

Niedozwolony podział zamówienia na części w świetle wyników kontroli Prezesa UZP. Przykład 2

Kategoria: Aktualności

Opublikowano: piątek, 03, sierpień 2012 00:00

Rafał Rudka

Odsłony: 6125

W ostatnich tygodniach pisaliśmy o niedozwolonym podziale zamówienia na części w świetle wyników kontroli Prezesa UZP, zapowiadając publikację przykładowych naruszeń dyspozycji art. 32 ust. 4 ustawy Pzp stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa UZP kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem dzisiaj drugi z nich.

Przykład nr 2

Z dokumentów przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż zamawiający zawarł umowy na realizację następujących zamówień:

- Koncepcja programowo – przestrzenna Gazociągu K-S,
- Koncepcja programowo – przestrzenna Gazociągu S-W

bez stosowania przewidzianej ustawą Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą Pzp) procedury udzielania tych zamówień. Obie umowy na wykonanie koncepcji zawarto w tym samym dniu tj. 10 sierpnia 2007 r. z wykonawcą B. S.A. Wartość zamówień udzielonych w dniu 10 sierpnia 2007 r. na ww. usługi oszacowano zgodnie z obowiązującymi [u zamawiającego] procedurami wewnętrznymi (...), w wyniku których ustalono, iż:

- wartość szacunkowa dla zamówienia na „Koncepcję programowo – przestrzenną Gazociągu K-S” wynosi 1.500.000,00 złotych netto, co stanowiło równowartość kwoty 341.919,31 euro netto,
- wartość szacunkowa dla zamówienia na „Koncepcję programowo – przestrzenną Gazociągu S-W” wynosi 1.500.000,00 złotych netto, co stanowiło równowartość kwoty 341.919,31 euro netto.

Jak wynika z Krajowego Rejestru Sądowego, przedmiotem działalności [zamawiającego] jest działalność określona w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 133 ust. 1 w związku z § 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 87, poz. 604), aktualnego na dzień zawarcia przedmiotowych umów – zamawiający mógł nie stosować ustawy do zamówień sektorowych, jeżeli wartość zamówienia na usługi była niższa niż 422.000,00 euro. Wartość każdego z dwóch oddzielnie oszacowanych zamówień nie przekraczała tej kwoty, zatem zamawiający nie zastosował procedury przewidzianej w ustawie Pzp dla zamówień sektorowych i nie zamieścił, w szczególności, ogłoszenia o zamówieniu.

Z powyższego wynika, że zamówienia na usługi o wartości niższej niż 422.000,00 euro nie wymagały zastosowania procedury określonej w ustawie Pzp. Wystarczające było zatem, w odniesieniu do takich zamówień zastosowanie wewnętrznych procedur, jeśli tylko potwierdziłaby się zasadność ich odrębnego oszacowania. W związku z powyższym problematyka właściwego oszacowania wartości zamówienia staje się – dla celu jakim jest transparentne, nienaruszające uczciwej konkurencji prowadzenie postępowania – kwestią kluczową. Nieprawidłowe oszacowanie wartości zamówienia, zaniechanie zsumowania wartości, które skutkują w szczególności niezastosowaniem ustawy Prawo zamówień publicznych lub np. zamieszczeniem ogłoszenia w niewłaściwym publikatorze znacząco ogranicza dostęp do informacji o zamówieniu.

W udzielonych pismem z dnia 10 sierpnia 2010 r. wyjaśnieniach zamawiający stwierdził, że postawiony zarzut sztucznego podziału zamówienia na części jest nieprawdziwy. W ocenie zamawiającego jedynym

Kategoria: Aktualności

Opublikowano: piątek, 03, sierpień 2012 00:00

Rafał Rudka

Odśłony: 6125

wspólnym mianownikiem wszystkich ww. zadań była ich przynależność do wstępnego etapu inwestycji (prace przedprojektowe). Zamówienia dotyczyły bowiem albo innego odcinka gazociągu, albo innego gazociągu. Ze względu na zakres, cel i funkcję każde z zamówień wykazuje w ocenie zamawiającego daleko idącą odrębność od pozostałych, zadania nie były planowane jako jedno przedsięwzięcie lub jeden proces inwestycyjny. W odniesieniu do koncepcji programowo – przestrzennych zamawiający przyznał, że są to zamówienia tego samego rodzaju, ale już o innym przeznaczeniu. Każda z koncepcji programowo – przestrzennych dotyczyła bowiem innego gazociągu zlokalizowanego w innym rejonie Polski.

