

Sygn. akt KIO/KD 21/24

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

Warszawa, dnia 18 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Przemysław Dzierzędzki

Joanna Stankiewicz-Baraniak

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 2 września 2024 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: **Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, ul. Chmielna 69, 00-801 Warszawa,**

od wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 sierpnia 2024 r. (znak: **KND/105/23/DKZP**)

w przedmiocie wykonywania usług archiwizacyjnych

wyraża opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 sierpnia 2024 r. Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 28, art. 29 ust. 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego w latach 2021, 2022 oraz 2023 łącznego szacowania wartości zamówień mających za przedmiot wykonywanie prac archiwizacyjnych, a także - w odniesieniu do umów zawartych w 2022 i 2023 r. – art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, w konsekwencji czego doszło do zawarcia przez Zamawiającego odrębnie 119 umów zlecenia, w tym w roku 2021 – 71, w roku 2022 – 30 oraz w roku 2023 – 18, co stanowiło niedozwolony podział zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, który prowadził do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 359 pkt 2), poprzez udzielenie

zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W uzasadnieniu Prezes Urzędu wymienił 71 umów zawartych przez Zamawiającego w 2021 r., 30 umów zawartych w 2022 r. oraz 18 umów zawartych w 2023 r. Wszystkie umowy dotyczyły usług archiwizacyjnych i były zawarte z osobami fizycznymi. Po zsumowaniu kwot podanych w zestawieniu tych umów, Prezes Urzędu ustalił, że łączna kwota wynagrodzenia wypłaconego przez Zamawiającego wszystkim Zleceniobiorcom w latach 2021 - 2023 z tytułu ww. umów zlecenia (lub aneksów do tych umów) wynosiła 2 866 148,24 zł brutto. Przy czym, w rozbiciu na poszczególne lata, wartość ta wynosiła:

1. na podstawie umów zawartych w 2021 r. – 1 700 227,86 zł,
2. na podstawie umów zawartych w 2022 r. – 977 890, 13 zł,
3. na podstawie umów zawartych w 2023 r. – 188 030,25 zł.

W szczególności Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że w kwestii zasad szacowania wartości zamówienia, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak również interpretacje Urzędu Zamówień Publicznych, które pozostają aktualne na gruncie obowiązującej obecnie ustawy Pzp, wypracowało tzw. koncepcję „trzech tożsamości”. Zatem, 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: podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie i 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. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Prezes Urzędu doprecyzował też, że punktem odniesienia dla ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przystępując zatem do szacowania wartości zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw, czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć i oszacować ich łączną wartość, niezależnie od tego czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. Jeżeli potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się dopiero po udzieleniu innego

zamówienia podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie, to w tym przypadku nie mamy do czynienia z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia z uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich zamówień.

Odnosząc się do okoliczności niniejszej sprawy Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający – Narodowe Centrum Badań i Rozwoju - udzielał zamówień publicznych, których przedmiotem było wykonywanie prac/usług archiwizacyjnych w latach 2021-2023 z pominięciem stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zdecydował się na bieżące, systematyczne zawieranie umów zlecenia w powyższym przedmiocie, których na przestrzeni wskazanych lat było 119. Tymczasem poczynione w toku kontroli ustalenia pozwalają stwierdzić, że nie zaistniały podstawy do odstąpienia przez Zamawiającego od łącznego szacowania wartości ww. zamówień dotyczących wykonywania prac archiwizacyjnych, przede wszystkim w perspektywie rocznej.

