

Wartość zamówienia publicznego na roboty budowlane

mgr inż. Renata Niemczyk

Wprowadzenie

Podstawowym celem stworzonego w Polsce systemu zamówień publicznych jest przede wszystkim racjonalność i efektywność gospodarowania środkami publicznymi oraz przeciwdziałanie korupcji. Środkiem prowadzącym do jego osiągnięcia są przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące zasad i trybów udzielania zamówień publicznych, środków ochrony prawnej, kontroli udzielania zamówień publicznych i organów właściwych dla spraw uregulowanych w tejże ustawie.

Konieczność stosowania formalnych rygorów wymienionych w tym akcie prawnym (wybór trybu udzielenia zamówienia implikujący m.in. sposób ogłoszenia o zamówieniu, terminy, środki ochrony prawnej) uzależniono od wartości zamówienia i progów określanych przez Prezesa Rady Ministrów (art.11, ust.8 ustawy Pzp) w oparciu o decyzje Komisji Europejskiej.

Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza progu 14 000 euro przy udzielaniu zamówienia nie stosuje się przepisów ustawy. Postępowania przy zamówieniach o wartościach do progów unijnych i powyżej charakteryzują się szeregiem odrębności. Dotyczą one m.in. sposobu dokonywania ogłoszeń (art.11, ust.7), obowiązku powołania komisji przetargowej (art. 19 ust. 1), obowiązku żądania od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 1) oraz obowiązku żądania wadium. Przekroczenie progów unijnych wyłącza możliwość zastosowania trybów zapytanie o cenę (art. 70) i licytacji elektronicznej (art. 74 ust. 2), natomiast pozwala na wnoszenie przez wykonawców odwołań od niezgodnych z przepisami Pzp zachowań Zamawiającego (art. 180 ust. 2).

Podsumowując, przekroczenie progów unijnych powoduje, że procedura przy udzielaniu zamówienia publicznego staje się bardziej restrykcyjna i skomplikowana, czego zamawiający zazwyczaj chcą uniknąć. Wobec trudnej materii prawnej i związanych z tym wątpliwości interpretacyjnych przepisów, a także wobec stopnia skomplikowania zamówienia jakim jest zamówienie na roboty budowlane, zamawiający balansują na granicy prawa uciekając przed stosowaniem ustawy.

Dlatego też, może warto jeszcze raz omówić regulacje prawne odnośnie określania wartości zamówienia i zilustrować zagadnienie szeregiem przykładów.

Definicja wartości zamówienia

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.

Należy zwrócić uwagę na to, że wartość zamówienia to:

- **całkowite wynagrodzenie wykonawcy -**

oznacza to , że zamawiający musi wziąć pod uwagę wszelkie wynagrodzenia wykonawcy udzielane mu przez cały okres trwania umowy, wraz ze wszystkimi składnikami lecz bez podatku od towarów i usług. Natomiast w sytuacji w której zamawiający dokonał podziału zamówienia na części celem przeprowadzenia odrębnych postępowań, lub jeżeli dopuszcza składanie ofert częściowych (art. 32, ust.4) wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia, a zatem musi uwzględnić łączne wynagrodzenie wszystkich wykonawców.

Jeżeli w SIWZ zamawiający przewiduje udzielenia zamówień uzupełniających, to wartość zamówienia musi być powiększona o wartość przewidywanych zamówień uzupełniających (art.32, ust.3).

- **szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy -**

zamawiający określa wartość zamówienia, przed uruchomieniem procedury np. przetargowej nie wiedząc, które podmioty złożą oferty i jakie czynniki cenotwórcze zostaną przez nich przyjęte. Musi zatem oszacować przybliżoną wartość zamówienia przy posiadaniu niepełnych danych, przy możliwości wystąpienia zakłóceń i przy zastosowaniu uproszczonego modelu opisującego parametry, cechy lub charakter tej wielkości (lub zjawiska wpływające na jej zachowanie).

Tak więc oszacowana wartość nie musi pokrywać się z wartością rzeczywistą zamówienia, czyli z wartością najkorzystniejszej oferty, a także z kwotami, które zamawiający zamierza/może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art.86, ust.3 i art. 93, ust.1, pkt.4).

Natomiast z uwagi na fakt, że wartość zamówienia określona przez zamawiającego decyduje o wyborze trybu udzielenia zamówienia wartość musi być jednoznaczna i określona jedną kwotą, a nie w postaci przedziału od-do.

