

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 28 sierpnia 2019 r.**

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

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

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 23 lipca 2019 roku w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na budowę pod nazwą **»Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 1. Wiślana Trasa Rowerowa (WTR) – odcinek 1: Drwinia (Niepołomice)-Szczucin«**

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Marek Koleśnikow
Członkowie:	Daniel Konicz
	Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego nie zostają uwzględnione.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pod nazwą » Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 1. Wiślana Trasa Rowerowa (WTR) – odcinek 1: Drwinia (Niepołomice)-Szczucin«. Zamawiający wszczął postępowanie 29.06.2015 r. Zamawiający był obowiązany prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 i 478) – dalej w skrócie „ustawa Pzp”. Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia 26.06.2015 r. na kwotę 21 733 319,09 zł (co stanowi równowartość 5 144 102,60 euro).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonał od 25.01.2019 r. do 19.07.2019 r. kontroli doraźnej na podstawie cyt. »art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [...]«.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdził:

- 1) naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp przez ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia, a także art. 7 ust. 1 (zasady zachowania uczciwej konkurencji), art. 40 ust. 3 (zaniechanie publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) oraz art. 43 ustawy Pzp (określenie zbyt krótkiego termin składania ofert);
- 2) naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej Znk) – przez bezzasadne uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. (lider konsorcjum), POLDIM Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powiadomił o stwierdzeniach naruszeń zamawiającego 19.07.2019 r. w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak UZP/DKZP/KND/41/2019).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził w uzasadnieniu stwierdzenia naruszenia art. 32 ust. 2 i 4, art. 7 ust. 1, art. 40 ust. 3 oraz art. 43 ustawy Pzp jak niżej:

Zamawiający przeprowadził postępowanie pn. „Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 1. Wiślana Trasa Rowerowa (WTR) – odcinek 1: Drwinia (Niepołomice)-Szczucin” (ZDW-DN-4-271-63/15), które realizowane jest w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Wiślana Trasa Rowerowa”, będącego ogólnopolskim projektem łączącym osiem województw. Celem projektu było utworzenie około 1200-kilometrowego krajoznawczego szlaku rowerowego wzdłuż rzeki Wisły.

Postępowanie wszczęto 29.06.2015 r. w wyniku publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych opublikowanym 29.06.2015 r. pod numerem 95857-2015.

W wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający 14.09.2015 r. zawarł umowę na realizację zamówienia nr 138/2015/ZDW z wykonawcą konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy (lider), POLDIM Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy.

Zgodnie z dokumentem pn. „Zlecenie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” z 26.06.2015 r. oraz protokołem postępowania (druk ZPPN) wartość szacunkowa zamówienia została ustalona 26.06.2015 r. w wyniku obliczenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych na kwotę 21 733 319,09 zł (co stanowi 5 144 102,60 euro).

Postępowanie przeprowadzono w zakresie projektu nr RPMP.06.01.05-12-0428/16 pn. „Budowa zintegrowanej sieci tras rowerowych w Województwie Małopolskim – zadanie nr 1 Wiślana Trasa Rowerowa (WFR) – odcinek 1: Dwina (Niepołomice)-Szczucin” 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 wyjaśnieniach skierowanych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w piśmie z 01.04.2019 r., w odpowiedzi na wezwanie do wskazania terminów jakie zostały przewidziane przez zamawiającego w ramach procedury na sporządzenie oraz przekazanie przez wykonawców dokumentacji projektowej na roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia ww. postępowania objętego kontrolą Prezesa UZP zamawiający wskazał, 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 września 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 EuroVe1011 (EVI 1), 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 zewnętrznymi 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 czerwca 2015 r. – na podstawie PFU pozyskanego w wersji ostatecznej 26 czerwca 2015 r.), a kolejno odnośnie Wiślanej Trasy Rowerowej (WTR) odcinek Brzeszcze-Skawina (postępowanie przetargowe na zamówienie zaprojektuj i wybuduj zostało wszczęte 11 września 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 Państwu przekazanej, jak również w ramach informacji kierowanych już bezpośrednio do Państwa”.

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 tej 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, że 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 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. 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 ustawy Pzp stanowi, że 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 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 ustawy Pzp.

Dla ustalenia czy w sprawie można mieć do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. 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 są one tożsame rodzajowo, posiadają podobne przeznaczenie. W przypadku potwierdzenia istnienia przesłanki przedmiotowej, 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 celu stwierdzenia czy wartość kolejno udzielanych po sobie zamówień na budowę tras rowerowych w Małopolsce należy ze sobą zsumować (innymi słowy uznać za jedno zamówienie, choć udzielone w częściach), należy wziąć pod uwagę zaistnienie w konkretnych okolicznościach faktycznych następujących przesłanek:

- 1) zachodzi tożsamość czasowa udzielania kolejnych części zamówienia,
- 2) istnieje tożsamość przedmiotowa poszczególnych części (są one względem siebie tożsame funkcjonalnie) i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia, oraz
- 3) zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę.

W przypadku zatem łącznego 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.

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. Delegacja z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp wskazuje na Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 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), aktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania. Z S 1 pkt 1 ww. rozporządzenia 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 5 186 000.00 euro – dla robót budowlanych.

Z powyższego wynika, że zamówienia na roboty budowlane o wartości niższej niż 5 186 000,00 euro były wyłączone z obowiązku ogłoszenia w publikatorze unijnym, wystarczającym było natomiast ogłoszenie o takim zamówieniu zamieszczone w publikatorze krajowym, siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej. Właściwe oszacowanie wartości zamówienia jest zatem kwestią niezwykle istotną, bowiem nieprawidłowe [zbyt niskie] oszacowanie wartości, które skutkuje zamieszczeniem ogłoszenia w niewłaściwym – krajowym publikatorze, ogranicza dostęp do informacji o zamówieniu. Zakres podmiotów poinformowanych o zamówieniu, a co za tym idzie podmiotów, które potencjalnie mogłyby złożyć ofertę wykonania zamówienia, zależy w dużej mierze od tego, gdzie opublikowane zostało ogłoszenie.