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

- podzielność świadczeń (zamawiający podkreślił powołując się na doktrynę oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r., że przedmiot zamówienia jest świadczeniem niepodzielnym. Każda umowa zachowuje odrębność od drugiej. Ponadto, każde z przedmiotowych zamówień ma charakter indywidualny i неповtarzalny i nie może być traktowane jako element większej całości).
- prawa autorskie (każde studium wykonalności i każda dokumentacja projektowa jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego, co potwierdza argumentację o jej odrębności),
- brak tożsamości przedmiotowej zamówień (zamawiający przytaczając treść wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 października 1998 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98) zwrócił uwagę, że każdy przedmiot zamówienia ma odrębne przeznaczenie, a także odrębną funkcję techniczną i gospodarczą).

W piśmie z dnia 10 listopada 2010 r., zamawiający rozszerzył ww. argumentację wskazując na kolejne okoliczności sprawy. Zamawiający wykazywał zależność pomiędzy zamówieniami na wykonanie dokumentacji przedprojektowych dla odrębnych zamierzeń inwestycyjnych, a wykonaniem robót budowlanych w przedmiocie tych zamierzeń. Zwrócił uwagę, że oba gazociągi tj. K-S oraz S-W są całkowicie odrębnymi zamierzeniami inwestycyjnymi i pełnią w polskim systemie przesyłowym odrębne funkcje techniczno – użytkowe. Zlokalizowanie ich w jednym projekcie (pn. gazociąg Szczecin – Gdańsk) zostało dokonane jedynie na potrzeby uzyskania dofinansowania ze środków Unii Europejskiej. Nieistnienie jednego z gazociągów nie uniemożliwia funkcjonowaniu drugiego. Analogicznie zatem zamawiający zwrócił uwagę, że przygotowanie dwóch dokumentacji przedprojektowych (odrębna koncepcja dla każdego z gazociągów) nie może pociągać za sobą konieczności łącznego sumowania ich wartości.

Nie ulega wątpliwości, że dla ustalenia czy w sprawie można mieć do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W przedmiotowej sprawie niezbędne staje się dokonanie takiej analizy na tle prawa krajowego i europejskiego.

(...). Zagrożenie dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych jakie niesie ze sobą nieprawidłowe dzielenie zamówień publicznych zostało też dostrzeżone w prawodawstwie wspólnotowym. W art. 17 ust. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (zwanej dalej dyrektywą sektorową) wskazano, iż podmioty zamawiające nie mogą uniknąć stosowania niniejszej dyrektywy, dzieląc na części projekty budowlane lub planowane zakupy określonych ilości dostaw lub usług lub wykorzystując specjalne metody obliczania szacunkowej wartości zamówień. W przedmiocie sztucznego podziału zamówienia na części wypowiedział się także Europejski Trybunał Sprawiedliwości

Kategoria: Aktualności

Opublikowano: piątek, 03, sierpień 2012 00:00

Rafał Rudka

Odsłony: 6125

w wyroku z dnia 5 października 1998 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). W wyroku ETS odniósł się do problematyki dzielenia zamówień na roboty budowlane, wskazał właściwy sposób rozumienia pojęcia obiektu budowlanego (jako zamierzenia inwestycyjnego) oraz wprowadził przesłankę funkcjonalności technicznej i gospodarczej jako podstawową przesłankę w celu określenia, czy dane roboty budowlane mieszczą się w zakresie jednego zamierzenia inwestycyjnego (a tym samym są jednym zamówieniem).