- **wynagrodzenie ustalone przez zamawiającego z należytą starannością -**

ustawa Prawo zamówień publicznych nie precyzuje tego sformułowania, natomiast odniesienie można znaleźć w przepisach Kodeksu Cywilnego, które mają również zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 355 par.1 i 2 k.c., stanowi, że dłużnik (jest to osoba lub firma, która podjęła się jakiegoś zadania na rzecz innej osoby czy firmy, a zatem jest komuś winna to zadanie wykonać) obowiązany jest do staranności ogólnej wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), którą w zakresie prowadzonej przez niego działalności określa się przy uwzględnianiu zawodowego charakteru tej działalności. Zatem dłużnik powinien należytą staranność pojmować jako działanie rzetelne, przejrzyste, zgodne z przepisami, terminowe i prowadzące do uzyskania jak najlepszego efektu. Zaniedbanie zasady należytej staranności może mieć poważne konsekwencje i być nawet powodem pociągnięcia do odpowiedzialności tego, kto tej staranności nie dochował. Niezastosowanie się do tego jest niewątpliwie naruszeniem prawa, co może skutkować pozwaniem do sądu.

Poważnym uchybieniem wobec prawa jest podzielenie zamówienia na części lub zaniżenie jego wartości celem uniknięcia stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 32, ust.2). Jak pokazuje orzecznictwo ten przepis jest często naruszany przez zamawiających - czasami świadomie, żeby uniknąć skomplikowanej procedury, ale również nieświadomie, poprzez wadliwie przyjęcie podstaw podziału zamówienia. Oczywiście podział zamówienia na części nie jest zabroniony, jeżeli są ku temu podstawy merytoryczne związane z organizacją, ekonomiką i celowością zamówienia, natomiast, jeżeli dążeniem zamawiającego jest przyjęcie łatwiejszych rozwiązań związanych z udzieleniem zamówienia, to z pewnością jest to naruszenie prawa.

Wartość zamówienia a nieuprawniony podział zamówienia na części

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia "części zamówienia" i nie określa jakimi kryteriami powinien kierować się zamawiający przy podziale zamówienia na części, w związku z czym można, a nawet trzeba sięgnąć do wytycznych UZP zawartych w opiniach prawnych na temat szacowania wartości zamówienia. UZP zaleca, aby dla prawidłowej oceny, czy zamawiający ma do czynienia z jednym zamówieniem czy kilkoma dokonał on analizy okoliczności konkretnego przypadku, a zatem czy zasła:

- tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu),

- tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie),
- tożsamość podmiotowa, tj. możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Tak więc z odrębnymi zamówieniami zamawiający będzie miał do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy.

Wyżej przedstawione kryteria ustalania czy zamawiający ma do czynienia z jednym zamówieniem czy odrębnymi zamówieniami mają zastosowanie bez względu na rodzaj zamówienia - dotyczą więc zarówno dostaw, usług jak i robót budowlanych, z tym, że w przypadku robót budowlanych spośród wskazanych kryteriów szczególne znaczenie należy przypisać tożsamości przedmiotowej. Pozostałe dwa kryteria mają charakter pomocniczy.

Jak się okazuje w praktyce określenie kryterium przedmiotowego przy robotach budowlanych wcale nie jest proste.

Znane są przypadki, że zamawiający dzieli zamówienie na etapy: odrębnie etap związany z wykonaniem stanu zerowego budynku, następnie drugi dotyczący wykonania stanu surowego, wreszcie trzeci związany z wykończeniem obiektu. Czasem może być czwarty polegający na zagospodarowaniu terenu. Zamiast ustalić jedną wartość dla wszystkich części, zamawiający każdy z wymienionych etapów traktuje jako oddzielne zamówienie i szacuje osobno.

U podstaw takich poczynań często leży fakt, że zamawiający ma zabezpieczone środki tylko na pierwszy etap. Jednak ilość posiadanych, czy zapewnionych środków nie tłumaczy postępowania zamawiającego, ponieważ ustawa nie zabrania udzielić zamówienia w częściach, z których każde stanowi przedmiot odrębnego postępowania, pod warunkiem jednak, że wartością zamówienia jest łączna ich wartość (w opisanym przypadku łączna wartość etapów).