W rozpoznawanej sprawie spełniona została po pierwsze przesłanka odnosząca się do terminu realizacji świadczenia. Analizowane zamówienie oraz zamówienie pn. „Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 5. VeloDunajec (VD) – odcinek 2 cz. 1: Ostrów-Biskupice Radłowskie” zostały udzielone w zbliżonym terminie, w odstępie kilku tygodni. Kolejne umowy podpisywane były 4 sierpnia i 14 września 2015 r. Wskazać przy tym należy, że podstawą do oceny, czy przesłanka czasowa jest spełniona czy też nie, jest co do zasady, przewidywalny czas realizacji danego świadczenia. Nie oznacza to zatem, że konieczne jest udzielenie wszystkich zamówień częściowych w tym samym czasie. 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 przedstawionych dokumentów oraz wyjaśnień zamawiającego 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. Dodatkowo ostatecznie termin ten (po wprowadzeniu zmian do umów) uległ skróceniu do dnia 26.06.2015 r. w przypadku przedmiotowego postępowania i do dnia 08.05.2015 r. w przypadku postępowania pn.

„Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 5. VeloDunajec (VD) – odcinek 2 cz. 1: Ostrów-Biskupice Radłowskie”.

W wyjaśnieniach udzielonych m.in. Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający wskazał, 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 dnia 30 września 2015 r. Na podstawie wykonanych PFU miały zostać następnie dokonane dalsze czynności związane z wdrażaniem dalszych etapów procesu inwestycyjnego. Powyższe oznacza, że zamawiający do dnia 30 września 2015 r. planował pozyskać PFU dla zadań/projektów składających się na budowę Wiślanej Trasy Rowerowej.

Jak wynika z treści przedłożonych dokumentów, na każdym etapie udzielania obu wskazanych powyżej zamówień zamawiający miał wiedzę o zakresie Projektu, krokach, które należy podjąć w celu realizacji tego zakresu oraz orientacyjnych wartościach przedsięwzięcia. Udzielając kolejnych zamówień zamawiający nabywał zatem zaplanowane w ramach ww. projektu roboty, tym samym znany był mu przewidywany okres ich nabywania, co oznacza, że spełniona została przesłanka czasowa.

Po drugie, odnosząc się do przesłanki przedmiotowej, należy zaznaczyć, że z analizy treści dokumentów przedłożonych do kontroli wynika, że w obu postępowaniach zakres prac był podobny. Przedmiotem analizowanego zamówienia jest opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla odcinka Wiślanej Trasy Rowerowej wraz z uzyskaniem zgody właściwego organu na prowadzenie robót w oparciu o obowiązujące przepisy; wykonanie robót budowlanych od km 129,668 do km 220,565 (wg kilometraża roboczego WTR) obejmujących:

1. budowę drogi dla rowerów o nawierzchni z betonu asfaltowego zlokalizowanych na wałach przeciwpowodziowych rzeki Wisła;
2. budowę drogi dla rowerów w m. Grobla (Gm. Drwinia) i w międzywalu rzek: Gróbka (Gm. Szczurowa), Kisielina (Gm. Wietrzychowice);
3. rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 964 przez wykonanie drogi rowerowej (ciągu pieszo – rowerowego) na terenie gminy Drwinia wraz z budową odwodnienia drogi, przebudową lub zabezpieczeniem kolidującej infrastruktury technicznej, z przebudową i adaptacją zjazdów oraz ogrodzeń;
4. wykonanie robót konserwacyjnych i utrzymaniowych na 5 obiektach mostowych;



5. adaptacja przepustu na kanale melioracyjnym w m. Niedary (wykonanie konstrukcji oporowej dla drogi rowerowej oraz wykonanie elementów BRD);

6. remonty istniejących dróg;

7. wykonanie oznakowania poziomego i pionowego drogi rowerowej, oznakowanie trasy rowerowej jako szlaku turystycznego oraz wykonanie urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego;

8. prace o charakterze przygotowawczym, pomocniczym i porządkującym (m.in. wycinka i nasadzenia zieleni, rozbiórki elementów dróg istniejących, ewentualna przebudowa zjazdów, ogrodzeń, bram i furtek).

Natomiast przedmiotem zamówienia postępowania pn. „Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 5. VeloDunajec (VD) – odcinek 2 cz. 1: Ostrów-Biskupice Radłowskie”:

1. opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem zgody właściwego organu na prowadzenie robót w oparciu o obowiązujące przepisy,

2. wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę drogi rowerowej o nawierzchni asfaltowej na wale przeciwpowodziowym rzeki Dunajec oraz odcinka istniejącej drogi wraz z oznakowaniem trasy rowerowej i odcinka trasy po istniejącej drodze w m. Biskupice Radłowskie – odcinek od km 0+000 do km ok. 14+217,90 (wg kilometraża roboczego trasy VeloDunajec). Budowa drogi rowerowej obejmuje m. in. wykonanie konstrukcji nawierzchni asfaltowej na koronie wału oraz na odcinku drogi istniejącej w m. Bobrowniki Małe (odcinek dł. ok. 80 m), a także wykonanie stałej organizacji ruchu zgodnie z Koncepcją Programową Budowy I Etapu Zintegrowanej Sieci Tras Rowerowych w Województwie Małopolskim z podziałem na zadania: Zadanie nr 5 a VeloDunajec (VD) – odc. 2, cz. I i oznakowanie trasy rowerowej jako szlaku turystycznego.

Wskazuje to, że zakres zadań składających się na ww. zamówienia jest niemal identyczny. W postępowaniu pn. „Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 5. VeloDunajec (VD) – odcinek 2 cz. 1: Ostrów-Biskupice Radłowskie” zakres prac jest szerszy i obejmuje dodatkowo opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem zgody właściwego organu na prowadzenie robót w oparciu o obowiązujące przepisy.

Nie zmienia to jednak faktu, że oba zamówienia udzielone zostały na roboty budowlane mające za przedmiot budowę tras rowerowych w Małopolsce.

Po trzecie, jak wynika z treści dokumentacji kontrolowanych postępowań, oferty w każdym z tych postępowań złożyło co najmniej po czterech tych samych wykonawców:

1) W postępowaniu pn. „Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 1. Wiślana Trasa Rowerowa (WTR) – odcinek 1: Drwinia (Niepołomice)-Szczucin”, oferty złożyli następujący wykonawcy:

- a) konsorcjum firm: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. Kielce (lider), Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych K. C., Pawłów,
- b) Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o. o., Tarnów,
- c) SKANSKA S.A., Warszawa,
- d) konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. , Dębica (lider), POLDIM Sp. z o.o., Dębica,
- e) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL Sp. z o.o., Kraków.

