

UZP/DKUE/KD/12/2014

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Nazwa i adres zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatu Krakowskiego
ul. Włociańska 4
30-138 Kraków

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: 1) „Przebudowa ciągu dróg powiatowych nr 1033K i 2186K z przebudową mostu nr 86 w Krzeszowicach i budową mostu nr 73 w Tenczynku”;
2) „Przebudowa ciągu dróg powiatowych nr 2191K i nr 2189K”

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: 1) 16 069 872,16 zł (tj. 4 185 952,63 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających: 3 213 506,24 zł
2) 10 889 186,02 zł (tj. 2 836 464,19 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających: 1 592 302,45 zł
Łączna wartość postępowania nr 1 i nr 2:
26 959 058,18 zł (tj. 7 022 416, 82 euro)

Środki UE: Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego,
Małopolski Regionalny Program Operacyjny

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Naruszenia dotyczące postępowania nr 1 i nr 2:

1. Z dokumentacji przekazanej Prezesowi Urzędu wynika, że zamawiający przeprowadził dwa postępowania o udzielenie zamówień publicznych pn.:

- „Przebudowa ciągu dróg powiatowych nr 1033K i 2186K z przebudową mostu nr 86 w Krzeszowicach i budową mostu nr 73 w Tenczynku” (dalej: „postępowanie nr 1” lub „zamówienie nr 1”),
- „Przebudowa ciągu dróg powiatowych nr 2191K i nr 2189K” (dalej: „postępowanie nr 2” lub „zamówienie nr 2”).

Szacunkowa wartość zamówień została ustalona przez zamawiającego odrębnie dla każdego z postępowań i wyniosła odpowiednio:

- dla postępowania nr 1: 16 069 872,16 zł (tj. 4 185 952,63 euro),

- dla postępowania nr 2: 10 889 186,02 zł (tj. 2 836 464,19 euro),

co łącznie daje kwotę 26 959 058,18 zł, tj. 7 022 416, 82 euro.

Postępowanie nr 1 zostało wszczęte dnia 17 marca 2010 r., natomiast postępowanie nr 2 – dnia 25.06.2010 r. Ogłoszenia o obu zamówieniach zostały opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Stanowisko Beneficjenta (tj. Powiatu Krakowskiego, w imieniu którego postępowania prowadził zamawiający - Zarząd Dróg Powiatu Krakowskiego), dotyczące przyczyn odrębnego oszacowania wartości przedmiotowych zamówień, zostało wyrażone w pismach do Instytucji Zarządzającej (Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego) oraz Instytucji Audytowej (Urzędu Kontroli Skarbowej).

Z pisma z dnia 11.09.2013 r., w którym Beneficjent ustosunkował się do ustaleń Instytucji Audytowej wynika, że Powiat Krakowski w roku 2008 ubiegał się o dofinansowanie na realizację projektu pn. „Przebudowa ciągu dróg powiatowych nr 1033K, 2186K, 2191K, 2189K z przebudową mostu nr 86 w Krzeszowicach i budową mostu nr 73 w Tenczynku” (zamówienie nr 1 i nr 2 łącznie). Projekt nie zyskał jednak aprobaty Instytucji Organizującej Konkurs i został odrzucony (w dokumentacji brak dokumentów w tym zakresie). W roku 2009 Beneficjent ponownie ubiegał się o dofinansowanie, tym razem składając dwa oddzielne wnioski na zamówienie nr 1 i nr 2. „Dla obu wniosków beneficjent opracował także odrębną (nową) dokumentację techniczną, studium wykonalności, raport oddziaływania na środowisko (mimo iż nie było konieczne)”. Pierwszy projekt (nr MRP0.04.01.03-12-503/09) uzyskał pozytywną ocenę o czym beneficjent został poinformowany pismem Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego z dnia