Zważywszy jednakże na fakt, że przedmiotem niniejszego zamówienia były usługi przedprojektowe na wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej, a nie wykonanie robót budowlanych – przedmiotowy wyrok ETS jako odnoszący się do problematyki obiektów budowlanych i robót budowlanych, może służyć jedynie jako wskazówka interpretacyjna.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ustalenie, czy wykonanie dokumentacji przedprojektowej dla poszczególnych gazociągów, czy odcinków gazociągu, stanowi w świetle art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, jedno zamówienie, powinno być dokonywane - co do zasady - w oparciu o kryterium tożsamości przedmiotowej zamówienia. Pomocnicze znaczenie ma kryterium tożsamości czasowej zamówienia i możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Kryterium tożsamości zamówień nie może budzić wątpliwości. Tylko jednoznaczne potwierdzenie, że dane usługi (ale także np. dostawy) są względem siebie tożsame (w rozumieniu: odpowiadające sobie, o dalece występującym podobieństwie) pozwala na stwierdzenie, czy zasadne jest łączne szacowanie wartości takich usług lub dostaw. W przedmiotowym stanie faktycznym niewątpliwie mamy do czynienia z dwoma odpowiadającymi sobie opisami przedmiotu zamówienia, co znajduje odzwierciedlenie w załączniku nr 1 pn. „Szczegółowy zakres opracowania” do każdej z zawartych umów. Przedmiot zamówienia został podzielony na IV identyczne etapy, w ramach każdego z etapów zamawiający uzyskuje odpowiadające sobie dokumenty, w każdym przypadku zamawiający zażądał przygotowania tzw. „Studium wykonalności dla przedsięwzięć realizowanych w ramach programu operacyjnego Infrastruktura i Środowisko” o analogicznej zawartości. Co więcej, analogiczna jest wartość szacunkowa zamówienia, zbliżone są wartości każdej z podpisanych umów (wynagrodzenie za wykonanie umowy na wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu K-S wyniosło 2.189.000,00 PLN brutto; wynagrodzenie za wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu S-W wyniosło 2.092.300,00 PLN brutto), analogiczne są także szczegółowe zapisy podpisanych umów z wybranym wykonawcą. Co oczywiste, różnicuje je gazociąg, którego wybudowanie przygotowują. Zawartość każdej z koncepcji, podobnie jak i jej przeznaczenie jest jednak takie samo. Celem zarówno pierwszej, jak i drugiej koncepcji było wprowadzenie trasy właściwego gazociągu do studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego oraz do miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, a także przygotowanie niezbędnej dokumentacji celem uzyskania pozwolenia na budowę. W efekcie zamawiający miał uzyskać odpowiadające sobie opracowania. Żaden z elementów którejkolwiek z koncepcji nie jest na tyle specyficzny, ażeby uzasadniał możliwość odrębnego oszacowania wartości zamówień na ich wykonanie. Usługi na opracowanie koncepcji programowo przestrzennej są usługami tego samego rodzaju i mają takie samo przeznaczenie.

Konieczność łącznego szacowania wartości obu zamówień dodatkowo potwierdza fakt, że umowy na wykonanie koncepcji zostały podpisane w tym samym dniu tj. 10 sierpnia 2007 r. z tym samym wykonawcą tj. B. S.A. Oczywiście nie jest wykluczone dokonywanie oceny zasadności łącznego szacowania wartości zamówień przy uwzględnieniu tożsamości przedmiotowej zamierzeń inwestycyjnych, dla których wykonywana jest dokumentacja przedprojektowa. W szczególności,

Kategoria: Aktualności

Opublikowano: piątek, 03, sierpień 2012 00:00

Rafał Rudka

Odśloni: 6125

tożsamość przedmiotowa usług wykonania dokumentacji przedprojektowej wynika z identyczności ich ogólnego przeznaczenia rozumianego jako "bycie niezbędnym do zaprojektowania (wykonania) robót budowlanych lub do opisu przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie (wykonanie) robót budowlanych". Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy dokumenty przedprojektowe dotyczące tego samego zamierzenia inwestycyjnego lub różnych zamierzeń będą miały tak szczególne i odmienne od siebie przeznaczenie na poziomie jednostkowym, iż przeznaczenie ogólne nie będzie wystarczającą przesłanką dla uznania tożsamości przedmiotowej usług wykonania takich dokumentów. Co do zasady, w takiej sytuacji będziemy mieli jednocześnie do czynienia z niemożliwością wykonania dokumentacji przez jednego wykonawcę.

W przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy jednakże do czynienia z taką sytuacją. Zarówno opis przedmiotu zamówienia na koncepcję programowo – przestrzenną Gazociągu K-S oraz koncepcję programowo – przestrzenną Gazociągu S-W wskazuje na fakt, że mamy do czynienia z dokumentami analogicznymi, które nie są na tyle specyficzne, ażeby w ich wykonaniu zaangażowane były różne grupy wykonawców, przy czym każdy z nich posiadałby specyficzne doświadczenie niedostępne dla drugiego. Oba zamówienia zostały udzielone bowiem w tym samym dniu, temu samemu wykonawcy, a ich zakres, forma i przeznaczenie były analogiczne.