2) W postępowaniu pn. „Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 5. VeloDunajec (VD) – odcinek 2 cz. 1: Ostrów-Biskupice Radłowskie”, oferty złożyli następujący wykonawcy:

- a) konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., (lider), Dębica, POLDIM Sp. z o.o., Dębica,
- b) Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysocka, Wrocław,
- c) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego MACHNIK Sp. z o.o., Mochnaczka Wyżna, Krynica Zdrój,
- d) SKANSKA S.A., Warszawa,
- e) Eurovia Polska S.A., Warszawa,
- f) konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych K. C., Pawłów (lider), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych A. C., Starachowice,
- g) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL Sp. z o.o., Kraków.

Sam fakt, że w obu postępowaniach oferty złożyło co najmniej po czterech tych samych wykonawców, oraz że wykonawcy, którzy ostatecznie zdobyli poszczególne zamówienia złożyli także oferty w ramach pozostałych zamówień (Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych K. C. z siedzibą w Pawłowie w ramach konsorcjum oraz konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., (lider), Dębica, POLDIM Sp. z o.o., Dębica), świadczy o tym, że byli oni w stanie wykonać każde z tych zamówień w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego. Tym samym, dowodzi to istnienia tego samego kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowych zamówień.

W świetle wyżej opisanych okoliczności faktycznych i obowiązujących przepisów prawa, wyjaśnienia zamawiającego w sprawie szacowania wartości wymienionych powyżej dwóch zamówień nie mogą być uznane za zasadne. Przede wszystkim zauważyć należy, 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 opracowanie PFU mających stanowić opis przedmiotu zamówienia pod kolejny etap realizacji tych tras. Zamawiający planując budowę

tras rowerowych w Małopolsce miał obowiązek oszacować wartość pierwszego z udzielanych w tym celu zamówień łącznie z wartością planowanych następnych zamówień, które były niezbędne do realizacji całego Projektu.

Z analizy okoliczności faktycznych sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie przedmiotowych zamówień nie było właściwe. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. W niniejszej sprawie oba postępowania zostały wszczęte, a umowy zostały zawarte, w zbliżonym terminie, w okresie niespełna sześciu tygodni (14.09.2015 r. i 04.08.2015 r.). Z dokumentu zatytułowanego „Realizacja prac dokumentacyjnych w zakresie opracowania dokumentacji wstępnej, w tym Programów Funkcjonalno-Użytkowych (PFU) dla tras rowerowych w Małopolsce”, przekazanego przez zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu do wskazania terminów przewidzianych na dokonanie czynności opisanego przedmiotu zamówienia oraz sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla poszczególnych projektów przez wykonawców realizujących je w ramach udzielonych zamówień wynika, że pierwotny termin zakończenia prac dokumentacyjnych omawianego projektu upływał 30.09.2015 r. Tego samego dnia upłynął pierwotny termin zakończenia prac dokumentacyjnych również Projektu realizowanego pn. „Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 5. VeloDunajec (VD) – odcinek 2 cz. 1: Ostrów-Biskupice Radłowskie”. Wskazany termin został następnie wydłużony, w wyniku sporządzenia aneksów do umów na realizację ww. Projektów, do dnia 28.11.2015 r.

Zamawiający otrzymał kompletną dokumentację projektową (umożliwiającą wyszacowanie wartości zamówienia) w ramach wydzielonych odcinków odpowiednio 28.05.2015 r. oraz 08.05.2015 r.

Jako, że są ze sobą tożsame i ich przeznaczenie jest takie samo mogą być one również wykonywane przez to samo grono wykonawców. Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający szacując oraz prowadząc odrębnie przedmiotowe postępowania dopuścił się niedozwolonego podziału zamówienia na części. Wskazać przy tym należy, że łącznie szacowana 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 w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ustalenie przez zamawiającego 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. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 (zasady zachowania uczciwej konkurencji), art. 40 ust. 3 (zaniechanie publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej), oraz art. 43 ustawy Pzp (określenie zbyt krótkiego termin składania ofert).

W odpowiedzi na tę Informację 1.08.2019 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli (pismo z 30.07.2019 r.). Zamawiający podniósł jak niżej:

Prezes UZP w toku kontroli nie wziął pod uwagę całokształtu 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 zgłaszanym 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).

W ramach szczegółowej argumentacji zgłaszanych do obu wyników kontroli zastrzeżeń Zamawiający podnosi i wywodzi, co następuje:

1) W ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do stwierdzenia, że 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 (Dz. Urz. UE) i ustaleniu zbyt krótkiego terminu składania ofert.

Zdaniem Zamawiającego, w ramach wniosku skierowanego do Prezesa UZP (w tym złożonych wraz z wnioskiem dokumentów) oraz późniejszych wyjaśnień składanych w toku postępowania kontrolnego, w sposób bardzo szczegółowy, w oparciu o przepisy ustawy Pzp i powołane okoliczności stanu faktycznego związane z przygotowaniem postępowań dla obu zamówień, uargumentowana została niemożność łącznego oszacowania wartości tych zamówień z uwagi na brak tożsamości czasową 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, że zamówienia te stanowią odrębne, samodzielne, niesumowalne zamówienia, a nie części jednego łącznego 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, że 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 ówczas 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 zniżenia 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.

Nie chcąc już jednak niepotrzebnie powielać szczegółowej argumentacji tej kwestii zawartej w poprzednich pismach Zamawiający pozwala sobie wskazać główne zagadnienia, jakie w jego ocenie nie zostały w ogóle uwzględnione lub też zostały mylnie zinterpretowane (błędnie ocenione w aspekcie faktycznym i prawnym) w ramach dokonanego procesu weryfikacji sprawy w toku przeprowadzonych kontroli doraźnych.