9 marca 2010 r. W dniu 18 marca 2010 r. Zarząd Województwa Małopolskiego Uchwałą nr 276/10 wybrał tenże projekt do dofinansowania. Posiadając taką informację beneficjent, w imieniu którego działał Zarząd Dróg Powiatu Krakowskiego, wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość została określona - zgodnie z art. 33 ustawy Prawo zamówień publicznych - na podstawie kosztorysu inwestorskiego i obejmowała ona cały zakres robót budowlanych objętych tym projektem. W wyniku powyższych czynności wartość zamówienia została ustalona na kwotę 16 069 872,16 zł, co stanowi równowartość kwoty 4 185 952,63 euro. Na tej podstawie zamawiający wszczął postępowanie przetargowe, obejmujące zamówienie o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Drugi projekt (nr MRP0.04.01.03-12-006/10) również uzyskał pozytywną ocenę, o czym beneficjent został poinformowany pismem Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego z dnia 12 maja 2010 r., a więc dwa miesiące później. W dniu 18 maja 2010 r. Zarząd Województwa Małopolskiego Uchwałą nr 550/10 wybrał tenże projekt do dofinansowania. Posiadając taką informację, wszczęte zostało postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość została określona - zgodnie z art. 33 ustawy Prawo zamówień publicznych - na podstawie kosztorysu inwestorskiego i obejmowała ona cały zakres robót budowlanych objętych tym projektem. W wyniku powyższych czynności wartość zamówienia została ustalona na kwotę 10 889 186,02 zł, co stanowi równowartość kwoty 2 836 464, 19 euro. Na tej podstawie zamawiający wszczął postępowanie przetargowe, obejmującego zamówienie o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Beneficjent przytoczył fragment opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Zamówienia publiczne na roboty budowlane realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym”, podkreślając następujący fragment: *„I tak jeżeli potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się dopiero po udzieleniu innego zamówienia tożsamego przedmiotowo, to w tym przypadku nie mamy do czynienia z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia z uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich zamówień”*. Beneficjent podkreślił, że w dniu wszczęcia pierwszego postępowania nie miał wiedzy, czy otrzyma dofinansowanie na zamówienie nr 2. Niezależnie od powyższych wyjaśnień, „nawet gdyby przyjąć, że [Beneficjent] powinien zakładać uzyskanie środków na realizację drugiego projektu, to mając na uwadze definicję robót budowlanych określoną w ustawie Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dniu wszczęcia obu postępowań, miał prawo ustalić wartość zamówień objętych oboma projektami odrębnie co potwierdza dalsza treść opinii UZP. (...) Przedmiotem zarówno jednego, jak i drugiego zamówienia było wykonanie kilku obiektów budowlanych (droga, most) w rozumieniu ustawy [Prawo budowlane], jednak zamawiający potraktował każdy projekt jako odrębne przedsięwzięcie budowlane i stosownie do tego ustalił wartość zamówienia dla każdego projektu odrębnie, co wydaje się mieć swe uzasadnienie w prawie

wspólnotowym (...). *Obiekt budowlany oznacza wynik robót budowlanych lub inżynierskich, traktowanych jako całość, które może samodzielnie spełniać określoną funkcję gospodarczą lub techniczną.* Reasumując, zarówno przepisy prawa krajowego, tj. ustawa Prawo zamówień publicznych i ustawa Prawo budowlane, jak i przepisy dyrektyw (w tym interpretacja dokonana przez ETS) dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia na roboty budowlane kładą nacisk na funkcjonalne znaczenie robót budowlanych. U podstaw tego leży oczekiwanie, by jako jedno zamówienie traktowane były wszystkie prace, które zmierzają do realizacji (albo np. poprawy stanu) obiektu budowlanego jako rzeczy spełniającej ogół funkcji techniczno-użytkowych, do których jest przeznaczona”.

Z kolei w piśmie z dnia 13.02.2014 r., skierowanym do Instytucji Zarządzającej, Beneficjent podniósł dodatkowo: „W ówczesnie obowiązującym stanie prawnym [właściwym w momencie wszczęcia obydwu postępowań] wartość zamówienia na roboty budowlane wiązała się z pojęciem „obiekt budowlany” w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, a nie z „zamierzeniem budowlanym” w rozumieniu prawa unijnego. Wprowadzenie do ustawy Prawo zamówień publicznych definicji robót budowlanych implementującej dyrektywę unijną w tym zakresie nastąpiło dopiero w ustawie z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi obowiązującej od dnia 20.02.2013 r. Nawet gdyby przyjąć, że do ustalenia wartości zamówienia – w ówczesnym stanie prawnym – należało wziąć pod uwagę „zamierzenie budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE, a nie „obiekt budowlany” w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, to należy kategorycznie stwierdzić, że roboty budowlane, które objęte były każdym z obu projektów stanowiły odrębne zamierzenie budowlane.”

