

Paweł Stokłosa*

DOZWOLONY PODZIAŁ PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W ŚWIECIE NORM PRAWA KRAJOWEGO I UNIJNEGO

1. Przynależność do Unii Europejskiej wywiera istotny wpływ we wszystkich płaszczyznach funkcjonowania państwa. Wywołuje skutki w przestrzeni gospodarczej, ekonomicznej, kulturowej, społecznej, politycznej a w szczególności w sferze prawa (jego stanowienia i stosowania). Szczególnie wyraźny wpływ regulacji wspólnotowych widoczny jest w sferze publicznego prawa gospodarczego, gdyż polski system jest aktualnie tworzony przez liczne regulacje unijne. Taki stan rzeczy oznacza przede wszystkim konieczność zapewnienia przez państwa przystępujące zgodności ich systemów prawnych z autonomicznym porządkiem prawnym UE. Z kwestią tą związanych jest kilka pojęć: od „dostosowania” poprzez „transpozycję” i „harmonizację” aż do „prymatu”, „zasady pierwszeństwa” i „supremacji”.

1.1. Autonomiczność prawa UE wynika wprost z możliwości jego bezpośredniego stosowania, to powoduje funkcjonowanie w praktyce dwóch równoległych porządków prawnych tzn. krajowego i unijnego¹. Bezpośrednia skuteczność norm prawa UE wywołuje zawsze kolizję z odmiennie brzmiącym przepisem prawa wewnętrznego, odnoszącym się do konkretnej materii, regulowanej inaczej przez prawo unijne. Praktyka stosowania prawa wypracowała zasadę pierwszeństwa (supremacji) prawa Unii Europejskiej wobec norm prawa wewnętrznego państw członkowskich. Wywodzona początkowo z praktyki orzeczniczej Europejskiego

* Mgr Paweł Stokłosa – Doktorant w Katedrze Prawa Gospodarczego i Handlowego, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji Rzeszów-Przemyśl.

¹ M. Ahlt, M. Szpunar, *Prawo europejskie*, Warszawa 2011, s. 51.

Trybunału Sprawiedliwości i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zasada pierwszeństwa prawa UE nad krajowymi porządkami prawnymi została wyrażona w treści dołączonej do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i Traktatu o Unii Europejskiej na mocy Traktatu z Lizbony deklaracji Nr 17 odnoszącej się do pierwszeństwa, która przypomina, że na podstawie utrwalonego orzecznictwa TS Traktaty i prawo przyjęte przez Unię na podstawie Traktatów mają pierwszeństwo przed prawem państw członkowskich na warunkach ustanowionych przez wspomniane orzecznictwo². Zasada pierwszeństwa określana również jako zasada supremacji lub zasada prymatu, nie oznacza jednak prymatu ważności ale prymat w stosowaniu, z którego wynika obowiązek zastosowania normy unijnej i pominięcie sprzecznego z nią przepisu krajowego. Zatem spreczny z normą prawa UE przepis krajowy nie jest nieważny ale w efekcie takiego konfliktu norm nie może być zastosowany. Powyższe można krótko ująć w ramach stwierdzenia, iż: „żaden przepis prawa wewnętrznego nie ma pierwszeństwa przed prawem UE”³. Powyższa reguła opiera się na dwóch faktach podstawowych: autonomiczności prawa UE oraz konieczności zachowania jego jednolitego obowiązywania. Niektórzy autorzy zwracają uwagę na fakt, iż pomimo, że ogólna zasada prymatu prawa europejskiego wskazywałaby na konieczność zastosowania przepisu wspólnotowego to jego bezpośrednie stosowanie powodowałoby działanie *contra legem* w stosunku do prawa polskiego, co byłoby niezgodne z zasadami państwa prawa⁴. Sygnalizując jedynie istnienie takich poglądów wskazać należy, że polskie przepisy w zakresie zamówień publicznych ukształtowane zostały poprzez zastosowanie procedury implementacyjnej na podstawie grupy regulacji prawnych wydanych przez organy UE⁵. Przy czym należy mieć na uwadze fakt, iż ustawa z 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych nie wprowadziła rozwiązań rewolucyjnych. Obowiązująca wcześniej Ustawa o zamówieniach publicznych z 1994 r. w dużym stopniu spełniała już wymogi Unii Europejskiej. Prawo zamówień publicznych jest aktem o całościowym charakterze i bardziej klarownej formie⁶.

1.2. Warunek zgodności nie oznacza jedynie konieczności zapewnienia dostosowania przepisów wewnętrznych do przepisów UE ale przede wszystkim konieczność zapewnienia zgodności norm wynikających z prawa krajowego z normami prawa unijnego, a zatem wymaga takiej interpretacji przepisów aby osiągnąć zgodność z rozwiązaniami przyjętymi w UE. Powyższe powoduje, że wykładnia przepisów krajowych powinna prowadzić do realizowania norm zgodnych z praktyką stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej dotyczących konkretnych

² Ibidem, s. 51.

³ Ibidem, s. 52.

⁴ M. Lechna, A. Prigan, H. Drynkorn, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2014, s. 280.

⁵ A. Zdebel-Zygmunt, J. Rokicki, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014, s. 99.

⁶ Por. A. Garbacik, *Dostosowanie prawa polskiego do przepisów unijnych* „Służba Pracownicza” 2004, nr 6, s. 1-5.

stanów faktycznych. Wymóg ten wyraża zasada supremacji, realizacji której sprzyja formułowanie jednoznacznych, niebudzących wątpliwości interpretacyjnych przepisów krajowych. Celem niniejszego artykułu jest analiza wybranych przykładów błędnego stosowania prawa w świetle norm krajowych i unijnych regulujących tę samą problematykę, na gruncie tematyki dotyczącej udzielania zamówień publicznych. Podjęta zostanie również próba zidentyfikowania przyczyn zjawiska odmiennej oceny tożsamyh stanów faktycznych w świetle norm unijnych i krajowych oraz sformułowane zostaną wnioski *de lege ferenda*.

2. Przykładem interpretowania przepisów prawa w sposób, który w efekcie powoduje ich stosowanie w sposób odmienny niż wymagają tego normy prawa Unii Europejskiej może być wybrane orzecznictwo polskich sądów na tle tematyki dotyczącej dzielenia przedmiotu zamówienia publicznego na części. Unijne prawo dotyczące zamówień publicznych zakazuje dokonywania podziału zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów właściwych w sprawach zamówień publicznych. Polskie przepisy zawierają regulacje adekwatne. Praktyka wskazuje jednakże, że interpretacja tych przepisów może prowadzić do rezultatów niezgodnych z ich celem. Podkreślić należy, że zakaz podziału przedmiotu zamówienia nie jest zakazem bezwzględny a obowiązuje jedynie w sytuacji kiedy miałby prowadzić do uniknięcia stosowania właściwych przepisów. Jeżeli podział przedmiotu zamówienia ma realizować inne cele np. organizacyjne, techniczne lub gospodarcze nie jest zakazany⁷. A. Sołtysińska stwierdza, że „oceniając czy zamawiający dokonał podziału zamówienia w celu obejścia przepisów dyrektywy 2004/18, należy brać pod uwagę między innymi przewidywalność udzielenia zamówienia, uwzględnienie jego wartości w planie finansowym, rodzaj nabywanych świadczeń, termin wszczęcia postępowania przetargowego, względy techniczne i organizacyjne oraz środki finansowe dostępne zamawiającemu”⁸. Materia zamówień publicznych jest w Polsce regulowana przez przepisy ustawy z dnia 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych⁹ (dalej: P.z.p.), które zawierają zakaz dzielenia zamówienia na części lub zaniżenia wartości przedmiotu zamówienia jeżeli miałoby to prowadzić do uniknięcia stosowania przepisów właściwych w sprawach zamówień publicznych. Zakaz ten został sformułowany w treści art. 32 ust. 2 P.z.p., który brzmi: „Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości”. Należy zauważyć, że przepis ten nie wprowadza

⁷ Taki pogląd obecny jest już w starszym piśmiennictwie dot. omawianej problematyki. Por. np. A. Panasiuk [w:] A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz-Warszawa 2004, s. 106; M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2005, s. 145; D. Szczepański, *Wartość zamówienia*, „Doradca” 2005, nr 11, s. 19.

