoznawczego szlaku rowerowego wzdłuż rzeki Wisły. W celu realizacji tego projektu Zamawiający, w wyniku przeprowadzonych postępowań

o zamówienie publiczne, zlecił opracowanie koncepcji Programowej Budowy Zintegrowanej Sieci tras Rowerowych w Województwie Małopolskim. Na etapie umów przewidywano wykonanie ośmiu koncepcji i PFU (dla każdej z tras), które pierwotnie miały zostać opracowane w jednolitym terminie do 30 września 2015 r.

Już same te działania wskazują na świadomość po stronie Zamawiającego, iż zlecane pierwsze zamówienia na budowę tras rowerowych stanowią jedynie części/odcinki całego większego przedsięwzięcia dotyczącego budowy szlaku rowerowego wzdłuż Wisły, które zamierzał zrealizować. Zakres projektu był znany Zamawiającemu już na etapie zlecenia każdego z zamówień i możliwy do przewidzenia i wstępnego oszacowania, stąd niezasadnym jest twierdzenie, że były to zamówienia nieplanowane. Zamówienia na budowę ścieżek rowerowych były ze sobą funkcjonalnie powiązane i dające się przewidzieć w określonej perspektywie czasowej.

Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem Zamawiającego, że z uwagi na brak w dacie szacowania zamówienia na zadanie nr 5 VeloDunajec (VD) - odcinek 2 cz. 1: Ostrów-Biskupice Radłowskie Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU) dotyczącego kolejnych zamówień na budowę ścieżek rowerowych dopuszczalnym było odrębne szacowanie wartości każdego z tych zamówień. PFU stanowi podstawę do oszacowania wartości konkretnego zamówienia publicznego i opisu przedmiotu tego zamówienia, nie jest to dokument niezbędny dla określenia planowanych kosztów tożsamyh prac, które Zamawiający zamierza zlecić w krótkiej perspektywie czasowej. W analizowanej sprawie, Zamawiający winien uznać, iż udzielane zamówienie na zadanie nr 5 jest jedynie częścią całego przedsięwzięcia i ustalić wartość szacunkową tego zamówienia zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, przyjmując do oszacowania wartość planowanych robót budowlanych dotyczących budowy ścieżek rowerowych, realizowanych w ramach tego samego projektu. Sam brak PFU na kolejne planowane zamówienia na budowę ścieżek rowerowych w momencie dokonywania oszacowania wartości konkretnego zamówienia publicznego nie stanowił przy tym żadnej przeszkody w prawidłowym oszacowaniu zamówienia, bowiem Zamawiający znał skalę i zakres całego przedsięwzięcia już w momencie wszczęcia pierwszego zamówienia na budowę ścieżek rowerowych.

Ogłoszenia o zamówieniach na zadanie nr 1 i zadanie 5 zostały opublikowane w tym samym miesiącu w odstępie 5 dni (24 i 29 czerwca 2015 r.), umowy zostały zawarte w zbliżonym terminie (14 września i 4 sierpnia 2015 r.), stąd zdaniem Izby nie ma wątpliwości, że w sprawie zachodzi koincydencja czasowa w udzielanych kolejno przez Zamawiającego zamówieniach, nakazująca uznać, iż wartością każdego z tych zamówień winna być łączna wartość wszystkich zamówień dotycząca budowy ścieżek rowerowych realizowanych w ramach tego samego projektu

Nie zasługuje także na uznanie argumentacja Zamawiającego dotycząca braku wpływu stwierdzonych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze wskazać trzeba, że celem prowadzonej kontroli doraźnej jest ocena zgodności działań i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, w sytuacji gdy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. (art. 165 ustawy Pzp). Jednocześnie przepisy ustawy Pzp nie wymagają dokonywania oceny stwierdzonych w toku kontroli naruszeń pod kątem ich wpływu na wynik postępowania o zamówienie publiczne.

Niezależnie od tego nie można zgodzić się z stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego w zgłoszonych zastrzeżeniach, iż stwierdzone w toku kontroli naruszenia nie miały lub nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Podział zamówienia na części i zniżenie wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy przewidzianych dla danej wartości zamówienia publicznego niewątpliwie stanowi naruszenie o charakterze doniosłym dla całego postępowania o zamówienie publiczne. Naruszenie tego rodzaju wpływa na krąg potencjalnych wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, narusza zasadę uczciwej konkurencji i jawności postępowania o zamówienie publiczne.

Z tych względów, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp przez ustalenie wartości zamówienia odrębnie w stosunku do poszczególnych części zamówienia a także naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji, art. 40 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz art. 43 ustawy Pzp przez określenie zbyt krótkiego termin składania ofert.