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie 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, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy, nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale zakazany jest 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. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, ale wartością każdej z części zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji, przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

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 Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. 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 Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795), aktualne na dzień wszczęcia przedmiotowych postępowań. Z § 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich przekazuje się ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających – jednostki samorządu terytorialnego - jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 4 845 000 euro - dla robót budowlanych.

Z powyższego wynika, że zamówienia na roboty budowlane o wartości niższej niż 4 845 000 euro były wyłączone z obowiązku ogłoszenia w oficjalnym 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 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.

Z powyższych względów istotne znaczenie ma stwierdzenie, czy wartość przedmiotowych zamówień obejmujących postępowanie nr 1 i nr 2 powinna być zsumowana, zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. W takim bowiem przypadku, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, wartość zamówienia przekraczałaby kwotę 4 845 000 euro (wynosiłaby 7 022 416, 82 euro), a wobec tego zamawiający zobowiązany byłby do zastosowania zastrzonej procedury określonej w ustawie Pzp, w tym przepisów dotyczących miejsca publikacji ogłoszenia o zamówieniu, do obu udzielonych zamówień.

Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Pomocną (ale nie decydującą) dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia może być definicja robót budowlanych zawarta w ustawie Pzp. Zgodnie z art. 2 pkt 8 ustawy Pzp, obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowych postępowań, przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Przepisy prawa budowlanego, do których odsyła ustawa Pzp stanowią, iż roboty budowlane to budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (art. 3 pkt 7). Obiektem budowlanym w myśl Prawa budowlanego jest budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, a także obiekt małej architektury (art. 3 pkt 1).

Ponadto, zgodnie z art. 1 ust. 2 b dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. *koordynującej procedury udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi*, zamówienia na roboty budowlane oznaczają zamówienia, których przedmiotem jest wykonanie lub zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I, lub obiektu budowlanego, albo realizacja za pomocą dowolnych metod obiektu budowlanego spełniającego wymagania określone przez podmiot zamawiający. „Obiekt budowlany”

oznacza wynik robót budowlanych lub inżynierskich, traktowanych jako całość, które może samodzielnie spełniać określoną funkcję gospodarczą lub techniczną.

Jednocześnie dyrektywa 2004/18/WE w art. 9 ust. 3 stanowi, iż żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania dyrektywy. W tym miejscu należy zaznaczyć, że pojęcia projektu budowlanego w rozumieniu ww. przepisu dyrektywy nie należy utożsamiać z przyjętym na gruncie polskiego prawa budowlanego pojęciem projektu budowlanego jako dokumentacji wykonania robót. Pojęcie projektu budowlanego wywodzące się z prawa unijnego ma swoiste znaczenie, które można interpretować jako określone przedsięwzięcie budowlane. Przy tym zastrzeżeniu brzmienie art. 9 ust. 3 dyrektywy oznacza, że niedopuszczalne jest działanie zamawiającego polegające na dokonaniu podziału robót objętych zamierzonym przedsięwzięciem budowlanym. Niedozwolone byłoby zatem np. wydzielenie do odrębnych postępowań robót budowlanych objętych osobnymi projektami budowlanymi (w rozumieniu prawa budowlanego) w ten sposób, by następnie poprzez odrębne oszacowanie wartości robót budowlanych w oparciu o te projekty udzielać kilku zamówień z pominięciem przepisów dyrektywy. Stąd to nie projekt budowlany powinien być podstawą dla ustalenia, czy określone prace stanowią jedno zamówienie na roboty budowlane czy też zamówienia odrębne. Wyznacznikiem tym powinien być natomiast zakres planowanych prac budowlanych (przedsięwzięcia budowlanego), definicja zamówienia na roboty budowlane oraz art. 9 ust. 5a dyrektywy 2004/18/WE, który stanowi, że jeżeli proponowane roboty budowlane lub zakup usług może prowadzić do równoczesnego udzielania zamówień w formie odrębnych części, wówczas należy uwzględnić łączną szacunkową wartość wszystkich tych części. W przypadku gdy łączna wartość części jest równa lub przekracza wartość progową określoną w art. 7, niniejszą dyrektywę stosuje się do udzielenia każdej z części zamówienia.