⁸ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2006, s. 151-152.

⁹ T.j.: Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.

generalnego zakazu dzielenia zamówienia na części¹⁰, jest on zakazany wtedy gdy zamawiający dąży do dokonania podziału zamówienia w celu obniżenia wartości, poszczególnych podzielonych już zamówień poniżej progów ustawowych, pozwalających na wyłączenie stosowania ustawy. J. Pieróg twierdzi, że jeżeli podział zamówienia nie prowadzi do obniżenia wartości poszczególnych zamówień poniżej jakichkolwiek ustawowych progów to jest on dozwolony bez względu od istnienia szczególnych powodów jego zastosowania¹¹. Autor ten zauważa również, że norma wyrażona w ust. 2 komentowanego przepisu nie zakazuje też podziału zamówienia, jeżeli podział jest zasadny z przyczyn: technologicznych, organizacyjnych albo gospodarczych albo gdy wartość zamówienia przekracza możliwości budżetowe zamawiającego¹². Bardziej radykalne poglądy w tej materii wyraża P. Granecki, który określa zakaz podziału zamówienia na części jako zakaz bezwzględny obejmujący również zakaz zaniżania jego wartości. Sytuacje w których podział zamówienia jest dozwolony zalicza do wyjątków stanowiących odstępstwo od reguły¹³. W systemie prawa Unii Europejskiej do 28.3.2014 r.¹⁴ funkcjonowały dwa akty prawne dotyczące materii zamówień publicznych. Pierwszy to Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r., której art. 9 ust. 3 brzmi: „Żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy”¹⁵. Drugi to Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r.¹⁶ zawierająca w treści art. 17 ust. 2 zakaz dzielenia zamówienia na części: „Podmioty zamawiające nie mogą unikać stosowania niniejszej dyrektywy, dzieląc na części projekty budowlane lub planowane zakupy określonych ilości dostaw lub usług, lub wykorzystując specjalne metody obliczania szacunkowej wartości zamówień”. Choć bez wątpliwości norma zakazująca dzielenia szacowanej wartości przedmiotu zamówienia w celu uniknięcia stosowania adekwatnych przepisów prawa została

¹⁰ S. Babiaryz, *Komentarz do art. 32 P.z.p.* [w:] S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 246.

¹¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 180–181.

¹² Ibidem.

¹³ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 369–378.

¹⁴ Dnia 28.3.2014 r. zostały opublikowane nowe dyrektywy w zakresie zamówień publicznych: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE oraz Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania koncesji.

¹⁵ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – dalej jako dyrektywa 2004/18/WE lub dyrektywa klasyczna.

¹⁶ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych – dalej jako dyrektywa 2004/17/WE lub dyrektywa sektorowa.

uwzględniona w ramach polskich przepisów dotyczących zamówień publicznych to jednak polski przepis jest mniej precyzyjny niż wymienione regulacje UE. Można w tym zakresie zarzucić ustawodawcy przede wszystkim niekonsekwencję pojęciową. W treści art. 32 ust. 2 P.z.p. zakazano dzielić „...zamówienia na części lub zaniżać jego wartości”. Ustawodawca posłużył się pojęciem „zamówienie”, które w treści P.z.p. pozostaje niezdefiniowane. Ustawodawca wprowadza, co prawda definicję legalną „zamówień publicznych” ale definiuje je jako: „(...) umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”, a zatem należy to pojęcie umiejscawiać na etapie zawierania umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Szacowanie wartości tego, co ma być przedmiotem zobowiązań umownych to szereg czynności podejmowanych jeszcze przed wszczęciem procedury wyboru wykonawcy. Czynności te mają zasadniczy wpływ na kształt tej procedury. Kolejna rozbieżność widoczna jest na płaszczyźnie przepisów dotyczących przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawartych w Rozdziale 2 „Przygotowanie postępowania” obejmującym art. 29-38 P.z.p. Dziwi fakt posługiwania się przez ustawodawcę określeniem „przedmiot zamówienia” w części dotyczącej jego opisu¹⁷ i określeniem „zamówienie” w części dotyczącej szacowania jego wartości¹⁸. Logicznym rozwiązaniem byłoby sformułowanie treści aktualnego przepisu art. 32 ust. 2 P.z.p. z uwzględnieniem precyzyjnych pojęć np.: „Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić planowanych: robót budowlanych, dostaw lub usług na części lub zaniżać ich wartości”. Należy dodać, że w aktualnym brzmieniu P.z.p. zawiera definicje legalne: robót budowlanych, dostaw i usług¹⁹. Proponowane brzmienie przepisu pozostawałoby w pełni zgodne z odpowiednimi przepisami dyrektyw ogólnej i sektorowej oraz, co zostanie wykazane w dalszej części umożliwiałoby wyinterpretowanie z jego treści normy pozwalającej na stosowanie przepisu w praktyce w sposób zgodny obowiązującym w tym zakresie prawem UE.

3. Przykładem praktycznych problemów interpretacyjnych jest ocena stanu faktycznego związanego z podziałem przedmiotu zamówienia przy udzielaniu zamówienia publicznego przez – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Lubinie (MPWiK), dokonana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz sąd administracyjny pierwszej i drugiej instancji. Zamawiający MPWiK udzielił zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją projektu „Rozbudowa infrastruktury technicznej celem zwiększenia atrakcyjności Lubina po zakończeniu eksploatacji rud miedzi”, współfinansowanego ze środków pochodzących z budżetu UE w ramach ZPORR.

¹⁷ Np. art. 29, art. 30, art. 31 P.z.p.

¹⁸ Np. art. 32, art. 33 P.z.p.

¹⁹ Art. 2 pkt 8, art. 2 pkt 2, art. 2 pkt 10 P.z.p.