Łączna wartość wynagrodzeń wypłaconych Zleceniobiorcom w latach 2021 - 2023, ustalona w oparciu o dane wskazane w spisie umów przekazanym przez Zamawiającego, wynosiła łącznie 2 866 148,24 zł brutto. Powyższe oznacza, że łączna wartość powyższych usług przekraczała próg stosowania przepisów ustawy Pzp tj. 130 000,00 zł. Jak wskazano wyżej, ww. próg przekraczała również wartość powyższych usług w poszczególnych latach 2021-2023. Odpowiednio wartość wynagrodzenia wypłaconego z tytułu umów zawartych w roku: a) 2020 wyniosła - 1 700 227,86 zł, b) 2021 wyniosła - 977 890,13 zł, c) 2021 - 188 030,25 zł. Na gruncie niniejszej sprawy istnieją zatem wyraźne przesłanki świadczące o tym, że Zamawiający podzielił jedno zamówienie na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości, a w konsekwencji w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Prezes Urzędu zauważył, że Zamawiający w pierwszych wyjaśnieniach sam przyznał, że „(...) o ile w tej sprawie możemy mówić o tożsamości podmiotowej i przedmiotowej, to trudno przyjąć, że zostały spełnione przesłanki tożsamości czasowej”. Zatem pierwsze dwie przesłanki nie były przez niego wyraźnie kwestionowane. W gruncie rzeczy zakres prac wykonywanych w ramach poszczególnych umów sprowadzał się do wykonywania usług archiwizacyjnych dla NCBR (w formie papierowej i/lub elektronicznej) – przedmiot umów obejmował zadania określane jako: „archiwizacja dokumentacji”, „weryfikowanie, kompletowanie, porządkowanie i opisywanie dokumentacji papierowej, umieszczanie ułożonych dokumentów spraw wewnątrz teczek aktowych, tworzenie elektronicznych spisów dokumentacji spraw”, „współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentacji/ dokumentów”, „wsparcie archiwizacji dokumentów”, czy „digitalizacja dokumentacji”.

W kwestii tożsamości czasowej udzielonych zamówień Prezes Urzędu przywołał stanowisko Zamawiającego, iż: „Potrzeba zatrudnienia kolejnych osób w celu archiwizacji dokumentacji nie jest możliwa do oszacowania z góry, konieczność zatrudniania kolejnych

*osób ujawnia się w miarę realizowania zadań przez NCBR”, „Zamawiający nie jest w stanie z góry przewidzieć zakresu całego zamówienia i niemożliwe jest jego jednorazowe udzielenie. Nie jest nawet możliwe określenie, w których miesiącach i na jaki długo oraz w jakiej liczbie będzie potrzebował archiwistów. Podejmowanie decyzji o sukcesywnym zatrudnianiu poszczególnych osób jest związane z aktualnym zapotrzebowaniem NCBR”. W odniesieniu do powyższego twierdzenia Zamawiającego Prezes Urzędu zauważył, że przywołane okoliczności nie stanowiły przeszkody dla Zamawiającego, aby w roku 2022 r. wszcząć kolejno 3 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (nr 5/22/TPBN/P28, 21/22/TPBN/P28 i 29/22/TPBN/P28), które ostatecznie unieważniono oraz przeprowadzić jedno postępowanie w trybie zapytania ofertowego (nr 139/21/PU/N).*