Należy się także odnieść do argumentów poruszanych przez zamawiającego w wyjaśnieniach. Nie można mówić o prostej zależności pomiędzy łącznym oszacowaniem wartości zamówień na roboty budowlane dla zamierzeń inwestycyjnych, a łącznym oszacowaniem wartości zamówień na usługi przedprojektowe (projektowe) dla tych zamierzeń. Niemniej, jak już to zostało wyżej wskazane, możliwe jest dowodzenie istnienia jednej z przesłanek warunkujących uznanie takich usług za jedno zamówienie w sytuacji, gdy dotyczą one tego samego zamierzenia inwestycyjnego (obiektu budowlanego) spełniającego samodzielną funkcję gospodarczą lub techniczną, a mianowicie tożsamości przedmiotowej. Nie oznacza to, że istnieje zależność odwrotna tj. w przypadku stwierdzenia, że koncepcje programowo – przestrzenne dotyczą innych zamierzeń inwestycyjnych, nietożsamy pod względem technicznym i gospodarczym niedopuszczalne jest dowodzenie, że takie koncepcje są z definicji również odrębnymi zamówieniami. Taka zależność nie wynika ani z przepisów prawa, ani z orzecznictwa europejskiego i krajowego, ani wreszcie z doktryny. Usługi na dokumentację przedprojektową bada się zawsze w kontekście innych usług na dokumentację przedprojektową, gdyż przedmiotem zamówienia jest usługa wykonania dokumentacji, a nie wykonanie zamierzenia inwestycyjnego.

Podnoszone przez zamawiającego argumenty, odnoszące się do dokumentacji przedprojektowej jako utworu w rozumieniu prawa autorskiego nie mają bezpośredniego wpływu na sposób szacowania wartości zamówienia. Na jedno (tożsame) zamówienie może się składać kilka utworów, np. w przypadku dokumentacji projektowej jako odrębne utwory w rozumieniu prawa autorskiego mogą być traktowane projekt budowlany i projekt wykonawczy tej samej inwestycji, oba niezbędne jako element opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane i oba udzielane w ramach jednej procedury.

Nieadekwatny jest także argument odwołujący się do niepodzielności świadczenia jakim jest jedna koncepcja programowo – przestrzenna. Z faktu, że koncepcja programowo – przestrzenna może być świadczeniem niepodzielnym nie wynika, że w przypadku realizacji kilku usług na wykonanie takich koncepcji zasadne jest zaniechanie łącznego szacowania ich wartości. Potwierdzają to także zapisy dyrektywy sektorowej, w której wskazano, że podmioty zamawiające nie mogą uniknąć stosowania niniejszej dyrektywy, dzieląc na części (...) planowane zakupy określonych ilości dostaw lub usług (...) Do nieprawidłowego podziału zamówienia na części dochodzi zatem nie tylko w momencie, gdy

Niedozwolony podział zamówienia na części w świetle wyników kontroli Prezesa UZP. Przykład 2

Kategoria: Aktualności

Opublikowano: piątek, 03, sierpień 2012 00:00

Rafał Rudka

Odśloni: 6125

zamawiający nieprawidłowo dzieli jedną usługę na części, ale także w sytuacji gdy dzieli na części planowane dostawy lub usługi. W przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia właśnie z tą drugą sytuacją – zamawiający zaniechał łącznego szacowania wartości dwóch zaplanowanych wcześniej usług na wykonanie tożsamyh koncepcji.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie wartości zamówień na wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu K-S oraz wykonanie koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu S-W było błędne. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości: są ze sobą przedmiotowo tożsame, zostały udzielone w tym samym czasie, temu samemu wykonawcy. Biorąc zatem powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający udzielając zamówień na usługi wykonania koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu K-S oraz wykonania koncepcji programowo – przestrzennej Gazociągu S-W dopuścił się podziału zamówienia na części, nie sumując wartości wszystkich części. Wskazać należy, że łącznie szacowana wartość kontrolowanych zamówień wynosiła 683.838,62 euro, co obligowało zamawiającego do zastosowania procedury przewidzianej w ustawie Pzp (art. 133 ust. 1 ustawy Pzp), a tym samym zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego ww. usług w Dzienniku Urzędowym UE. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy. W konsekwencji, powyższe działanie zamawiającego, polegające na nie zastosowaniu ustawy Pzp i nie opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3, w zw. z art. 133 ust. 1, w zw. z art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli. Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń. Stanowisko Prezesa podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 6 września 2011 r. (sygn. KIO/KD 69/11).

Źródło: Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 6/2012