Zamawiający przeprowadził pięć postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, które dotyczyły: „Modernizacji Zakładu Uzdatniania Wody nr 5”, „Budowy sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie kompleksu usługowo-mieszkaniowego Krzeczyn”, „Budowy sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie kompleksu usługowo-mieszkaniowego Zalesie”, „Budowy sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie strefy aktywności gospodarczej w rejonie ulicy Hutnicza, Niepodległości oraz budowy kanalizacji deszczowej na osiedlu Ustronie”, „Budowy sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie kompleksu usług motoryzacyjnych Leśna – Legnicka, kolektora sanitarnego wzdłuż drogi nr 3, kolektora sanitarnego w ulicy Małomickiej, kanalizacji ulicy Towarowej”. Na wniosek Dyrektora Departamentu Wdrażania Programów Rozwoju Regionalnego Ministerstwa Rozwoju Regionalnego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) przeprowadził kontrolę w ramach, której zakwestionowano zastosowany podział zamówienia wskazując na naruszenie art. 32 ust. 4 P.z.p. poprzez nieuwzględnienie faktu, iż wymienione zadania stanowią części jednego zamówienia, co skutkuje tym, że wartością zamówienia jest łączna wartość rzeczonych zadań, co oznaczało niewywiązanie się z obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. Urz. UE). Doszło zatem do naruszenia art. 40 ust. 3 P.z.p.. W efekcie tego Prezes UZP Decyzją Nr KP/12/10 z 16.6.2010 r. nałożył na MPWiK karę pieniężną w wysokości 30.000 PLN. Dodatkowo wskazano, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów dyrektyw 2004/18/WE oraz 2004/17/WE. Prezes wskazał na fakt, iż „cztery z pięciu przedmiotów zamówienia dotyczyły *de facto* jednego zamówienia publicznego, obejmującego budowę sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta Lubina, udzielonego w ramach jednego projektu”. Według Prezesa UZP za takim stanowiskiem przemawia: 1. jednolitość przedmiotu zamówienia, 2. jednolitość miejsca, 3. jednolitość zamawiającego, 4. jednolitość projektu, 5. jednolitość wykonawcy – rozumiana jako możliwość realizacji zamówienia przez jednego wykonawcę, 6. jednolitość czasu²⁰ (przedmiotowe postępowania prowadzono w okresie od 15.4 do 8.6.2005 r., terminy realizacji prac określono na 31.7.2006 r. i 31.8.2006 r.). MPWiK stało na stanowisku, iż poszczególne zadania nie były częścią jednego obiektu budowlanego, każde z nich spełnia odrębną funkcję, może funkcjonować samodzielnie i realizacja któregoś z nich pozostaje

²⁰ S. Babiarczyk proponuje w procesie badania czy doszło do podziału zamówienia stosowanie kryteriów takich jak: tożsamość podmiotowa zamówienia, tożsamość czasowa, możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę, możliwość wykonania danego rodzaju zamówienia w tym samym czasie przez tego samego wykonawcę – jako odrębne kryterium por. S. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 318; M. Stachowiak słusznie zauważa, iż „przy ocenie czy dokonano zakazanego podziału zamówienia na części należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, w tym przewidywalność udzielenia zamówienia (...) jego rodzaj, właściwość świadczeń, jakie mają być treścią umowy i inne elementy charakterystyczne dla rynku usług, dostaw lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia” – por. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 262.

bez wpływu na pozostałe zadania. Wskazało również na fakt, iż P.z.p. zaostriżyło rygory stosowania dyrektywy 93/37/EWG gdyż w momencie wszczęcia przedmiotowych postępowań P.z.p. wprowadzało obowiązek publikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE począwszy od wartości zamówienia równej 5.000.000 EUR. Przepisy wspólnotowe wprowadzały ten obowiązek dla zamówień o wartości przekraczającej dla robót budowlanych kwotę 5.923.624 EUR, tym czasem łączna wartość szacunkowa zamówień udzielonych przez Zamawiającego wynosiła 5.228.328,55 EUR. Zamawiający zawnioskował o ponowne rozpatrzenie sprawy, jednak Prezes UZP Decyzją Nr ZD/15/10 z 31.8.2010 r. utrzymał w mocy decyzję wcześniejszą. MPWiK wniosło skargę na powyższą decyzję, formułując zarzut w zakresie: naruszenia przepisów prawa materialnego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że skarżący (MPWiK) dopuścił się udzielenia zamówienia publicznego bez wymaganego ogłoszenia w Dz.Urz.UE w wyniku czego nałożono na niego karę finansową w wysokości 30.000 PLN na podstawie art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. c w zw. z art. 201 ust. 2 pkt 2 P.z.p. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie uchylił zaskarżoną decyzję i orzekł o jej niewykonalności oraz zasądził na rzecz skarżącej spółki zwrot kosztów postępowania sądowego²¹. Sąd uznał za zasadne argumenty przedstawione przez skarżącego – MPWiK w uzasadnieniu skargi. Niestety analiza tych argumentów oraz też zawartych przez sąd w uzasadnieniu orzeczenia nie pozwala na uznanie argumentacji skarżącego za zasługującą na uwzględnienie. Opierające się na niej twierdzenia nie są przekonujące. Po pierwsze skarżący podniósł, że „Prezes UZP, uzasadniając swoje stanowisko dotyczące rzekomego dokonania przez Skarżącego podziału zamówienia na części stosuje w sposób całkowicie nieuzasadniony i niedopuszczalny wykładnię rozszerzającą, przepisów prawa wprowadzając zamiast pojęcia projektu budowlanego pojęcie „przedsięwzięcie budowlane”, które może, w ocenie organu obejmować roboty budowlane ujęte nawet w kilku projektach”. Dalej skarżący – MPWiK stwierdza, że „Interpretacja taka jest całkowicie *contra legem*, albowiem zarówno przepisy krajowe, jak i przepisy wspólnotowe dotyczące udzielenia zamówień publicznych konsekwentnie posługują się pojęciem „projektu budowlanego” przy ocenie dopuszczalności podziału zamówienia na części. Wykładnię rozszerzającą Prezesa UZP, sprowadzającą się do wprowadzenia nowych pojęć, niewynikających z obowiązujących przepisów prawa, uznać należy za całkowicie niedopuszczalną. Prezes UZP, działając jako organ administracyjny w sprawach z zakresu zamówień jest związany literalnym brzmieniem obowiązujących przepisów i ich językową wykładnią.”²² Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że Prezes UZP w przedmiotowej kwestii stosuje wykładnię rozszerzającą. Wykładnia rozszerzająca polega bowiem na tym,

²¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 28.4.2011 r., sygn. akt V SA/Wa 2555/10 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/cbo/query>).

²² Uzasadnienie faktyczne Wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 28.4.2011 r., sygn. akt V SA/Wa 2555/10 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/cbo/query>).

że „(...) zakres zastosowania lub normowania normy otrzymany na podstawie reguł funkcjonalnych jest nadrzędny w stosunku do zakresu zastosowania lub normowania normy otrzymanej w wyniku zastosowania reguł językowych”²³. Tymczasem stanowisko Prezesa UZP uwzględnia przede wszystkim wykładnię przepisów dokonaną z wykorzystaniem reguł językowych. W polskich tekstach przepisów dyrektywy 2004/18/WE oraz 2004/17/WE odnoszących się do zakazu podziału przedmiotu zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania właściwych przepisów dyrektyw odpowiednio w art. 9 ust. 3 dyrektywy ogólnej i art. 17 ust. 2 dyrektywy sektorowej użyto sformułowania „projekt budowlany” jednak w żadnym wypadku nie można utożsamiać tego pojęcia, tak jak chce tego sąd z projektem budowlanym jako dokumentacją projektową. Dodatkowo wykładnia językowa przepisu musi uwzględniać ducha prawa – *spiritui iuris* rozumianego jako cel i zamiar prawodawcy. Powyższe potwierdza szczegółowa analiza obowiązujących w tym zakresie regulacji.

Inną przesłanką potwierdzającą przedstawione podejście jest fakt, że w treści postanowień umowy o dofinansowanie projektu *Rozbudowa infrastruktury technicznej celem zwiększenia atrakcyjności Lubina po zakończeniu eksploatacji rud miedzi* w ramach ZPORR²⁴ projekt ten jest traktowany holistycznie i integralnie. Dopuszczone zostało realizowanie projektu etapowo, zgodnie z ustalonym harmonogramem rzeczowo-finansowym²⁵ ale umowa mówi o okresie realizacji Projektu²⁶ (wyznaczając terminy rozpoczęcia jego realizacji, zakończenia rzeczowego oraz zakończenia finansowania) oraz o dofinansowaniu realizacji Projektu²⁷ a także wskazuje całkowitą wartość Projektu²⁸. Umowa reguluje również możliwość wprowadzania zmian w ramach realizowanego Projektu²⁹ itd. Powyższe ujęcie pozostaje zgodne z interpretacją terminu projekt wynikającą z norm unijnych dyrektyw – jako zamierzenia, przedsięwzięcia (np. budowlanego). To następny argument za tym aby przy szacowaniu wartości zamówienia na roboty budowlane brać pod uwagę całość zamierzenia – projektu a nie jedynie części wyznaczone przez dokumentację techniczną (budowlaną). Taki pogląd jest podzielany przez większość autorów, należy go zatem uznać za ugruntowany w doktrynie przedmiotu – „Nawet jeżeli do budowy określonego obiektu gospodarczego niezbędne będzie wykonanie szeregu rodzajowo różnych robót lub odrębnych instalacji, ocenie

²³ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 240–241.