Zamawiający podkreślał w wyjaśnieniach, że próby zorganizowania procesu zakupowego w formie zamówienia publicznego na usługę archiwizacji dokumentów zakończyły się niepowodzeniem z przyczyn nieleżących po stronie NCBR. Wartość zamówień oszacowano wówczas na ok. 400 000 zł (zgodnie z rozdz. VI SWZ dotyczącej postępowań o udzielenie zamówienia 5/22/TPBN/P28, 21/22/TPBN/P28 i 29/22/TPBN/P28, termin wykonania zamówienia miał wynosić maksymalnie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy albo do wyczerpania maksymalnej kwoty wynagrodzenia brutto). W treści załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) określono zarówno minimalną, jak i maksymalną liczbę metrów bieżących dokumentacji – przykładowo, w postępowaniu 5/22/TPBN/P28 wynosiła ona odpowiednio 140 i 180 mb). Prezes Urzędu uznał zatem, że trudno uznać za przekonujący argument Zamawiającego, iż na przeszkodzie udzieleniu zamówienia z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp stał brak możliwości precyzyjnego przewidzenia zakresu zamówienia, skoro sam Zamawiający trzykrotnie wszczynał postępowania w tym reżimie, przewidując minimalny i maksymalny zakres świadczenia, jak również możliwość wcześniejszego (aniżeli zakładane co do zasady) zakończenia umowy w przypadku wyczerpania maksymalnej kwoty wynagrodzenia wykonawcy. Niemniej mimo widocznego zapotrzebowania na usługi archiwizacyjne kolejnych „prób” stosowania przepisów ustawy Pzp Zamawiający nie podejmował, decydując się w tym zakresie na zawieranie licznych umów zlecenia, jego zdaniem wówczas już dotyczących odrębnych zamówień. Prezes Urzędu ocenił, że takie arbitralne podejście Zamawiającego sugerujące dowolność w stosowaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w powyższym przypadku nie znajduje aprobaty na gruncie przepisów ustawy Pzp. Na marginesie Prezes Urzędu zauważył, że unieważnienie w dniu 8 sierpnia 2022 r. postępowania o udzielenie zamówienia nr 21/22/TPBN/P28 na podstawie art. 255 pkt 1 ustawy Pzp (ze względu na brak ofert) uprawniało Zamawiającego do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 2) ustawy Pzp. Skorzystanie z tej możliwości pozwoliłoby na szybkie, a jednocześnie zgodne z przepisami ustawy Pzp udzielenie zamówienia.

Co więcej, Prezes Urzędu zauważył w kontekście tzw. tożsamości czasowej, że Zamawiający sporadycznie zawierał pojedyncze umowy zlecenia. W większości przypadków tego samego dnia było zawieranych kilka umów z różnymi osobami, na zbliżony okres czasu. Znaczna liczba umów była aneksowana, nawet kilkakrotnie. Tym sposobem okresy świadczenia usług poszczególnych wykonawców się pokrywały.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że umowę najmu podpisał w 2021 r., przeprowadzka do nowej siedziby była zaplanowana na czerwiec 2022 r. Zatem już w 2021 r. Zamawiający powinien był zdawać sobie sprawę, że najbliższa perspektywa czasowa przyniesie znaczną ilość dokumentacji do zarchiwizowania – powyższe potwierdza także treść złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień, zgodnie z którymi: *„W ramach prowadzonych negocjacji Umowy Najmu, przed relokacją siedziby do Varso Tower, dokonano obliczenia i ustaleń z Wynajmującym wartości obciążenia ogniowego budynku Varso Tower, jak również zweryfikowano ilość dokumentacji pozostającej w kontekście obciążenia stropów.”* Wypełnienie przesłanki czasowej oznacza tyle, że Zamawiający miał świadomość jaki jest ogólny zakres zamówienia (niezależnie od tego, z ilu elementów się ono składa) i w jakiej perspektywie czasowej będzie ono udzielone.

W ocenie Prezesa Urzędu okoliczność, że Zamawiający zdecydował się dokonywać selekcji dokumentacji przeznaczonej do archiwizacji stopniowo, „na bieżąco” i stosownie do tego udzielać sukcesywnie oddzielnych, „podprogowych” zamówień, nie oznacza, że stają się one tym samym obiektywnie niemożliwe do przewidzenia i nie podlegają obowiązkowi zagregowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Jak wynika również z orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych, istotą zamówienia nieprzewidywalnego (sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia) jest to, że jego wystąpienie musi posiadać charakter obiektywny, a nie wynikać z niedochowania należytej staranności przy planowaniu udzielenia zamówienia publicznego .