Reasumując, zarówno przepisy prawa krajowego (ustawa Pzp i Prawo budowlane), jak i przepisy dyrektywy 2004/18/WE dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia na roboty budowlane kładą nacisk na funkcjonalne znaczenie robót budowlanych. Chodzi zatem o to, by jako jedno zamówienie traktowane były wszystkie prace, które zmierzają do realizacji (albo np. poprawy stanu) obiektu budowlanego rozumianego jako obiekt lub kompleks obiektów spełniających określoną funkcję techniczno-użytkową.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że przedmiotem zamówienia zarówno w postępowaniu nr 1, jak i nr 2 jest przebudowa ciągu dróg powiatowych oraz – w postępowaniu nr 1 – modernizacja mostów. Szczegółowy zakres robót budowlanych w obu zamówieniach jest bardzo zbliżony, natomiast połączenie przebudowy drogi i mostów w jednym zamówieniu świadczy o tym, iż jest możliwa realizacja obu elementów przez tego samego

wykonawcę, co świadczy o istotnym podobieństwie w zakresie sposobu realizacji ww. robót. Nie ulega zatem wątpliwości, że roboty budowlane objęte przedmiotowymi zamówieniami są tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu. Zatem obydwa zamówienia należy potraktować łącznie jako realizację jednego obiektu budowlanego („budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową” - w myśl przepisów Prawa budowlanego; „wynik robót budowlanych lub inżynierskich, traktowanych jako całość, które może samodzielnie spełniać określoną funkcję gospodarczą lub techniczną” - w myśl przepisów prawa unijnego), czy też jako jedno przedsięwzięcie budowlane (w myśl przepisów prawa unijnego), polegające na remoncie dróg i mostów na określonym obszarze, udzielane przez tego samego zamawiającego i mające takie samo przeznaczenie techniczne - funkcję transportową. Jest to tym bardziej uzasadnione, że odcinek drogi nr K2186 (zamówienie nr 1) jest połączony (stanowi jedną całość) z odcinkiem drogi nr K2191 (zamówienie nr 2). Ww. odcinki dróg przebiegają wprawdzie przez dwie różne gminy, nie może to jednak stanowić uzasadnienia dla rozdzielenia zamówień tożsamyh przedmiotowo i oddzielnego oszacowania ich wartości.

Nie można zgodzić się z zamawiającym, że modernizowane ciągi dróg oraz mosty stanowią kilka odrębnych obiektów budowlanych. Po pierwsze, sam zamawiający połączył w ramach jednego zamówienia roboty budowlane dotyczące dróg i przebiegających w ich sąsiedztwie mostów, co oznacza, że uznał je łącznie za jeden obiekt budowlany o tym samym przeznaczeniu, którego wartość szacunkową należy zsumować. Po drugie, funkcjonalną całość robót budowlanych w niniejszej sprawie stanowi połączony ciąg dróg wraz z mostami, nie zaś odrębnie poszczególne odcinki dróg w tym samym powiecie.

W odniesieniu do przesłanki dotyczącej tożsamości czasowej należy podkreślić, że w momencie wszczęcia postępowania nr 1 zamawiający posiadał wiedzę co do pełnego zakresu i wartości obydwu zamówień. Potrzeba udzielenia obydwu zamówień uwidoczniła się już w momencie złożenia wspólnego wniosku o dofinansowanie przedsięwzięcia w 2008 r. Wprawdzie zakres zamówienia nr 2 uległ rozszerzeniu w stosunku do pierwotnie przedstawionego w ww. wniosku, jednak nie sposób uznać, że w momencie wszczęcia pierwszego postępowania (17.03.2010 r.) zamawiający nie miał wiedzy o nowych robotach wchodzących w skład zamówienia nr 2, zważywszy, iż wniosek o dofinansowanie zamówienia nr 2 został złożony w dniu 12.02.2010 r. Nie można również przyznać racji argumentowi, iż zamawiający nie mógł oszacować łącznie wartości dwóch przedmiotowych zamówień, ponieważ nie miał pewności, czy otrzyma zgodę na dofinansowanie zamówienia nr 2. Przewidując potrzebę udzielenia dwóch tożsamyh przedmiotowo zamówień, zamawiający miał obowiązek oszacować łącznie ich wartość, niezależnie od kwestii otrzymania decyzji o dofinansowaniu tych zamówień. Należy przy tym zauważyć, że ustawa Pzp przewiduje możliwość unieważnienia wszczętego postępowania w razie nieprzyznania środków na dofinansowanie (art. 93 ust. 1a). Niedopuszczalna jest interpretacja wskazująca,