²⁴ Umowa nr Z/2.02/I/1.2/38/04/U/72/05 o dofinansowanie Projektu *Rozbudowa infrastruktury technicznej celem zwiększenia atrakcyjności Lubina po zakończeniu eksploatacji rud miedzi* – Z/2.02/I/1.2/38/04 w ramach Priorytetu 1 – *Rozbudowa i modernizacja infrastruktury służącej wzmocnieniu konkurencyjności regionów* zawarta we Wrocławiu 12.9.2005 r. – tekst powielony, dalej jako: Umowa ZPORR.

²⁵ § 3 ust. 3 Umowy ZPORR.

²⁶ § 3 ust. 1 Umowy ZPORR.

²⁷ § 2 ust. 1 Umowy ZPORR.

²⁸ § 2 ust. 2 Umowy ZPORR.

²⁹ § 17 Umowy ZPORR.

podlega pewna funkcjonalna całość, mająca ten sam cel gospodarczy. Nawet jeśli zamawiający zorganizuje kilka postępowań przetargowych, których przedmiotem będą kolejne roboty i instalacje realizowane w następujących po sobie latach, to jeśli całość spełnia pewien gospodarczy cel to wszystkie poszczególne kontrakty należy ocenić jako częściowe³⁰.

3.1. Należy zwrócić uwagę, że przepis art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE w wersji angielskiej brzmi: „no works project or proposed purchase of a certain quantity of supplies and/or services may be subdivided to prevent its coming within the scope of this Directive”. Użyte więc zostało sformułowanie „worksproject”, które nie może być tłumaczone jako projekt budowlany w sensie dokumentacji projektowej. Sama dyrektywa w odniesieniu do projektu budowlanego w znaczeniu dokumentacji projektowej używa sformułowań: „technical specification” oraz „technical prescriptions”³¹. Projekt budowlany w powszechnym znaczeniu to *building project* lub *construction project*. Słowo *project*³² jest tłumaczone jako plan (*a plan or scheme*), z kolei słowo *scheme*³³ (*a plan of action*) oznacza plan działania. Znaczenie słowa *work*³⁴ (*something you have to do that needs effort or energy*) należy tłumaczyć jako: praca. Zatem *works project* należy tłumaczyć jako projekt (plan) prac, ale nie w sensie technicznym (dokumentacji technicznej), lecz jako plan działania. Ewentualnie jako: plan robót budowlanych, w kontekście robót budowlanych dyrektywa ogólna stosuje określenie: *public works contracts*³⁵ – co można tłumaczyć jako umowy dotyczące robót publicznych. Słusznie więc Prezes UZP określa zastosowane w ramach dyrektywy pojęcie projektu budowlanego (planu prac czy planu robót budowlanych) jako „przedsięwzięcie budowlane”, gdyż to sformułowanie w pełni oddaje legislacyjny sens regulacji jaką jest art. 9 dyrektywy ogólnej. Zakazany jest bowiem podział wartości zamierzenia budowlanego, którego wartość można oszacować na podstawie dokumentacji projektowej i którego zakres należy scharakteryzować w ramach postępowania tak jak chce tego unijny ustawodawca za pomocą specyfikacji technicznej (*technical specification*) a więc dokumentacji projektowej. Planując jakąkolwiek realizację budowlaną zamawiający ustala jej zakres a skoro dysponuje dokumentacją projektową, która składać się może zarówno z jednego jak i z wielu projektów budowlanych (dokumentacji projektowych), ustala wartość

³⁰ J. Sadowy (red.), R. Jędrzejewski, J. Niczyporuk, H. Nowicki, P. Nowicki, A. Sołtysińska, R. Szostak, M. Wierzbowski, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 135; zob. również: A. Szulakowska, *Planowanie zamówień publicznych i sporządzanie obowiązkowego rocznego sprawozdania*, Wrocław 2015, s. 82 -87.

³¹ Załącznik nr VI 2004/18/WE.

³² *Popularny Słownik Angielsko-Polski Polsko-Angielski*, Oxford (The Oxford School Dictionary), opr. J. M. Hawkins, E. Mizera, G. Mizera, s. 645.

³³ Ibidem, s. 726.

³⁴ Ibidem, s. 950.

³⁵ Załącznik nr VI do dyrektywy 2004/18/WE. Art. 9 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE.

całego zamierzenia budowlanego (przedsięwzięcia budowlanego) i ma obowiązek zastosowania przepisów właściwych dla wartości danego zamierzenia budowlanego. Taką interpretację przepisów potwierdza treść art. 9 ust. 5 dyrektywy ogólnej która brzmi: „Where a proposed work or purchase of services may result in contracts being awarded at the same time in the form of separate lots, account shall be taken of the total estimated value of all such lots”. Przepis ten nakazuje bowiem sumowanie wartości zamówień dotyczących robót budowlanych lub usług w ramach przewidywanego zamówienia jeżeli jest ono udzielane w częściach (w ramach odrębnych procedur). Zauważyć należy, że bez znaczenia pozostają dywagacje sądu na temat funkcji gospodarczo-technicznych obiektów realizowanych przez MPWiK. Problem sprowadza się do interpretacji znaczenia pojęcia *works project* a to nie może być tłumaczone jako projekt budowlany gdyż oznacza przedsięwzięcie budowlane (zamierzenie budowlane). Inna interpretacja tych przepisów stanowiłaby bowiem wykładnię *contra legem* i pozostawałaby niezgodna z *ratio legis* omawianej normy prawnej. Należy zaznaczyć, że zgoła bezsensowny byłby zakaz podziału dokumentacji projektowej – projektu budowlanego, który z założenia stanowi technologiczną całość – nie można przecież wykonać części zaprojektowanego budynku np. stanu surowego budynku mieszkalnego i przekazać do użytkowania zgodnie z funkcją jaką ma spełniać według projektanta. Funkcją taką będzie bowiem spełniał dopiero po zrealizowaniu wszystkich etapów budowy.

Koncepcję celowościową (która stanowi przeciwieństwo koncepcji jednostkowej) projektu potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w sprawie C-220/05³⁶ rozstrzygał czy obiektem budowlanym jest cały park rozrywki czy też każdy z budynków wchodzących w jego skład. Czy zatem wykonanie poszczególnych budynków może być traktowane jako odrębne zamówienia czy zamówieniem jest wykonanie całego parku rozrywki. W tym przypadku można by postawić pytanie czy projektem budowlanym w rozumieniu dyrektyw jest projekt techniczny każdego z budynków – obiektów czy zamierzenie projektowe zakładające wybudowanie kompletnego parku rozrywki. ETS wskazał, że z art. 1 lit. c) dyrektywy 93/37/WE wynika, iż powinno być oceniane z punktu widzenia funkcji gospodarczej lub technicznej rezultatu całości wykonanych robót budowlanych. W świetle tego jeżeli zatem budowa parku miała na celu rozwój działalności handlowej i usługowej, trzeba przyjąć, że wypełnia funkcję gospodarczą. Zatem obiektem budowlanym jest cały park rozrywki obejmujący np. budynek biur, kompleks kinowy, lokale usługowe, budynek parkingowy, hotel itp. Wnioski takie były efektem analizy funkcji ekonomicznej przedsięwzięcia a więc cel jakiemu ma służyć obiekt budowlany. W tym przypadku z postanowień porozumienia określającego zasady wykonania parku wynikało, że zamawiający – gmina Ranne w skutek realizacji parku zamierzała przekwalifikować i rewitalizować gospodarczo dzielnicę dworcową. W tym miejscu należy podkreślić, że każda umowa

³⁶ Orzeczenie ETS z 18.1.2007 r. w sprawie C-220/05.

lub decyzja o przyznaniu pomocy ze środków europejskich zakłada i wymaga zrealizowania pewnego celu, który ma zostać osiągnięty i utrzymany w pewnym okresie. Realizacja celu danego projektu może zostać dokonana jedynie w skutek wykonania jego całego zakresu.