Prezes Urzędu podkreślił przy tym, że nawet w przypadku uznania, iż zwiększony zakres dokumentów do archiwizacji wynikający z konieczności przeprowadzki do nowej siedziby był niemożliwy do precyzyjnego przewidzenia, to niezależnie od tego, Zamawiający posiadał również „standardowe” potrzeby w tym zakresie, które sam określił na ok. 180 mb dokumentacji rocznie (i wycenił na ok. 400 000 zł). Potwierdza to również treść planu postępowań na rok 2022. Tymczasem również w tym „podstawowym” zakresie Zamawiający zrezygnował z udzielenia zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa Urzędu, usługi archiwizacyjne można uznać za usługi powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie - w sytuacji, gdy dany podmiot prowadzi działalność wiążącą się z wytwarzaniem dokumentów, podlegających jednocześnie obowiązkowi ich archiwizacji. Musi on bowiem wówczas zakładać, iż co pewien czas będzie musiał udzielać zamówień dotyczących wykonywania ww. usług. Prezes Urzędu powołał się

na art. 35 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał, że z przepisu tego wynika, że zamawiający nie musi w przypadku tego rodzaju usług przewidywać z góry całego hipotetycznie możliwego ich zakresu. Powinien jednakże móc przewidzieć zakres tych usług w perspektywie rocznej, zgodnie ze wskazówkami zawartymi w ww. przepisie, i udzielać zamówień na ich wykonywanie w reżimie ustawy Pzp właściwym ze względu na ich ustaloną w ten sposób wartość. Z ustaleń kontroli doraźnej wynika natomiast, że Zamawiający nie zastosował się do tego obowiązku, w szczególności w odniesieniu do roku 2022 oraz 2023.

W tych okolicznościach faktycznych Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 28, art. 29 ust. 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, a w odniesieniu do umów zawartych w 2022 i 2023 r. – art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, co prowadziło do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 359 pkt 2), poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W dniu 2 września 2024 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, w pierwszej kolejności zarzucając Prezesowi Urzędu naruszenie zasady legalizmu wynikającej z art. 603 ust. 1 ustawy Pzp i z Konstytucji RP. Zamawiający wskazał, że mając na względzie również *„powagę centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych, jakim jest Prezes UZP jak również skutki negatywnych wyników kontroli dla samego zamawiającego oraz procesu właściwego gospodarowania środkami publicznymi, kontrolę powinna cechować rzetelność, jednoznaczność oraz należyta staranność weryfikacji zgromadzonych dokumentów (materiału dowodowego), w oparciu o które taka kontrola jest przeprowadzana, podjętych w oparciu o nie ustaleń faktycznych oraz formułowaniu ewentualnych zarzutów naruszenia przepisów PZP. Zasadnym jest stwierdzenie, że w przedmiotowej sprawie doszło do poważnego naruszenia tych zasad przy ustalaniu przez Prezesa UZP wyników kontroli, przede wszystkim w zakresie sformułowania zarzutów rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP przy zleceniu usług objętych postępowaniem kontrolnym. Należy wyraźnie podkreślić, że stwierdzone przez Prezesa UZP naruszenia powinny być sformułowane w sposób wyraźny i znajdujący swoje oparcie w przepisach PZP oraz winny być oparte o prawidłowo ustalony stan faktyczny, uwzględniając wszystkie istotne okoliczności w sprawie”*.

Jak dalej wskazywał Zamawiający: *„podstawą stawianego Zamawiającemu zarzutu naruszenia PZP powinno być nie tylko przywołanie podstawy prawnej, czyli naruszonego według Prezesa UZP przepisu PZP, ale przede wszystkim przywołanie i właściwe ustalenie okoliczności faktycznych, wskazujących na to naruszenie. Tymczasem powołane przez Prezesa UZP okoliczności faktyczne rzekomych naruszeń, w kontekście wymienionych w Informacji przepisów PZP, nie są jasne i precyzyjne. Powyższe potwierdza tylko, że przy*

zlecaniu przez NCBR wskazanych w kontroli usług archiwizacyjnych w latach 2021-2023 nie doszło do naruszeń przywołanych przez Prezesa UZP”.