że ilość projektów skierowanych do dofinansowania przekłada się wprost na liczbę zamówień i sposób szacowania ich wartości. Przyjęcie powyższej interpretacji prowadzi bowiem do sytuacji, że o sposobie szacowania wartości zamówień i ewentualnie dzielenia ich na części nie będą decydowały obiektywne przesłanki, lecz subiektywne działania zamawiającego, np. w zakresie liczby składanych wniosków, terminów ich składania, zakresu przedmiotowego wniosków itd. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w przedmiotowym stanie faktycznym, gdzie późniejsze otrzymanie decyzji o dofinansowaniu zamówienia nr 2 wynikało z późniejszego złożenia wniosku o dofinansowanie, a więc z czynności i decyzji samego zamawiającego. Nie jest wykluczone, że gdyby zamawiający złożył dwa wnioski jednocześnie, otrzymałby pozytywną decyzję w tym samym czasie.

Ponadto należy zauważyć, że pomiędzy udzieleniem zamówienia nr 1 i nr 2 istnieje niewielka różnica czasowa (7 maja 2010 r. oraz 11 sierpnia 2010 r.). Dodatkowo, ostateczny termin realizacji obu zamówień (po wprowadzeniu zmian do umów) został ustalony na ten sam dzień – 20.06.2012 r.

Także przesłanka odnosząca się do możliwości realizacji obu przedmiotów zamówienia przez jednego wykonawcę została wypełniona. Wykonawcy, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty w pierwszym postępowaniu, brali jednocześnie udział w drugim postępowaniu. Ponadto, jak wynika ze stanu faktycznego obu postępowań, także pozostali wykonawcy biorący udział w pierwszym z nich, składali następnie oferty w ramach drugiego postępowania.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie zamówień nr 1 i 2 było nieprawidłowe, ponieważ zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. 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. Biorąc zatem powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że zamawiający wszczynając postępowanie pn. *„Przebudowa ciągu dróg powiatowych nr 1033K i 2186K z przebudową mostu nr 86 w Krzeszowicach i budową mostu nr 73 w Tenczynku”* oraz *„Przebudowa ciągu dróg powiatowych nr 2191K i nr 2189K”* dopuścił się nieuzasadnionego podziału zamówienia na części, nie sumując wartości obu ww. części. Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanych postępowań wynosiła 7 022 416, 82 euro, co obligowało zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego robót budowlanych w Dzienniku Urzędowym UE i wskazania terminu 40 lub 47-dniowego na składanie ofert (zależnie od formy przekazania ogłoszenia o zamówieniu). Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na nie opublikowaniu

ogłoszeń o zamówieniu na roboty budowlane objęte zamówieniem nr 1 i 2 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stanowiło naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienia musieli wykazać, że posiadają opłacone ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 500 000,00 PLN. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty dokumenty, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 obowiązującego w momencie wszczęcia przedmiotowych postępowań Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817, dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), tj. opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. załączył do swoich ofert w postępowaniu nr 1 i nr 2 polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr PO/00231941/2009, z której treści nie wynika, czy została opłacona na dzień składania ofert. Wykonawca nie załączył również dowodu opłaty ww. polisy.

Podobnie, konsorcjum firm reprezentowane przez Rejon Utrzymania i Budowy Dróg Sp. z o.o. załączyło do oferty w postępowaniu nr 2 dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (polisa nr 847-A 281611), z którego nie wynika, czy został opłacony zgodnie z warunkami ubezpieczenia.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu wezwał zamawiającego w toku kontroli do wyjaśnienia, na jakiej podstawie uznał, że polisy ww. wykonawców zostały opłacone na dzień składania ofert. Zamawiający wyjaśnił, że zarówno polisę wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., jak i konsorcjum Rejon Utrzymania i Budowy Dróg Sp. z o.o. „uznał jako inny dokument, potwierdzający spełnienie warunku posiadania ubezpieczenia OC, zgodnie z treścią zapisu w SIWZ Rozdział I ust. II pkt 7”.