3.2. Powyższą tezę potwierdza również interpretacja niemieckojęzycznych wersji zacytowanych przepisów. Art. 9 ust. 3 dyrektywy klasycznej brzmi: *„Ein Bauvorhaben oder ein Beschaffungsvorhaben mit dem Ziel, eine bestimmte Menge von Waren und/oder Dienstleistungen zu beschaffen, darf nicht zu dem Zwecke aufgeteilt werden, das Vorhaben der Anwendung dieser Richtlinie zu entziehen”*. Adekwatna norma wyrażona w dyrektywie sektorowej została ujęta w ramach przepisu art. 17 ust. 2 zredagowanego jako: *„Die Auftraggeber dürfen die Anwendung dieser Richtlinie nicht dadurch umgehen, dass sie Bauvorhaben oder Beschaffungsvorhaben einer bestimmten Menge von Waren und/oder Dienstleistungen aufteilen oder für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes besondere Verfahren anwenden”*. Kluczowym terminem występującym w obydwu zacytowanych przepisach jest rzeczownik *„Beschaffungsvorhaben”*, który wskazuje na przedsięwzięcie budowlane nie zaś na dokumentację projektową. Podstawowym znaczeniem czasownika *„vorhaben”* jest zamiar wykonania czegoś a zatem występujące w treści obu przepisów sformułowanie *„...Bauvorhaben oder (ein) Beschaffungsvorhaben...”* oznacza zamiar wybudowania lub zamiar dostarczenia określonej liczby towarów lub usług, zatem odnosi się bezpośrednio do projektu w znaczeniu przedsięwzięcia nie zaś dokumentacji technicznej – projektowej. W świetle powyższego zakres zamówienia nie jest determinowany przez dokumentację techniczną ale przez określoną koncepcję – plan – zamierzenie projektowe.

W omówionym przypadku MPWiK zastosował przepisy prawa krajowego w sposób sprzeczny z normami prawa unijnego, prawdopodobnie nie brał w ogóle pod uwagę norm wynikających z przepisów UE. Krajowe sądy administracyjne, co prawda dokonały wykładni przepisów UE ale w sposób niegwarantujący osiągnięcia ich celu. Wśród przyczyn tego stanu należy wymienić: odmienne znaczenie instytucji i pojęć na gruncie norm prawa unijnego i krajowego, nieprecyzyjne tłumaczenie tekstów aktów prawnych na język polski oraz pobieżną, nieprecyzyjną interpretację przepisów prawa Unii Europejskiej prowadzącą do błędnego, niezgodnego z celem danego aktu prawnego stosowania, wyinterpretowanych norm. Właściwą ocenę stanu faktycznego, dokonał Prezes UZP w ramach przeprowadzonej kontroli doraźnej.

4. Innym przykładem niedopuszczalnego podziału przedmiotu zamówienia jest sposób udzielenia kilku zamówień publicznych przez Gminę Miasto Rzeszów w związku z realizacją projektu: *„Przebudowa ulic Rzeszowa w ciągu drogi krajowej Nr 4 – dostosowanie do wymogów Unii Europejskiej”* dofinansowanego ze środków europejskich w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego

Transport (priorytet 2 Bezpieczniejsza infrastruktura drogowa, działanie 2.2 Usprawnianie przejazdów drogami krajowymi przez miasta na prawach powiatu. Przedmiotowy projekt obejmował: siedem zadań ujętych w ramach trzech etapów: Etap I „Przebudowa al. Armii Krajowej i ul. Lwowskiej”, Etap II „Przebudowa al. Batalionów Chłopskich, al. Powstańców Warszawy wraz z mostem przez Wisłok”, Etap III „Przebudowa ul. Krakowskiej i al. W. Witosa”. Zamawiający – Gmina Miasto Rzeszów – przeprowadził siedem odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, z których sześć dotyczyło robót budowlanych związanych z przebudową dróg, jedna związana była z przebudową mostu. Zamawiający oszacował wartość zamówienia odrębnie dla każdego postępowania, co skutkowało zastosowaniem procedury przetargowej o mniejszym rygorystycznym (tzw. przetargów krajowych) i co się z tym wiąże – wszczęciem postępowań poprzez opublikowanie ogłoszeń w publikatorze krajowym – Biuletynie Zamówień Publicznych. Gdyby wartość zamówienia została oszacowana z uwzględnieniem całego zakresu robót budowlanych koniecznych do wykonania w ramach projektu Zamawiający pozostałby zobowiązany do zastosowania procedury bardziej sformalizowanej (określanej potocznie jako „przetarg unijny”) i wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu do publikacji na stronach oficjalnych publikacji Unii Europejskiej (Official Journal of the European Community). Powyższe zakwestionowane zostało zarówno przez Instytucję Zarządzającą jak i służby Komisji Europejskiej. Ministerstwo Transportu (pełniące rolę Instytucji Pośredniczącej – IPZ SPOT) poprosiło Miasto Rzeszów o wyjaśnienia celem udzielenia odpowiedzi Komisji Europejskiej³⁷. Zamawiający argumentował swoje stanowisko powołując się na definicje obiektu budowlanego wywodzone z krajowego prawa budowlanego, a także pojęcie ulicy wywodzone z ustawy o drogach publicznych³⁸. Twierdził, że z definicji tych wynika, że konkretne ulice, jako odrębne obiekty budowlane, wchodzą w skład funkcjonalnej kategorii, jaką jest droga krajowa. Wobec tego dla uznania ulicy za obiekt budowlany nie ma znaczenia jej zakwalifikowanie do konkretnego szlaku komunikacyjnego. Stanowisko to miało potwierdzać posiadanie osobnych metryk dróg i książek obiektu mostowego przez każdy z przebudowywanych obiektów. Dodatkowo zdaniem Miasta odrębny obiekt budowlany stanowi ulica na odcinku od skrzyżowania do skrzyżowania, gdyż jest to funkcjonalno-użytkowa całość, która może być przedmiotem remontu lub przebudowy bez konieczności prowadzenia prac na

³⁷ Pismo MF2ŁK-0732-2780/07-51 z 14.9.2007 r. Dyrektora Departamentu Funduszy Strukturalnych w Ministerstwie Transportu do Prezydenta Miasta Rzeszowa (tekst powielony).