W kontekście ustalenia istnienia przesłanki tożsamości czasowej w kontekście rozpoznawanych spraw zasadnicze znaczenie ma wtórne i zróżnicowane czasowo 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, że początkowo planowano pozyskać PFU na wszystkie odcinki tras rowerowych w jednolitym terminie (do końca września 2015 r.), nie sposób wywodzić przecież 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 dokonanie analizy, czy i które zadania będą wdrażane do realizacji – np. w kontekście koncepcyjnie wyznaczanego przebiegu trasy, ustaleniu w ramach koncepcji w ogóle możliwości wytyczenia trasy, czy też weryfikacji możliwości finansowych Zamawiającego w zakresie dalszych etapów realizacyjnych (tzn. dopiero po dokonanych w ramach outsourcingu czynności opisanego przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych odcinków lub etapów wyodrębnionych tras rowerowych i ustaleniu zakresu zadań kierowanych do realizacji można było mówić o pojawieniu się zamiaru udzielenia całokształtu zamówień związanych z budową tras rowerowych, a to nastąpiło dopiero na przełomie 2015 i 2016 r., po pozyskaniu wszystkich PFU dotyczących tras). 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 przecież 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.

Ukształtowanie się dla tych zamówień (obejmujących wykonanie robót w systemie zaprojektuj i wybuduj) opisów przedmiotu zamówienia (OPZ) w postaci w szczególności opracowania programów funkcjonalno-użytkowych (PFU), co umożliwiło dopiero dokonanie ustalenia ich wartości, nastąpiło 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. (kiedy jeszcze Zamawiający nie znał i nie miał wiedzy o przedmiocie zamówienia w zakresie przeważającej większości tras, jako że wówczas kształtowanie tego było jeszcze w toku).

Z zasad proceduralnych określonych w ustawie Pzp (i unijnych dyrektywach zamówieniowych) wynika niemożność agregowania zamówień w aspekcie sumowania ich

wartości wedle aspektu innego niż wartość zamówienia ustalana zgodnie z ustawą Pzp (tj. m.in. na podstawie skonkretyzowanego i zindywidualizowanego OPZ). Stąd jedyną miarodajną i adekwatną prawnie (w świetle ustawy Pzp) podstawą przedmiotową ustalenia wartości zamówienia jest opis przedmiotu zamówienia, którym w przypadku zamówień na roboty wykonywane w systemie zaprojektuj i wybuduj zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp jest program funkcjonalno-użytkowy – PFU (a samo oszacowanie przyjmuje postać planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych – OPK – zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nieposiadając zatem 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 (VD) – odcinek 2 cz. 1: Ostrów-Biskupice Radłowskie” (w ramach dokonywanych czynności przygotowawczych postępowania o udzielenie zamówienia celem jego uruchomienia), co nastąpiło 6 maja 2015 r. (nie 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 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, odcienie którego istniałby wówczas niewdrożony proceduralnie zamiar jego udzielenia).

Zamawiający szacując wartości obu tych zamówień działał zatem w oparciu o literalne przepisy ustawy Pzp (oparte na zasadach dyrektywalnych) i w żadnym razie nie miał na celu jakiegokolwiek działania w kontekście uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, czy ich naruszenia. Działania Zamawiającego w obszarze szacowania wartości obu wskazanych

zamówień oparte były na przepisach obowiązującego prawa i poparte (w zakresie wykazania ich poprawności proceduralnej) okolicznościami faktycznymi tych spraw.

W ocenie Zamawiającego z treści przekazanych informacji pokontrolnych wynika błędna interpretacja aspektu tożsamości (przesłanki) czasowej w kontekście kontrolowanych spraw. Podkreślona została w tym zakresie kwestia zbliżonych terminów uruchomienia (wszczęcia) postępowań, zbliżonych terminów zawarcia umów (udzielenia zamówień), przewidywanego okresu nabywania robót oraz zbliżonych (i przewidywalnych) terminów realizacji świadczeń. A przecież 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 tym 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) tożsamych przedmiotowo zamówień.

Nie jest prawdą zawarte w informacjach pokontrolnych twierdzenie, że „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 terenie do 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. Sam fakt zlecenia opracowania dokumentacji koncepcyjnej i PFU oraz znajomość pierwotnego terminu ich wykonania w żaden sposób nie stanowił o znajomości liczby przeszłych postępowań zamówieniowych (dotyczących zamówień opartych na tych PFU), a tym bardziej nijak nie umożliwił ustalenia wartości tych zamówień (jako, że ich przedmiot nie został jeszcze ustalony).

Nie są prawdą zawarte w informacjach pokontrolnych twierdzenia, że „(...) na każdym etapie udzielania obu wskazanych powyżej zamówień zamawiający miał wiedzę o zakresie



Projekt, krokach, które należy podjąć w celu realizacji tego zakresu oraz orientacyjnych wartościach przedsięwzięcia', 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 opracowanie PFU mających stanowić opis przedmiotu zamówienia pod kolejny etap realizacji tych tras. Zamawiający planując budowę tras rowerowych w Małopolsce miał obowiązek oszacować wartość pierwszego z udzielanych w tym celu zamówień łącznie z wartością planowanych następnych zamówień, które były niezbędne do realizacji całego Projektu", „Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości". Wiedzę na temat pełnego zakresu przedsięwzięcia budowy sieci tras rowerowych Zamawiający uzyskał właśnie dopiero po zakończeniu prac koncepcyjnych i pozyskaniu kompletu PFU (gdyż po to zlecił ich wykonanie), co nastąpiło na przełomie 2015 i 2016 r., a nie w połowie 2015 r. (kiedy przygotowywane i uruchamiane były postępowania dotyczące wskazanych zamówień – wówczas posiadał jedynie wiedzę fragmentaryczną i to pozyskiwaną sukcesywnie). Analiza dalszych działań inwestycyjnych nastąpiła dopiero po zakończeniu procesu opracowania PFU na ścieżki rowerowe. Kwestia orientacyjnej wartości przedsięwzięcia – jak już wspomniano wyżej – jest irrelevantna z punktu widzenia przepisów proceduralnych określonych w ustawie Pzp (według których wyznacznikiem ustalenia właściwości trybu procedowania jest jedynie wartość zamówienia obliczona według konkretnego reżimu prawnego). W związku z brakiem wiedzy i możliwości obliczenia zgodnie z ustawą Pzp wartości wszystkich zamówień na budowę tras rowerowych w momencie szacowania pierwszego z nich (z uwagi na brak skonkretyzowania ich przedmiotu – ustalanie tego było dopiero w toku, w ramach toczących się prac dokumentacyjnych) Zamawiający nie mógł oszacować wartości tego zamówienia w sposób inny, niż to uczynił.