Zamawiający zaznaczył, że „pojęcie zamówienia użyte przez ustawodawcę w art. 28, art. 29 ust. 2 oraz art. 30 ust. 1 art. 35 ust. 1 PZP zastosowane jest w innym kontekście niż stanowi o tym definicja „zamówienia publicznego”, określona w art. 7 pkt 32 PZP. W definicji tej pojęcie zamówienia publicznego definiuje się przez pryzmat odpłatnej umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tymczasem pojęcie „zamówienia”, użyte w przywołanych przepisach dotyczących szacowania wartości zamówienia, odnosi się do skonkretyzowanego przedmiotowo i funkcjonującego w rynkowo określonych uwarunkowaniach podmiotowych oraz do konkretnej przestrzeni czasowej zakupu (produktu, usługi lub roboty budowlanej), który stanowi jedną, określoną całość. Uwzględniając powyższe w taki sposób została skonstruowana i od lat już funkcjonuje teoria tzw. trzech tożsamości (przedmiotowej, podmiotowej i czasowej), identyfikujących właściwe zamówienia, o którym mowa w przywołanych przepisach dotyczących szacowania wartości zamówienia. Teoria ta pozostaje ugruntowana w praktyce stosowania i wykładni przepisów PZP i została zastosowana w jednej z opinii prawnych opracowanych przez UZP, wielokrotnie przywoływanej w praktyce stosowania przepisów o zamówieniach, w tym także w orzecznictwie. Na tę teorię powołuje się również Prezes UZP w Informacji o wyniku kontroli, która jest przedmiotem niniejszych zastrzeżeń. Powoływanie się przez Prezesa na tę teorię jednak jest wypaczone w odniesieniu do ustaleń faktycznych tej kontroli oraz dokonanej przez Organ kontrolujący subsumpcji przepisów prawa”.

Zamawiający zwrócił należy uwagę, iż „Prezes UZP w swoich wynikach kontroli nie określił co jest przedmiotem zamówienia, wobec którego stawia się zarzuty naruszenia przepisów PZP, tzn. jaki jest zakres zamówienia. Powyższe jest bowiem istotne z perspektywy ustalenia czy doszło do stawianych Zamawiającemu zarzutów naruszeń przepisów PZP, dotyczących szacowania wartości zamówienia. Powyższe bowiem ma wprost wpływ na ustalenie obowiązku stosowania bądź nie przepisów o zamówieniach publicznych. Z jednej strony Prezes UZP w Informacji o wynikach kontroli, stawiając NCBR zarzuty, mówi o jednym zamówieniu, które obejmuje 119 umów zawartych przez NCBR w okresie 2021 -2023 (m.in.: str. 1 – wskazanie trybu postępowania, str. 2 – pierwszy akapit, str. 16 – drugi i przedostatni akapit, str. 19 – ostatni akapit). Z drugiej zaś strony wskazuje na liczbę mnogą w odniesieniu do udzielonych przez Zamawiającego zamówień (m.in. str. 2 – pierwszy akapit, str. 16 – czwarty akapit, str. 19 – ostatni akapit). Podkreślić natomiast należy, że przywołane w Informacji o wynikach kontroli przepisy PZP, które rzekomo Zamawiający naruszył, wyznaczają określone obowiązki stosowania przepisów ustawy i tym samym zakres ewentualnego w tym zakresie naruszenia przy udzieleniu jednego zamówienia. Obowiązek stosowania przepisów PZP uzależniony jest od wartości danego zamówienia, a nie kilku

zamówień. Co najwyżej podmiot zamawiający może przeprowadzić kilka postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, ale w ramach ustalonego, także granicami wartości, jednego zamówienia. Z tych też względów, aby sformułować prawidłowo zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 PZP czy art. 30 ust. 1 Pzp należy ściśle zakresowo (przedmiotem), jak i wartościowo określić co Organ kontrolujący uznaje w danym przypadku za zamówienie, do którego należało stosować określone – uwzględniając wartość zamówienia – przepisy PZP i tym samym określone procedury wynikające z ustawy. Tego Organ kontrolujący w Informacji o wynikach kontroli nie uczynił. (...)