³⁸ Ustawa z 21.3.1985 r. o drogach publicznych, t.j.: Dz.U. z 2013 r., poz. 260 ze zm. Zgodnie z treścią art. 4 tej ustawy przez ulicę rozumie się: „drogę na terenie zabudowy lub przeznaczonym do zabudowy zgodnie z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, w której ciągu może być zlokalizowane torowisko tramwajowe”.

pozostałych odcinakach³⁹. W wystąpieniu poaudytowym Komisja Europejska stwierdza: „*The project nr SPOT/2.2./51/04 „Reconstruction of the streets of Rzeszów City alongside national road nr 4 – adjustment to the requirements of the EU” includes six works contracts for reconstructing different parts of the same street (adjacent location) and one works contract for reconstruction of a bridge forming part of the route*”⁴⁰. Zatem wskazuje, że projekt zawiera sześć umów dotyczących robót związanych z przebudową różnych (sąsiadujących) części tej samej ulicy (drogi) i jedną umowę dotyczącą robót związanych z przebudową mostu tworzącego część trasy. Dalej audytorzy KE stwierdzają: „*The call of tenders in relations to the first four contracts in the above table was launched at the same moment (i.e. 30/7/04). The deadline for the submission of offers was also around the same time (i.e. 22-23/9/04). Furthermore, contracts 2-4 were signed in the same period while contract No 5 and 7 were signed some months later. In addition, all contracts were similar in nature (i.e. street reconstruction works)*”⁴¹. Wskazano zatem przede wszystkim na ten sam moment wszczęcia czterech pierwszych postępowań o udzielenie zamówienia – 30.7.2004 r. Termin składania ofert również oscylował wokół dat 22 i 23.9.2004 r. Ponadto umowy w sprawie realizacji zamówienia dotyczące zamówienia drugiego i czwartego zostały podpisane w tym samym okresie natomiast umowy dotyczące zamówienia piątego i siódmego zostały zawarte kilka miesięcy później. Także przedmiot wszystkich zawartych umów był podobny – dotyczył robót przebudowy ulic. Audytorzy zauważyli również fakt, że całkowita wartość robót wynosiła w tym przypadku 15.400.000 EUR jednakże zamawiający zlecił ich wykonanie w ramach siedmiu oddzielnych procedur udzielenia zamówień a wartość każdego z nich nie przekraczała progów wyzna-

³⁹ Pismo FP.II.0789/1/SPOT/2/07 z 21.9.2007 r. Prezydenta Miasta Rzeszowa do Dyrektora Departamentu Funduszy Strukturalnych w Ministerstwie Transportu (tekst powielony). Pismo FP II 0789/1/SPOT/2/07 z 12.10.2007 r. Prezydenta Miasta Rzeszowa do Dyrektora Departamentu Funduszy Strukturalnych w Ministerstwie Transportu (tekst powielony). Pismo FP II 0789/1/SPOT/2/07 z 26.10.2007 r. Prezydenta Miasta Rzeszowa do Dyrektora Departamentu Funduszy Strukturalnych w Ministerstwie Transportu (tekst powielony). Pismo FP II 0789/1/SPOT/2/07 z 29.10.2007 r. Prezydenta Miasta Rzeszowa do Dyrektora Departamentu Funduszy Strukturalnych w Ministerstwie Transportu (tekst powielony).

⁴⁰ Raport z audytu przeprowadzonego przez Komisję Europejską dotyczącego projektu pn. „Przebudowa ulic Rzeszowa w ciągu drogi krajowej Nr 4 – dostosowanie do wymogów Unii Europejskiej numer SPOT/2.2/51/04 w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Transport” – tekst powielony, dalej jako: raport KE. Tłumaczenie własne: „Projekt nr SPOT/2.2/51/04 „Przebudowa ulic Rzeszowa w ciągu drogi krajowej Nr 4 – dostosowanie do wymogów UE” zawiera sześć umów o roboty budowlane dotyczące przebudowy różnych części tej samej ulicy (sąsiadujących ze sobą) i jedną umowę o roboty budowlane dotyczące przebudowy mostu tworzącego część trasy”.

⁴¹ Tłumaczenie własne: „Ogłoszenie o zamówieniu (tut. wezwanie do złożenia ofert) w odniesieniu do czterech postępowań (tut. umów) w tabeli powyżej zostało opublikowane w tym samym momencie (chodzi o ten sam moment wszczęcia) (30.7.2004 r.). Termin składania ofert oscylował również wokół tych samych dat (22-23.9.2004 r.). Co więcej umowy 2-4 zostały zawarte (zamówień udzielono) w tym samym okresie, podczas gdy umowy nr 5 i 7 zostały zawarte kilka miesięcy później. Ponadto wszystkie zamówienia były podobnego rodzaju (roboty dotyczące remontów dróg)”.

czonych przez przepisy dyrektywy 93/37/EWG⁴². Postępowania zostały wszczęte poprzez zamieszczenie ogłoszeń w publikatorze krajowym (Biuletyn Zamówień Publicznych) i na stronie internetowej. Podkreślono również, że przedmiot tych siedmiu postępowań był podobny bowiem obejmował roboty budowlane związane z przebudową (rekonstrukcją) dróg a więc dotyczył robót drogowych. W dalszej części raportu stwierdzono: „*Article 6 of Council Directive 93/37/EEC concerning the award of public works contracts state that where a work is subdivided into several lots, each one the subject of a contract, the value of each lot must be taken in to account for the purpose of calculating whether or not the threshold for applying the provisions of the above mentioned Directive has been reached*”⁴³. Wskazując, że zamawiający powinien był zastosować przepisy dyrektywy 93/37/EWG do każdego z przeprowadzonych postępowań gdyż ich łączna wartość, prawidłowo oszacowana przekraczała kwotę podaną w art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/37/EWG to jest 5 mln ECU. Podsumowując audytorzy skonstatowali: „*Because the works in the seven different sections are very similar, all sections are located in the same area (adjacent), and the works require the same expertise of the contractor, the Commission considers that the works when taken as a whole, were intended to fulfil an economic and technical function by themselves and therefore should have been advertised in the Official Journal of the European Community and awarded in compliance with Directive 93/37/EEC (...)*”⁴⁴. Podniesiono zatem, że przesłanki zgodnie, z którymi wykonane roboty drogowe stanowiły przedmiot jednego zamówienia. Wśród nich stwierdzono: duże podobieństwo wykonanych robót, tę samą lokalizację a także to, że roboty wymagały tego samego doświadczenia (przygotowania) od wykonawców⁴⁵. Komisja stwierdziła również, że jedynie zamówienia wykonane łącznie wypełniałyby ekonomiczną i techniczną funkcję. Fakt ten można wywieść również z treści umowy nr 16/05 o dofinansowanie projektu „Przebudowa ulic Rzeszowa w ciągu drogi krajowej Nr 4 – dostosowanie do wymogów Unii Europejskiej”⁴⁶ w ramach, której powyższe zamówienie trak-

⁴² Dyrektywa Rady z 14.6.1993 r. dotycząca koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (93/37/EWG) – dalej jako: dyrektywa 93/37/EWG.

⁴³ Raport KE – tekst powielony – tłumaczenie własne: „Art. 6 Dyrektywy 93/37 Rady Europejskiej określający wartości zamówień publicznych stanowi, że w przypadku gdy zamówienia są dzielone na kilka części należy sumować wartości każdej części w celu skalkulowania czy wartość ta przekroczy czy też nie przekroczy kwoty wskazane (określone) w niniejszej Dyrektywie”.

⁴⁴ Ibidem – tłumaczenie własne: „ponieważ roboty w siedmiu odrębnych częściach są bardzo podobne, wszystkie części (sekcje) zlokalizowane są w tym samym obszarze (sąsiadująco), roboty wymagały od wykonawcy posiadania tego samego doświadczenia, Komisja stwierdza, że roboty jako całość miały wypełniać właściwą im funkcję ekonomiczną i techniczną i dlatego zamówienie powinno zostać ogłoszone w Oficjalnym Dzienniku Wspólnot Europejskich i udzielone zgodnie z przepisami Dyrektywy 93/37/EEC”.