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, np. z ostrożności, przyczyn pozaprawnych, na podstawie orientacyjnych danych o przewidywanych kosztach zamówień, czy jakichś ogólnych przypuszczeń, wiedzy, informacji. 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). Przedmiotowa konstatacja o niedopuszczalności stosowania trybu unijnego w przypadkach innych, niż wynikających wprost z wartości zamówienia (obliczonej zgodnie z ustawą Pzp) wynika m.in. z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego w ramach działalności kontrolnej i orzeczniczej w obszarze prawa zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższej argumentacji formalno-prawnej, 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 (pełny katalog dokumentów podmiotowych, obecnie JEDZ, elektroniczna postępowania – konieczność posiadania podpisów elektronicznych, umiejętność obsługi różnych elektronicznych platform zamówionych, etc.), co odstrasza ich od zamówień i stanowi realne bariery udziału w postępowaniu. Często też fakt prowadzenia postępowania unijnego jest dla wykonawców mylący i wprowadza ich w błąd co do przedmiotu i zakresu zamówienia jako niedostępnego dla nich. W konsekwencji prowadzi to do sytuacji, że w postępowaniu nie są składane żadne oferty (MŚP nie startują, bo „boją się” procedury unijnej i nie są na nią przygotowani, a jednocześnie z tytułu faktu procedowania unijnego częstokroć mylnie przeświadczeni są o dużym wolumenie zamówienia, do wykonania którego nie są przygotowani i chętni z uwagi na niewystraszający własny potencjał, a wykonawcy zagraniczni nie stracają, gdyż w ogóle nie są zainteresowani zamówieniami z ich perspektywy małymi, przeznaczonymi na rynek lokalny) lub składana jest niewielka liczba ofert (jedna, dwie) z bardzo wysokimi cenami (przekraczającymi posiadane przez zamawiającego środki finansowe), co uniemożliwia dokonanie rozstrzygnięcia postępowania oraz racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi oraz skutkuje rzeczywistym zachwianiem konkurencyjności. Taka sytuacja ma właśnie miejsce w kontekście uruchamianych przez Zamawiającego zamówień na budowę ścieżek rowerowych (o czym niżej). Co więcej, formalizm procedury unijnej został wprost zidentyfikowany i pokreślony m.in. w Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych (opublikowanej w czerwcu 2018 r.) oraz założeniach przygotowywanej przez stronę rządową nowej ustawy Pzp jako jeden z czynników odpowiadający za zmniejszenie liczby ofert i zwiększenie cen ofertowych w zamówieniach publicznych, podczas gdy jedną ze sztandarowych idei zmian na gruncie prawa zamówień publicznych od 2014 r. (uchwalenie nowych dyrektyw zamówieniowych implementowanych do polskiego prawa krajowego w 2016 r.) jest aktywizacja sektora MŚP w zamówieniach przez m.in. zmniejszanie formalizmu procedur, likwidowanie barier i ograniczeń, itp.

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 nie miałby wszakże innego powodu, aby różnicować swoje działanie, w tym nie miał żadnego motywu w rzekomym celowym obejściu przepisów ustawy Pzp w zakresie postępowań uruchamianych w 2015 r. Jego motywacja w zakresie prowadzenia tych postępowań w trybie krajowym została szczegółowo wyjaśniona i uzasadniona usprawiedliwionymi względami prawnymi i faktycznymi.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie zgadza się z konkluzją wskazanych informacji pokontrolnych, aby szacując oraz prowadząc odrębne postępowania w sprawie udzielenia przedmiotowych zamówień miałby dopuścić się niedozwolonego podziału zamówienia na części i zaniechać obowiązkowej publikacji ogłoszeń w Dz. Urz. UE. W ocenie Zamawiającego do naruszenia przepisów ustawy Pzp (i dyrektyw unijnych) nie doszło, a Zamawiający prawidłowo – zgodnie z należytą oszacowaną wartością tych zamówień – przeprowadził procedurę ich udzielenia.

Abstrahując już od kwestii oceny prawnej co do samego faktu zaistnienia wskazanych naruszeń, zdaniem Zamawiającego w kontekście stwierdzenia wystąpienia kwalifikowanych naruszeń ustawy Pzp 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 – patrz wyżej) – okoliczności stanu faktycznego tych spraw przemawiają za uznaniem, że nie miały i nie mogły mieć one wpływu na wynik postępowania, a więc stanowiłyby jedynie uchybienia natury formalnej. W tym zakresie należy wskazać na następujące kwestie:

Brak jest elementu transgraniczności w zakresie tych zamówień (w kontekście również niemożności stosowania procedury unijnej „z ostrożności”, jako że byłoby to nieprawidłowe zarówno pod względem formalno-prawnym, jak i bezpodstawne i niepotrzebne pod względem merytorycznym).

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, że tak niewielkie, lokalne zamówienia nie są przedmiotem starań i ubiegania się o ich udzielenie wykonawców zagranicznych (z ogólnie znanej praktyki działalności wynika, że 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 niezbicie o fakcie, że 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, że nawet zastosowanie w ramach udzielenia przedmiotowych zamówień procedury unijnej (w tym opublikowania ogłoszeń o zamówieniu w Dz. Urz. UE) nie miałyby 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 miałaby ona w kontekście przedstawionego stanu faktycznego badanych spraw znaczenie znaczne.

Nawet przy założeniu, że postępowania te zostałyby przeprowadzone w trybie unijnym, na bazie faktycznych konkretnych okoliczności tej sprawy należy uznać, że nie wpłynęłyby i nie mogłyby 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 mogłyby 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, żeby zamówienia te stanowić miały lub mogły przedmiot 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 tych postępowań poziom konkurencyjności był wysoki (złożonych zostało po kilka ofert), a ceny ofertowe nie odbiegały od wartości zamówienia (potwierdzając prawidłowość jej obliczenia):

W postępowaniu w sprawie zamówienia „Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 5. VeloDunajec (VD) odcinek 2 cz. 1: Ostrów-Biskupice Radłowskie” złożonych zostało 7 ofert.

Ceny ofertowe oscylowały w obrębie kwot od 3,4 mln zł brutto do 5,4 mln zł brutto. 6 z 7 ofert zawierało ceny ofertowe niższe od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (4 600 000,00 zł brutto). Wszystkie 7 ofert zawierało ceny dużo niższe od ubruttowanego progu unijnego (wynoszącego ówczesnie 26 949 707,62 zł).