Mając na uwadze powyższe w pierwszej kolejności należy podkreślić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega obowiązek przedłożenia opłaconej polisy (arg. z przytoczonego powyżej § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów), co wymaga wykazania spełnienia świadczenia

obciążającego ubezpieczającego, wynikającego z umowy ubezpieczenia (art. 805 kodeksu cywilnego). W związku z tym, wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy fakt opłacenia polisy nie wynika z samej jej treści, wykonawca powinien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itp.).

Natomiast, jak wynika z dalszej części § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów, wobec braku dokumentu polisy wykonawca może przedstawić inny dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Za „inny dokument” potwierdzający fakt ubezpieczenia należy uznać np. legitymacje ubezpieczeniowe (potwierdzające zawarcie umów ubezpieczeń zbiorowych), tymczasowe zaświadczenie wystawione przez ubezpieczyciela czy też, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 610/09) tzw. notę pokrycia, pod warunkiem, że spełniałaby wymogi wskazane w art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2013 r. poz. 950, ze zm.).

Zatem „innym dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia” będzie inny niż polisa dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, który potwierdza obligatoryjne elementy umowy ubezpieczenia, w szczególności te, o których mowa w art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Z treści tego dokumentu lub z załączonych do niego dodatkowych dokumentów powinien wynikać fakt opłacenia przez wykonawcę składki na ubezpieczenie zgodnie z treścią tej umowy nie później niż do upływu terminu składania ofert. Użyte przez ustawodawcę określenie „opłacona” odnosi się bowiem nie tylko do pojęcia „polisa”, ale również do objętego koniunkcją „innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

W konsekwencji, w świetle obowiązujących przepisów możliwość posłużenia się „innym dokumentem” na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej ustawodawca przewidział dopiero w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej. Ponadto, nieopłaconej polisy nie można zakwalifikować do katalogu innych dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca STRABAG Sp. z o.o. oraz konsorcjum Rejon Utrzymania i Budowy Dróg Sp. z o.o. załączyli do swoich ofert dokument polisy, nie zaś jak

twierdzi zamawiający „inny dokument” potwierdzający ubezpieczenie. Niezależnie jednak od kwestii zakwalifikowania dokumentów załączonych do ofert ww. wykonawców, należy uznać, że powinny one być opłacone na dzień składania ofert.

Wobec braku udokumentowania opłacenia polisy, na zamawiającym ciążył obowiązek wezwania wykonawców do przedłożenia odpowiedniego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W konsekwencji, zaniechanie wezwania wykonawców STRABAG Sp. z o.o. oraz konsorcjum Rejon Utrzymania i Budowy Dróg Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego okoliczność opłacenia polisy stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie dotyczące postępowania nr 1:

3. Zgodnie z opisem sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie musieli wykazać się dysponowaniem następującymi osobami:

- a) Kierownik budowy, posiadający uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji Kierownika budowy z uprawnieniami w zakresie dróg oraz aktualne zaświadczenie o przynależności do odpowiedniej izby samorządu zawodowego;
- b) Kierownik robót mostowych, posiadający uprawnienia budowlane w zakresie budowy mostów oraz aktualne zaświadczenie o przynależności do odpowiedniej izby samorządu zawodowego.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty oświadczenie o posiadaniu przez proponowane osoby wymaganych uprawnień, tj. dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia sprawie dokumentów. Ponadto, zgodnie z SIWZ, zamawiający żądał również aktualnego zaświadczenia o przynależności do odpowiedniej izby samorządu zawodowego.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Katalog oświadczeń oraz dokumentów, o których mowa powyżej został określony w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego zamówienia. Przepisy ww. rozporządzenia enumeratywnie wymieniają dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawców celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że zamawiający nie jest uprawniony do żądania dokumentu, który nie jest określony w przepisach rozporządzenia.

Jak wynika z § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, zamawiający w zakresie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia może żądać tylko wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 6), a ponadto oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek dysponowania (pkt 7).

Należy podkreślić, że żądane w przedmiotowej sprawie zaświadczenie o przynależności do odpowiedniej izby samorządu zawodowego nie mieści się w zakresie dokumentów wskazanych w ww. rozporządzeniu.

W związku z powyższym, żądanie przez zamawiającego, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, aktualnego zaświadczenia o przynależności do odpowiedniej izby samorządu zawodowego w stosunku do osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia, tj. dokumentu nie przewidzianego w treści rozporządzenia w sprawie dokumentów, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.