⁴⁵ Chodziło tu zapewne o wymóg spełniania tych samych kryteriów dostępu do zamówienia przez wykonawców biorących udział we wszystkich ogłoszonych postępowaniach.

⁴⁶ Umowa o dofinansowanie projektu „Przebudowa ulic Rzeszowa w ciągu drogi krajowej Nr 4 – dostosowanie do wymogów Unii Europejskiej numer SPOT/2.2/51/04 w ramach Sektorowego

towane jest integralnie jako projekt (w sensie funkcjonalnym) współfinansowany z udziałem środków UE. Projekt opisany jest za pomocą „Harmonogramu Rzeczowego Projektu” (załącznik nr 5 do Umowy EFRR), jego finansowanie odbywać się miało w oparciu o „Plan finansowy Projektu” (załącznik nr 6 do Umowy EFRR)⁴⁷. Integralność Projektu w ramach Umowy EFRR została zabezpieczona możliwością natychmiastowego jej rozwiązania przez Instytucję Zarządzającą w przypadku gdy beneficjent nie realizuje Projektu zgodnie z przedmiotem Umowy lub zmodyfikował przedmiot dofinansowania lub przeznaczenie dofinansowanej inwestycji bez uzgodnienia⁴⁸.

4.1. Wspomnieć należy, że Miasto Rzeszów wystąpiło z prośbą o wydanie opinii w przedmiotowej sprawie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Prezes UZP) przekazując swoją argumentację w sprawie⁴⁹. Prezes UZP w wydanej opinii stwierdził wystąpienie nieprawidłowości w postaci naruszenia przepisów art. 6 ust. 3 dyrektywy Rady z 14.6.1993 r. dotyczącej koordynacji procedur w zakresie udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane (93/37/EWG) oraz przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Dodatkowo wskazał na zaistnienie następujących przesłanek: „Poszczególne zamówienia odnosiły się do robót wykonywanych na tym samym obszarze geograficznym. Wszystkie zamówienia zostały udzielone przez jednego zamawiającego. Zamówienia na przebudowę ulic Rzeszowa z uwagi na ich podobieństwo mogły być wykonane przez jedno przedsiębiorstwo. Do ich realizacji niezbędna była analogiczna wiedza fachowa oraz jednakowego rodzaju potencjał techniczny”⁵⁰. Prezes UZP podkreślił również, że „z wyjaśnień Beneficjenta” z 21.9.2007 r. „wynika, iż przed udzieleniem pierwszego z przedmiotowych zamówień miał on wiedzę na temat całkowitego zakresu projektu. W związku z tym nie ma podstaw do uznania, iż nie doszło do celowego dzielenia zamówienia na części, z uwagi na brak możliwości przewidzenia udzielania kolejnych zamówień (w sensie oznaczenia czasu ich udzielania, środków służących do ich sfinansowania oraz wiarygodnej ich wyceny) w momencie

Programu Operacyjnego Transport w ramach Priorytetu 2. Bezpieczniejsza infrastruktura drogowa w ramach Działania 2.2 Usprawnienie przejazdów drogami krajowymi przez miasta na prawach powiatu ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego zawarta pomiędzy Ministrem Infrastruktury Rzeczypospolitej Polskiej a Gminą Miasto Rzeszów”, (tekst powielony) – dalej jako: Umowa EFRR.

⁴⁷ Art. 3 ust. 1 Umowy EFRR stanowi: „Beneficjent zobowiązuje się do realizacji Projektu zgodnie z Harmonogramem rzeczowym Projektu — stanowiącym załącznik nr 5 do Umowy, i Planem finansowym Projektu — stanowiącym załącznik nr 6 do Umowy”.

⁴⁸ Art. 12 ust. 1 pkt 2 i 5 Umowy EFRR.

⁴⁹ Pismo ZP 343/16/07 z 4.10.2007 r. Prezydenta Miasta Rzeszowa do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (tekst powielony).

⁵⁰ Ibidem.

udzielania pierwszego z nich”⁵¹. W swoim piśmie Prezes UZP określił przesłanki negatywne dopuszczalności dokonania podziału przedmiotu zamówienia. Temat ten znalazł rozwinięcie w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej problematyki dopuszczalności podziału zamówienia, w której omówiony został również przykład przedmiotowej inwestycji realizowanej przez Miasto Rzeszów⁵².

4.2. Ostatecznie wyjaśnienia beneficjenta – Miasta Rzeszowa zostały uwzględnione w stanowisku strony polskiej skierowanym do KE⁵³. Ustalenia poczynione przez przedstawicieli Komisji Europejskiej w zakresie stwierdzonej nieprawidłowości zostały podtrzymane, jednocześnie zaproponowano wymierzenie korekty w wysokości 25% kosztów kwalifikowalnych przedmiotowych zamówień. Ministerstwo Finansów zastosowało w stosunku do Miasta Rzeszowa wspomnianą korektę finansową.

Omówiony przypadek stanowi inny przykład stosowania prawa krajowego w sposób sprzeczny z normami prawa unijnego. Właściwe było stanowisko audytorów KE, którzy wykryli uchybienie oraz stanowisko Prezesa UZP, który zinterpretował zaistniały stan faktyczny w świetle obowiązujących przepisów krajowych oraz UE. Zamawiający dokonał interpretacji przepisów do stosowania, których pozostawał zobowiązany w sposób sprzeczny z ich ratio legis.

5. W dniu 11.2.2014 r. Rada Unii Europejskiej przyjęła komplet nowych dyrektyw w zakresie zamówień publicznych⁵⁴ (o czym już wyżej wspomniano). W ramach omawianego problemu wprowadzają one znacznie bardziej od dotychczasowych precyzyjne regulacje, które utrzymują dotychczasowy sens legislacyjny⁵⁵. Zakaz niedozwolonego podziału przedmiotu zamówienia zawierają przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/UE⁵⁶, został on wyartykułowany w części dyrektywy poświęconej metodom szacowania wartości przedmiotu zamówienia – w treści art. 5 ust. 3. Wspomniany przepis brzmi: „Wyboru metody wykorzystywanej do obliczania szacunkowej wartości zamówienia nie można dokonywać z zamiarem wyłączenia go z zakresu stosowania

⁵¹ Ibidem.

⁵² Zamówienia publiczne na roboty budowlane realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym, Opinia prawna opublikowana na stronie internetowej www.uzp.gov.pl (17.3.2014 r.).

⁵³ Pismo DZT-I-8211-25-MJ/07 z 7.11.2007 r. Dyrektora Departamentu Zarządzania Programem Transport w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego do Zastępcy Dyrektora Departamentu Funduszy Strukturalnych w Ministerstwie Transportu w/s informacji o przekazaniu stanowiska IZ SPOT Komisji Europejskiej (tekst powielony).

⁵⁴ Zob. <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2890> (17.3.2014 r.).

⁵⁵ Szerzej na temat kierunku zmian przepisów zob. A. Panasiuk, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, „Państwo i Społeczeństwo” 2013, nr 5, s. 133-147.