W postępowaniu w sprawie zamówienia „Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 1. Wiślana Trasa Rowerowa (WTR) – odcinek 1: Drwinia (Niepołomice)-Szczucin” złożonych zostało 5 ofert.

Ceny ofertowe oscylowały w obrębie kwot od 19,4 mln zł brutto do 26,7 mln zł brutto. 4 z 5 ofert zawierało ceny ofertowe niższe od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (26 732 000,00 zł brutto); piąta oferta przekraczała tę kwotę nieznacznie, jedynie o kilkadziesiąt tysięcy zł. Wszystkie 5 ofert zawierało ceny niższe od ubruttowanego progu unijnego (wynoszącego ówczesnie 26 949 707,62 zł).

Celem potwierdzenia twierdzeń Zamawiający w załączeniu przedstawił analizę postępowań na roboty dotyczące ścieżek rowerowych przeprowadzonych przez

Zamawiającego w latach 2015-2018 (w 2019 r. Zamawiający nie prowadził jeszcze postępowania w sprawie udzielenia zamówienia na budowę trasy rowerowej) przygotowaną przez Zamawiającego obrazuje ona faktyczne i konkretne okoliczności indywidualnej sprawy świadczące o braku jakiegokolwiek zainteresowania zamówieniami tego typu udzielanymi przez Zamawiającego ze strony wykonawców zagranicznych.

W ramach podsumowania Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z ustaleniami dokonanymi w ramach przeprowadzonych kontroli doraźnych – w zakresie objętym treścią zastrzeżeń.

W ocenie Zamawiającego w ogóle nie można stwierdzić, że zaistniało wskazane naruszenie przepisów ustawy Pzp mające polegać na niedozwolonym podziale zamówienia na części i nieprawidłowym ustaleniu wartości zamówienia (wraz z konsekwencjami proceduralnymi) – obydwie postępowania zostały przeprowadzone wedle właściwych – w świetle należyście, zgodnie z wymogami ustawowymi ustalonej wartości zamówienia – przepisów proceduralnych (w trybie krajowym) w procedurze w pełni konkurencyjnej i przejrzystej.

Nawet jednak w sytuacji czysto teoretycznej, gdyby przyjąć zaistnienie wskazanego naruszenia, to nie można w tej konkretnej sytuacji stwierdzić, żeby miało ono choćby potencjalny wpływ na wynik tych postępowań (w szczególności w kontekście braku trasgraniczności, specyfiki tych zamówień), a więc ewentualnie (przy jednak stwierdzeniu ich zaistnienia) nie powinny być one jednak uznane za naruszenia kwalifikowane, a ewentualnie jedynie za naruszenia formalne, niemające wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wniósł o ponowne rozpatrzenie całokształtu sprawy, przeanalizowanie całości materiału wyjaśniającego zebranego w toku przeprowadzonych kontroli w sprawach nr KND/41/18/DKZP i KND/40/18/DKZP przy uwzględnieniu treści zastrzeżeń oraz weryfikację zaprezentowanego w przekazanych informacjach o wynikach kontroli stanowiska w kontekście niestwierdzenia naruszeń (w zakresie objętym zgłoszonymi zastrzeżeniami), ewentualnie stwierdzenia w tym zakresie jedynie naruszeń niemających wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 13.08.2019 r. nie uwzględnił tych zastrzeżeń oraz przekazał w trybie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Prezes UZP w piśmie stwierdził jak niżej:

Prezes UZP, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp przeprowadził na wniosek dwie kontrole doraźne następcze ww. zamówień, w wyniku których zostały stwierdzone następujące naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1. postępowanie nr KND/40/2018/DKZP:

naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp przez ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia a także art. 7 ust. 1 (zasady zachowania uczciwej konkurencji), art. 40 ust. 3 (zaniechanie publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej), oraz art. 43 ustawy Pzp (określenie zbyt krótkiego terminu składania ofert),

2. postępowanie nr KND/41/2018/DKZP:

- 1) naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp przez ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia a także art. 7 ust. 1 (zasady zachowania uczciwej konkurencji), art. 40 ust. 3 (zaniechanie publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej), oraz art. 43 ustawy Pzp (określenie zbyt krótkiego terminu składania ofert),
- 2) naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk – przez bezzasadne uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. (lider konsorcjum), POLDIM Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzonym naruszeniem art. 32 ust. 2 i 4, art. 7 ust. 1, art. 40 ust. 3 oraz art. 43 ustawy Pzp na gruncie obu wskazanych wyżej postępowań, wnosząc zastrzeżenia do wyników kontroli w zakresie naruszenia, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej dotyczących postępowań: KND/40/2018/DKZP i KND/41/2018/DKZP pkt 1.

W odniesieniu natomiast do naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli dotyczącej postępowania nr KND/41/2018/DKZP Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

W ramach szczegółowej argumentacji zgłoszonych do obu wyników kontroli zastrzeżeń Zamawiający wskazał, na „niemożność łącznego oszacowania wartości wymienionych 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, że zamówienia te stanowią odrębne, samodzielne, niesumowalne zamówienia, a nie części jednego łącznego zamówienia, była zatem kwestia braku tożsamości czasowej związanej z powstaniem zamiaru ich udzielenia. (...). Stąd, w związku z faktem, że 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 ówczas obowiązującego tzw. progu unijnego dla robót budowlanych (wynoszącego równowartość 21 910 331,40 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”.

W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający wskazał główne zagadnienia, które w jego ocenie nie zostały uwzględnione lub zostały mylnie zinterpretowane, tj. m.in.:

„W kontekście ustalenia istnienia przesłanki tożsamości czasowej w kontekście spraw zasadnicze znaczenie ma wtórne i zróżnicowane czasowo wyodrębnienie zadań (zamówień) obejmujących określone odcinki tras rowerowych (...) 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)”. Zamawiający podniósł, że „Z samego faktu, że początkowo planowano pozyskać PFU na wszystkie odcinki tras rowerowych w jednolitym terminie (do końca września 2015 r.), nie sposób wywodzić przecież ukształtowania się już wówczas po stronie Zamawiającego zamiaru udzielenia wszystkich zamówień objętych tymi PFU (tzn. zamiaru udzielenia wszystkich zamówień na budowę tras rowerowych), ponieważ (...) 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 dokonanie analizy, czy i które zadania będą wdrażane do realizacji – np. w kontekście koncepcyjnie wyznaczanego przebiegu trasy, ustaleniu w ramach koncepcji w ogóle możliwości wytyczenia trasy, czy też weryfikacji możliwości finansowych Zamawiającego w zakresie dalszych etapów realizacyjnych (tzn. dopiero po dokonanych w ramach outsourcingu czynności opisania przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych odcinków / etapów wyodrębnionych tras rowerowych i ustaleniu zakresu zadań kierowanych do realizacji można było mówić o pojawieniu się zamiaru udzielenia całokształtu zamówień związanych z budową tras rowerowych, a to nastąpiło dopiero na przełomie 2015 i 2016 r., po pozyskaniu wszystkich PFU dotyczących tras)”. W ocenie Zamawiającego „Faktu zlecenia na zewnątrz wykonania koncepcji i PFU dla poszczególnych tras rowerowych (...) 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 przecież właśnie weryfikacji i zorientowaniu się przez 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 (...).