W budownictwie spotyka się również, szczególnie przy prowadzeniu remontów obiektów, praktyki polegające na podziale zamówienia pod kątem branż np. odrębne zamówienia na instalacje elektryczne, wodno-kanalizacyjne, centralnego ogrzewania, lub też na dostawy materiałów i urządzeń i osobno na ich wbudowanie lub zamontowanie.

Podstaw, czy można tak robić czy też nie można szukać w ustawie Prawo budowlane, która stanowi, że roboty budowlane to prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (art. 3 pkt 7), natomiast obiekt budowlany to 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). Ta definicja przemawia za tym żeby traktować wszystkie prace realizowane w jednym obiekcie jako całość. Prawo budowlane nie daje natomiast umocowania i podstaw merytorycznych w przypadku podziału przedsięwzięcia budowlanego na poszczególne obiekty. W tym miejscu należy podkreślić, że istnieje niespójność pojęciowa pomiędzy Prawem budowlanym, a prawem unijnym, które za obiekt budowlany uznaje całe przedsięwzięcie inwestycyjne. Stąd też w praktyce dochodzi niekiedy do podziału przedsięwzięcia na obiekty, np. obiekt podstawowy i obiekty pomocnicze.

Przykład 1

Za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych uznany został, przez Główną Komisję Orzekającą I Instancji w 2007 burmistrz, który udzielił dwóch odrębnych zamówień dotyczących:

- wykonania robót budowlanych na placu zabaw na terenie rekreacyjnym wewnętrznym przy szkole podstawowej,
- wykonania robót budowlanych polegających na wykonaniu ogrodzenia oraz wiaty magazynowej na sprzęt sportowy przy szkole podstawowej.

Zdaniem Komisji został naruszony przepis art.7, ust.3 i art.32, ust.2 ustawy Pzp i art.17, ust.1, pkt 1

ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponieważ zawarte z tym samym wykonawcą umowy składały się na całość inwestycji - budowę boiska przy szkole podstawowej, która to inwestycja w planie finansowym określona była jedną kwotą. Ponadto łączne wynagrodzenie wykonawcy wynikające z zawartych umów przekroczyło dopuszczalną wartość kwoty będącej granicą stosowania przepisów ustawy Pzp, co sugerowało ucieczkę zamawiającego przed rygorami ustawy.

Przykład 2

Zamawiający przeprowadził pięć postępowań w trybie przetargu nieograniczonego. Jedno dotyczyło modernizacji Zakładu Uzdatniania Wody, pozostałe natomiast budowy sieci wodno-kanalizacyjnej w jednym mieście, ale w odrębnych lokalizacjach. Dla każdego postępowania była ustalona odrębna wartość robót budowlanych, która pozwalała na zastosowanie procedury krajowej. Zamawiający w czasie kontroli przedstawił argumenty, którymi kierował się przy podziale zamówienia. Każde realizowane zadanie posiadało odrębną lokalizację, osobną dokumentację projektową, dokumentację formalno-prawną, w tym osobne pozwolenie na budowę.

Mimo przedstawionych wyjaśnień UZP uznał, że doszło do podzielenia zamówienia na części, gdyż:

- przedmiotowe roboty wodno-kanalizacyjne wykonywane były w obrębie jednego miasta, które samodzielnie spełnia funkcję techniczną i gospodarczą,
- wszystkie zamówienia zostały udzielone przez jednego zamawiającego,
- zamówienia mogły być wykonywane, z uwagi na podobieństwo przez jednego wykonawcę,
- postępowania były przeprowadzone w bliskich odstępach czasu, podobnie jak zawarcie umów,
- we wszystkich postępowaniach brali udział niemal ci sami wykonawcy, co dodatkowo potwierdziło jednolity charakter zamówień.

Przy ocenie tej sytuacji UZP wziął pod uwagę stanowisko Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, mówiące o dokonywaniu analiz dotyczących podziału zamówienia w świetle gospodarczych i technicznych funkcji jakie będą pełniły poszczególne części. Podobne funkcje powodują, że przy szacowaniu wartości zamówienia należy brać pod uwagę całość robót budowlanych, nawet jeżeli zamówienia są udzielane w ramach kilku postępowań (w oparciu o "Największe zagrożenia w procedurze udzielania zamówień publicznych" z Przewodnika dla Beneficjenta POliŚ).