Po pierwsze można postawić pytanie czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem obejmującym 119 umów zawartych w latach 2021-2023, ale w tym przypadku nie wskazano łącznie wartości tego zamówienia. Z drugiej strony być może Organ kontrolujący uznał, że doszło do udzielenia trzech odrębnych zamówień w poszczególnych latach: 2021, 2022 i 2023 (Organ kontrolujący specyfikuje odrębnie liczbę umów zawartych w poszczególnych latach, dalej w uzasadnieniu wskazując także ich odrębną wartość.

Również niekonsekwentnie – jak wcześniej wykazano - Organ kontrolujący posługuje się na przemian w uzasadnieniu swojego stanowiska – raz liczbą pojedynczą (zamówienie) a raz liczbą mnogą, mając na myśli różne zamówienia. Powyższemu daje on też wyraz, formułując odrębny zarzut w odniesieniu do umów zlecenia zawieranych w latach 2022 i 2023, tj. zarzut naruszenia art. 35 ust. 1 PZP. Wskazuje tu de facto, że w zakresie tych umów mamy do czynienia z odrębnym zamówieniem określonym także odrębnym sposobem szacowania wartości zamówienia sumowanego w ciągu 12 miesięcy poprzedzających udzielenie zamówienia lub następujących po pierwszej usłudze. Chociaż w dalszym ciągu nie wiadomo czy tutaj zamówieniami będą dwa odrębne zamówienia - jedno udzielono w 2022 r. a drugie w 2023 r., czy też mamy do czynienia z jednym zamówieniem ocenianym łącznie jako zamówienie sumujące umowy zawarte w 2022 i 2023 r., (choć w przypadku wskazania normy z art. 35 ust. 1 PZP mamy w przepisie przewidziane sumowanie w okresie 12 miesięcy). Tutaj Organ kontrolujący dodatkowo w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazuje: „Z ustaleń kontroli doraźnej wynika natomiast, że Zamawiający nie zastosował się do tego obowiązku, w szczególności w odniesieniu do roku 2022 i 2023” (str. 19 ostatnie zdanie w akapicie 3).

Prezes UZP z jednej strony w odniesieniu do odrębnych lat – 2022 i 2023 określa odrębny zarzut dotyczący nie zastosowania właściwej metody szacowania wartości zamówienia w odniesieniu do umów udzielanych w tych latach (choć nie wiadomo łącznie czy odrębnie) – str. 2 pkt 2 Informacji.

Z drugiej strony w uzasadnieniu swojego stanowiska Prezes UZP wskazuje, że: „nie zaistniały podstawy do odstąpienia przez Zamawiającego od łącznego szacowania wartości ww. zamówień [wtrącenie: liczba mnoga – sic!] dotyczących wykonywania prac archiwizacyjnych, przede wszystkim w perspektywie rocznej” – str. 16 akapit czwarty.



*Przywołane niespójności i niejasności ustaleń faktycznych kontroli i zakresu stawianych zarzutów pogłębia dodatkowo okoliczność, iż w całości ustaleń kontrolnych podstawą przyjętą przez Prezesa UZP jest wartość zamówienia (w tych momentach, gdzie mowa o jednym zamówieniu) w kwotach brutto. Tymczasem dla ustaleń wartości zamówienia znaczenia ma wartość netto. I choć faktycznie umowy zlecenia, które były przedmiotem zainteresowania Prezesa UZP, zawierane były z osobami fizycznymi, dla porządku należało również w tym zakresie podjąć określone ustalenia faktycznie”.*

W konkluzji tej części zastrzeżeń Zamawiający stwierdził, że bez właściwego określenia zakresu przedmiotowego zamówienia i jego wartości postawienie mu zarzutów naruszenia przepisów PZP wskazanych w Informacji o wynikach kontroli było nieuzasadnione.

Następnie Zamawiający przyznał istnienie przesłanki przedmiotowej i podmiotowej łącznego szacowania wartości umów na usługi archiwizacyjne, natomiast zakwestionował istnienie przesłanki czasowej i zarzucił Prezesowi Urzędu, że mimo składania w toku kontroli szczegółowych wyjaśnień „Kontrolujący w żadnej mierze nie uwzględnił tych wyjaśnień w Informacji, odnosząc się tylko do niektórych kwestii i to w sposób nieuprawniony, tj. dokonując niewłaściwej oceny stanu faktycznego”.