Wskazane zamówienia były zamówieniami nieplanowanymi. 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.

Ukształtowanie się tych zamówień (...) opisów przedmiotu zamówienia (OPZ) w postaci w szczególności opracowania programów funkcjonalno-użytkowych (PFU), co umożliwiło dopiero dokonanie ustalenia ich wartości, nastąpiło w różnym momencie czasowym (maj – czerwiec 2015 r.). Stąd nie sposób przypisać Zamawiającemu wiedzy o całości zakresu i przedmiotu przedsięwzięcia budowy tras rowerowych C..) na etapie wdrażania dopiero zadań związanych z opracowaniem koncepcji i PFU, czy pozyskaniu pojedynczych PFU w połowie 2015 r. (kiedy jeszcze Zamawiający nie znał i nie miał wiedzy o przedmiocie zamówienia w zakresie przeważającej większości tras, jako że wówczas kształtowanie tegoż było jeszcze w toku”.

Zamawiający wyjaśnił, że „Na etapie obliczenia wartości zamówienia „Budowa tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 5. VeloDunajec (VD) – odcinek 2 cz. 1: Ostrów-Biskupice Radłowski” (w ramach dokonywanych czynności przygotowawczych postępowania o udzielenie zamówienia celem jego uruchomienia), co nastąpiło w dniu 6 maja 2015 r. (...), Zamawiający posiadał jedynie jedno PFU dotyczące zadania budowy tras rowerowych (...) 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 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) (...) 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).

Zamawiający wskazał na błędną interpretację przesłanki tożsamości czasowej w kontekście kontrolowanych spraw opisaną w Informacjach o wyniku kontroli doraźnej, w których wskazano na zbliżone terminy uruchomienia (wszczęcia) postępowań, zbliżone terminy zawarcia umów (udzielenia zamówień), przewidywany okresu nabywania robót oraz zbliżone (i przewidywalne) terminy realizacji świadczeń. W opinii Zamawiającego „w kwestii weryfikacji koincydencji czasowej chodzi (...) 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 rozpoznawanym przypadku (...) nie było jednego wspólnego momentu, kiedy u Zamawiającego istniałby zamiar udzielenia obu skonkretyzowanych zamówień”.

Zamawiający zakwestionował również zawarte w Informacjach o wyniku kontroli stwierdzenie, że „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 terenie do 30.09.2015 r.”. Zamawiający wyjaśnił, że „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.

Wiedzę na temat pełnego zakresu przedsięwzięcia budowy sieci tras rowerowych Zamawiający uzyskał właśnie dopiero po zakończeniu prac koncepcyjnych i pozyskaniu kompletu PFU (...) co nastąpiło na przełomie 2015 i 2016 r., a nie w połowie 2015 r. (kiedy przygotowywane i uruchamiane były postępowania dotyczące wskazanych zamówień wówczas posiadał jedynie wiedzę fragmentaryczną i to pozyskiwaną sukcesywnie). (...). W związku z brakiem wiedzy i możliwości obliczenia zgodnie z ustawą PZP wartości wszystkich zamówień na budowę tras rowerowych w momencie szacowania pierwszego z nich (...) Zamawiający nie mógł oszacować wartości tego zamówienia w sposób inny, niż to uczynił”.

W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający odniósł się do wpływu stwierdzonych naruszeń na wynik postępowania. Zamawiający wskazał m.in. na brak elementu transgraniczności w zakresie omawianych zamówień. „Obydwa zamówienia stanowią zamówienia wartościowo niewielkie (...), 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 (...) nie są przedmiotem starań i ubiegania się o ich udzielenie wykonawców zagranicznych. Zamawiający podniósł, że „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 niezbicie o fakcie, że 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, że nawet zastosowanie w ramach udzielenia przedmiotowych zamówień procedury unijnej (w tym opublikowania ogłoszeń o zamówieniu w Dz. Urz. UE) nie miałyby żadnego wpływu na konkurencyjność – nie poprawiłoby przejrzystości i nie spowodowałoby nawet potencjalnego poszerzenia kręgu Wykonawców (...)”.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego, Urząd Zamówień Publicznych poinformował, jak niżej:

Kontrolujący ponownie wskazał, że zgodnie z treścią 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. Stanowisko w tej kwestii zajęła również Krajowa Izba

Odwoławcza, która w uchwale z dnia 21 października 2010 r. w sprawie zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej (sygn. akt: KIO/KD 73/10) stwierdziła, że zarzuty „w szczególności brak ustalenia umyślnego działania zamawiającego w przedmiocie dzielenia zamówienia, nie mogą być uwzględnione, gdyż nie mają one znaczenia dla uznania braku podstaw do odrębnego szacowania zamówienia”.

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.

Kontrolujący podkreślił istnienie w badanych postępowaniach przesłanek dotyczących tożsamości przedmiotowej i podmiotowej, co sam Zamawiający potwierdził w złożonych zastrzeżeniach stwierdzając: „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 należy ponownie podnieść, że z treści dokumentów zgromadzonych w toku kontroli doraźnej wynika, że 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, że potrzeba udzielenia obydwu zamówień uwidoczniła się już w tym momencie. Zamawiający w zastrzeżeniach podnosi argumentację, że nie posiadał wiedzy co do łącznej wartości obu omawianych zamówień, bowiem „Ukształtowanie się dla niniejszych zamówień (obejmujących wykonanie robót w systemie zaprojektuj i wybuduj opisów przedmiotu zamówienia (OPZ) w postaci w szczególności opracowania programów funkcjonalno-

użytkowych (PFU), co umożliwiło dopiero dokonanie ustalenia ich wartości, nastąpiło w różnym momencie czasowym (maj – czerwiec 2015 r.). Nie sposób jednak przyznać 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 1.04.2019 r. szeroko przytoczonym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 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 kontrolujący 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.