⁵⁶ Dz.Urz.UE. 2014 Nr L 94/65 – dalej jako: nowa dyrektywa klasyczna.

niniejszej dyrektywy. Zamówienie nie może być dzielone w przypadku gdy skutkowałoby to nieobjęciem go zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami”. Należy zwrócić uwagę na fakt, że przepis posługuje się terminem „zamówienie”, który posiada definicję legalną. Zgodnie z treścią art. 1 ust. 2 niniejszej dyrektywy zamówienie oznacza: „(...) nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone są do celów publicznych”. Norma wynikająca z tego przepisu zakazuje więc szacowania wartości tego, co ma zostać nabyte w taki sposób aby pominąć procedurę wydatkowania środków publicznych określoną w nowej dyrektywie klasycznej. Zakazane jest zatem takie rozumienie (interpretowanie) przepisów dyrektywy, które prowadziłyby do ograniczenia stosowania jej regulacji⁵⁷. Adekwatną regulację zawiera nowa Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/UE⁵⁸. Art. 16 ust. 3 niniejszej dyrektywy brzmi: „Wyboru metody wykorzystywanej do obliczania szacunkowej wartości zamówienia nie można dokonywać z zamiarem wyłączenia go z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy. Zamówienie nie może być dzielone ze skutkiem nieobjęcia go zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami”. Zasadnicze znaczenie ma również dalsza treść powołanego przepisu – ust. 8 w brzmieniu: „W przypadku gdy proponowany obiekt budowlany lub proponowane świadczenie usług mogą prowadzić do udzielenia zamówień w formie odrębnych części, uwzględnia się całkowitą szacunkową wartość wszystkich takich części. W przypadku gdy łączna wartość części jest na poziomie lub powyżej progu określonego w art. 15, przepisy niniejszej dyrektywy stosuje się do udzielenia każdej z części zamówienia”. W odniesieniu do dostaw zastosowanie znajduje ust. 9 omawianego przepisu, który stanowi: „W przypadku gdy proponowane nabycie podobnych dostaw może prowadzić do udzielenia zamówień w formie odrębnych części, przy stosowaniu art. 15 lit b) i c) uwzględnia się całkowitą szacunkową wartość wszystkich tych części. W przypadku gdy łączna wartość części jest na poziomie lub powyżej progu określonego w art. 15, przepisy niniejszej dyrektywy stosuje się do udzielenia każdej z części zamówienia”. Tak więc norma wynikająca z łącznej interpretacji zacytowanych przepisów zakazuje takiego szacowania wartości zamówienia, które prowadziłyby do wyłączenia stosowania regulacji nowej dyrektywy sektorowej. W przypadku zamówień w ramach, których przedmiot nabycia jest podzielny szacując wartość należy uwzględnić

⁵⁷ J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 79.

⁵⁸ Dz.Urz.UE 2014 Nr L 94/243 – dalej jako: nowa dyrektywa sektorowa.

wartość poszczególnych części zamówienia. W przypadku udzielania zamówienia w częściach (gdy wartość poszczególnych części osiąga poziom określony w treści art. 15⁵⁹) procedurę przewidzianą w dyrektywie należy stosować do każdej odrębnej części zamówienia tak aby w sposób sztuczny nie wyłączać stosowania jej przepisów. Również nowa dyrektywa koncesyjna⁶⁰ zawiera regulacje obejmujące normy o tożsamym znaczeniu. Art. 8 ust. 4 stanowi: „Wyboru metody wykorzystywanej do obliczania szacunkowej wartości koncesji nie można dokonywać z zamiarem wyłączenia koncesji z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy. Koncesja nie może być dzielona ze skutkiem nieobjęcia jej zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami”. Natomiast ust. 5 zobowiązuje do uwzględniania wartości poszczególnych części koncesji (w sytuacji gdy możliwe jest udzielanie koncesji w częściach) w procesie szacowania jej wartości⁶¹. Pomimo odmiennego brzmienia przepisów nie zmieniły się zakodowane w nich normy prawne, zachowane zostało *ratio legis* obowiązujących wcześniej regulacji.

6. Przedstawione powyżej stany faktyczne, związane z niedozwolonym podziałem przedmiotu zamówienia należy traktować jedynie jako przykłady zaistnienia zjawiska w praktyce. Zjawisko może wystąpić, zarówno gdy norma wynikająca z przepisów prawa krajowego pozostaje zgodna z normą wynikającą z prawa unijnego, jak i gdy norma zakodowana w przepisach krajowych jest niezgodna z normą wyinterpretowaną z przepisów UE. W pierwszym przypadku wystąpienie zjawiska jest skutkiem błędnej wykładni przepisów krajowych lub unijnych albo prawidłowej wykładni ale błędnego zastosowania (np. w skutek jej niezrozumienia). W drugim przypadku omawiane zjawisko występuje zawsze, gdy dochodzi do zastosowania prawidłowo wyinterpretowanej normy krajowej lub błędnie wyinterpretowanej normy unijnej.

Wśród możliwych przyczyn tych sytuacji należy wymienić: (1) zjawisko wypierania przez regulacje unijne i ich siatkę pojęciową dotychczasowych instytucji i pojęć prawa polskiego z tekstów aktów prawnych stanowionych przez polskie

⁵⁹ „Z wyjątkiem przypadków wyłączeń na podstawie art. 18–23 lub na mocy art. 34, dotyczących prowadzenia określonego rodzaju działalności, niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, których szacunkowa wartość bez podatku od wartości dodanej (VAT) jest co najmniej równa następującym progom:

- a) 414 000 EUR w przypadku zamówień na dostawy i usługi oraz konkursów;
- b) 5 186 000 EUR w przypadku zamówień na roboty budowlane;
- c) 1 000 000 EUR w przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XVII”.

⁶⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz.UE 2014 Nr L 94/1) – dalej jako: dyrektywa koncesyjna.

⁶¹ „W przypadku gdy proponowany obiekt budowlany lub usługa może skutkować udzieleniem koncesji w odrębnych częściach, uwzględnia się całkowitą szacunkową wartość wszystkich tych części”.

organy prawodawcze⁶², które wprowadza chaos mający negatywne oddziaływanie na praktykę stosowania prawa; (2) odmienne znaczenie instytucji i pojęć na gruncie norm prawa unijnego i krajowego; (3) nieprecyzyjne tłumaczenie tekstów aktów prawnych na język polski; (4) występowanie instytucji nieznanymi wcześniej polskiemu systemowi prawa; (5) pobieżną, nieprecyzyjną interpretację przepisów prawa Unii Europejskiej prowadzącą do błędnego, niezgodnego z celem danego aktu prawnego stosowania, wyinterpretowanych norm; (6) stosowanie prawa krajowego w sposób sprzeczny z normami prawa unijnego; (7) nieznanostwo prawa Unii Europejskiej.

Jako wniosek *de lege ferenda* należy sformułować postulat doprecyzowania brzmienia przepisu art. 32 ust. 2 P.z.p., tak aby jego stosowanie nie budziło wątpliwości interpretacyjnych. Rozwiązaniem zapewniającym ten efekt może być prerredagowanie przepisu np. w sposób wskazany we wstępnej części niniejszego artykułu⁶³.

The allowable division of the public procurement contract in the light of Polish and European Union legal norms.

This article discusses the problem connected with the division of the public procurement contract in the light of European Union legal norms and the Polish regulation. In practice, sometimes norms based on EU law as interpreted by the Court of Justice of the European Union are not applied in domestic procurements. One of the reasons of this phenomenon is unclear meaning of the Polish regulation. Taking as an example the actual conditions, there are indicated faults which are consequence of problems with interpretation. Taken is also an attempt to find a reason of this phenomenon. The proposal to solve the problem is formulated as a conclusion *de lege ferenda* concerned to the domestic regulations.

⁶² K. Pawłowicz, *Prawne formy działania administracji gospodarczej – kierunki zmian i próba oceny*, [w:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009, s. 65.

⁶³ „Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić planowanych: robót budowlanych, dostaw lub usług na części lub zaniżyć ich wartości”. Postulat ujednolicenia terminologicznego przepisów dot. Zamówień publicznych jest obecny w doktrynie zob. np. *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki i P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 21.