Przykład 3

Sprawa o sygn. akt KIO/KD 42/09 - dotyczyła zamówienia publicznego na nadzór inwestorski dla inwestycji: budowa systemu kanalizacji sanitarnej na terenie gminy (...) - etap I, etap II, etap III; Izba uznała stanowisko Prezesa UZP stwierdzające naruszenie przez zamawiającego art. 32 ust. 4 ustawy Pzp przez osobne ustalenie wartości zamówienia dla każdego z trzech postępowań (...). Za przyjęciem zsumowanej wartości wszystkich trzech postępowań przemawia: tożsamość usług będących przedmiotem wszystkich trzech postępowań, złożenie ofert na wykonanie trzech zamówień przez jednego wykonawcę, z którym następnie podpisane zostały umowy, zbieżność terminów - zarówno wszczęcia wszystkich postępowań, jak i terminów zawarcia umów z wykonawcą, co świadczyło o świadomości zamawiającego zapewnienia nadzoru na trzech etapach inwestycji.

Zaniżanie wartości zamówienia

Zamawiający unikają stosowania przepisów ustawy Pzp nie tylko przez nieuprawniony podział zamówienia na części, ale również przez zaniżanie wartości zamówienia i dostosowanie do

wielkości posiadanych przez zamawiającego czy zapewnionych środków publicznych na konkretną inwestycję. Jeżeli kosztorys inwestorski, na podstawie którego określana jest wartość zamówienia jest wyższy od zbieranych funduszy zdarza się, że zamawiający wymusza na kosztorysancie przyjęcie niższych cen jednostkowych w kalkulacji. Przy takim postępowaniu istnieje jednak niebezpieczeństwo, że najkorzystniejsza oferta będzie wyższa od kwoty którą zamierza/może wydać zamawiający, co w efekcie może doprowadzić do unieważnienia postępowania i nie zrealizowania zamierzonego celu.

Inną metodą ominięcia przepisów ustawy jest ograniczenie zakresu przedmiotowego zamówienia w taki sposób, aby wartość szacunkowa była poniżej progu wymuszającego stosowanie bardziej rygorystycznych procedur. Wówczas zamawiający ogłasza postępowanie wg prostszych zasad, a następnie w wyniku pytań oferentów, poszerza zamówienie o prace, które wcześniej zostały wyeliminowane. Oczywiście zamawiający nie zmienia wartości szacunkowej zamówienia, ponieważ przepisy dopuszczają taką zmianę tylko przed wszczęciem postępowania.

Wartość zamówienia w kontekście zamówień uzupełniających

W myśl art. 32, ust.3, o którym już była mowa w artykule, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających i były one przewidziane w ogłoszeniu dla zamówienia podstawowego (art. 67, ust.1 pkt.6), ich wartość musi uwzględnić przy ustalaniu wartości zamówienia. W konsekwencji przepisów maksymalna wartość zamówień uzupełniających znana jest na etapie ogłoszenia zamówienia podstawowego i nie może przekroczyć dopuszczalnej wartości wynikającej z przepisów tj. 50% wartości zamówienia podstawowego na roboty budowlane.

Brak informacji o zamówieniu uzupełniającym w ogłoszeniu oraz brak uwzględnienia jego wysokości w wartości zamówienia powoduje, że zamawiający nie może udzielić zamówień uzupełniających z wolnej ręki i musi przeprowadzić całą procedurę postępowania. Przykładów naruszenia art. 67, ust.1, pkt. 6 można szukać m.in. w opracowaniu pt. "Wyniki kontroli przeprowadzonych w 2008 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej" i w Informatorze UZP nr 4/2011.

Aktualizacja wartości zamówienia

Zgodnie z art. 35 ustawy Pzp ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane dokonuje się nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Okazuje się, że przeprowadzane kontrole przez upoważnione do tego organy często ujawniają naruszenie tego artykułu (NIK - Delegatura w Opolu - Informacja o wynikach kontroli jednostek samorządu terytorialnego z uwzględnieniem projektów współfinansowanych z budżetu Unii Europejskiej) i to bez względu na koniunkturę w danym okresie. Panuje bowiem powszechne mniemanie, że przy stagnacji cen aktualizacja kosztorysu jest zbędnym wydatkiem, przy hossa w budownictwie z kolei aktualizacja podnosi wartość robót, co może wpłynąć na podniesienie rygorów postępowania.

data: 30.09.2011 r.

Źródło: www.orgbud.pl