Z analizy okoliczności faktycznych spraw wynika zatem, 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, że 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.

W konsekwencji kontrolujący stwierdził, że okoliczności faktyczne sprawy, szczegółowo opisane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej 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, przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w Informacjach o wyniku kontroli doraźnej dotyczących kontroli doraźnej o numerze KND/40/2018/DKZP oraz w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej dotyczącej kontroli doraźnej o numerze KND/41/2018 nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym, Prezes UZP podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacjach o wyniku kontroli doraźnej z 19.07.2019 r. i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, a zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli, zastrzeżenia przekazane zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**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 23 lipca 2019 r. zarówno w zakresie ustaleń faktycznych oraz argumentacji prawnej stwierdzonych naruszeń.

Izba podkreśla, że oceny prawnej wykazanych przez Prezesa UZP 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 i 478).

Zgodnie z uregulowaniami art. 32 ust. 2 ustawy Pzp nie można w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części i zaniżać jego wartości. A na podstawie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp jest dopuszczalne składanie ofert częściowych albo udzielenia zamówienia w częściach, z których każda może stanowić przedmiot odrębnego postępowania, jednak zamawiający musi brać pod uwagę, że wartością każdego z tych zamówień jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Aby jednoznacznie wskazać czy zamawiający ma do czynienia z jednym czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza konkretnego przypadku. Dlatego należy posłużyć się przede wszystkim jednoznacznymi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe, funkcjonalne, tożsamość czasowa i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

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 (VD) – odcinek 2 cz. 1: „Ostrów-Biskupice

Radłowskie” oraz budowę tras rowerowych w Małopolsce – Zadanie nr 1. „Wiślana Trasa Rowerowa (WTR) – odcinek 1: Drwinia (Niepołomice)-Szczucin”. Zamawiający wskazał, że nie zachodzi tu 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 może przychylić się do argumentacji Zamawiającego. Z dokumentacji sprawy i wyjaśnień i argumentacji Zamawiającego budowa przedmiotowych tras rowerowych była prowadzona 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 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. Takie działania wskazują na świadomość po stronie Zamawiającego, że zlecone zamówienia na budowę tras rowerowych stanowią jedynie części lub odcinki większego przedsięwzięcia dotyczącego budowy szlaku rowerowego wzdłuż Wisły, które zamierzał zrealizować. Także 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 dokonywane *ad hoc*. Zamówienia na budowę ścieżek rowerowych były ze sobą powiązane i miały być udzielone w określonej i dość krótkim czasie.

Izba nie zgadza się z Zamawiającym, że kolejne zamówienia ścieżek rowerowych musiały być szacowane indywidualnie. Jednak PFU nie jest to dokumentem niezbędnym czy mającym najwyższą moc dla określenia planowanych kosztów przy tożsamych zamówieniach, które Zamawiający zleca w krótkiej perspektywie czasowej.

Izba podkreśla, że Zamawiający musi brać pod uwagę całość swoich zamierzeń, a nie tylko brać pod uwagę wartość zamówienia udzielanych – jak to zamawiający zwie – *ad hoc* bez brania pod uwagę zamówień udzielanych w najbliższej i to nieuzasadnienie krótkiej perspektywie czasowej. Zamawiający nie uzasadnił dlaczego należy każde z kontrolowanych zamówień wyceniać indywidualnie bez odniesienia się do wszystkich zamówień, które Zamawiający będzie udzielać (i udzielił) w bardzo bliskich odstępach czasowych – kilku tygodni, na dodatek na przestrzeni dwóch miesięcy jednego roku. Dlatego Zamawiający mógł udzielić odrębnie wskazane zamówienia, czego dozwala art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jednak Zamawiający musi pamiętać o wymogach końcowych postanowień tego przepisu, które stanowią, że cyt. »wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części

zamówienia». Brak programów funkcjonalno-użytkowych do poszczególnych części zamówienia nie może być usprawiedliwieniem zaniechania właściwego oszacowania całości zamówienia. Zamawiający od początku, już przed udzieleniem pierwszego z kontrolowanych zamówień publicznych, znał zakres zamówienia i mógł dokonać jego wyceny. Dodatkowo Izba musi zauważyć, że Zamawiający zamieścił ogłoszenia o obu kontrolowanych zamówieniach w ciągu jednego tygodnia, co wskazuje, że Zamawiający nie może się powoływać na brak koincydencji czasowej kontrolowanych zamówień publicznych. A również w związku z zasadniczą tożsamością funkcjonalną i przedmiotową udzielanych zamówień Zamawiający powinien zastosować się do pełnego brzmienia cytowanego wyżej art. 32 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto Izba nie może utożsamić się z argumentem podnoszonym przez Zamawiającego, że naruszenia przepisów przez Zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania. Przepisy ustawy mówią o braku wpływu naruszeń na wynik postępowania tylko w kontekście wyrokowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a przepisy te nie dotyczą zagadnień kontroli, której celem jest ocena zgodności działań i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp. Jednak Izba nie może się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, który podnosi ten brak wpływu naruszeń przepisów na udzielenie zamówienia. Brak publikacji ogłoszeń o zamówieniach w odpowiednich publikatorach europejskich oraz ustanowienie krótszego terminu składania ofert zdaniem Izby, jak i kontrolującego, mogły mieć znaczący wpływ na wynik postępowania przez zmniejszenie liczby podmiotów powiadomionych o wszczynanych postępowaniach, a także przez skrócenie czasu na właściwe przygotowanie się do złożenia ofert przez wykonawców. Samo argumentowanie Zamawiającego o braku zainteresowania kontrolowanymi zamówieniami „większych” podmiotów i zastosowaniu rzekomo przychylniejszej procedury dla MŚP stawia pod znakiem zapytania bezintencjonalność Zamawiającego w dokonaniu zaniżonego oszacowania wartości kontrolowanych zamówień publicznych.

Z tych względów, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp przez ustalenie przez zamawiającego 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.

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



**Przewodniczący** .....

**Członkowie** .....

.....