Dalej Zamawiający wskazał: „I tak, odnosząc się do pierwszej kwestii, w zakresie usług zleczanych w 2022 r. Prezes UZP podważył okoliczność podnoszoną przez Zamawiającego, iż zamówień nie dało się przewidzieć, bowiem NCBR w tym roku wszczywał trzy odrębne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkretyzując w nich termin realizacji zamówienia: 12 miesięcy i liczbę metrów bieżących dokumentacji jako przedmiot zamówienia. Tym samym Prezes UZP wskazał, że możliwe było opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w ujęciu konkretnych postępowań. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należało, iż to, że Zamawiający, właśnie w 2022 r., podjął trzykrotną próbę udzielenia zamówienia publicznego w trzech odrębnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, kolejno unieważnianych, które realizowane były na określony zakres przedmiotowy (zamówienia na ok. 180 m/b dokumentacji), absolutnie nie może świadczyć o konieczności sumowania wszystkich odrębnych, zleconych usług w 2021 r., 2022 r, i w 2023 r. Już sam fakt próby przeprowadzenia postępowania na zarchiwizowanie ok. 180 m/b dokumentów w połowie 2022 r. świadczy, że po unieważnieniu tych postępowań dla Zamawiającego otwierała się możliwość ustalenia odrębnego zamówienia publicznego, niezależnie od zamówień zleczanych w 2021 r. Sama okoliczność unieważnienia postępowania tworzy bowiem dla podmiotu zamawiającego nowe okoliczności faktyczne związane z potrzebą udzielenia zamówienia odrębnego.

Na taką okoliczność zresztą wskazał sam Prezes UZP, podkreślając, że po unieważnieniu postępowania Zamawiający mógł skorzystać z możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 305 pkt 2 PZP. Tym samym Organ kontrolujący wskazuje

*na okoliczność, iż po dniu 8 sierpnia 2022 r. otwierała się dla Zamawiającego możliwość udzielenia zamówienia odrębnego, niezależnego od zamówień udzielanych w 2021 r. i na początku 2022 r. Biorąc natomiast pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych i realizuje swoje zakupy w ramach planu finansowego w perspektywie roku budżetowego, którego wyznacznikiem jest rok kalendarzowy, brak było podstaw do uznania, że do zamówień udzielanych w 2021 r. i w 2022 r. łącznie należało dołączyć także zamówienia udzielane w 2023 r.*

*Organ kontrolujący przede wszystkim nie wziął pod uwagę istotnych okoliczności wskazywanych mu przez NCBR w piśmie z dnia 2 lutego 2024 r., iż w prowadzonych postępowaniach Zamawiający wskazywał, że przedmiotem zamówienia jest archiwizacja maksymalnie 180 m/b dokumentacji kategorii A, polegającej na kompleksowym przygotowaniu, uporządkowaniu i przygotowaniu do przekazania do Archiwum Zakładowego materiałów archiwalnych, zgodnie z przepisami kancelaryjno - archiwalnymi Zamawiającego oraz z właściwymi przepisami prawa.*

*Organ kontrolujący zupełnie nie wziął pod uwagę i w żadnej mierze nie odniósł się do okoliczność faktycznej, podnoszonej przez NCBR w toku kontroli, iż przygotowując postępowania, o których była mowa powyżej: „Zamawiający oszacował ilość dokumentacji przeznaczonej do archiwizacji z uwzględnieniem dotychczasowych realizacji procesu archiwizacji, a także możliwości przekazywania przez Komórki Organizacyjne NCBR dokumentacji do Archiwum oraz możliwości finansowych Centrum. Do Archiwum Zakładowego w latach 2013 – 2020 w NCBR przekazało 198,94 metrów dokumentacji.” Dlatego też NCBR w tych postępowaniach wskazywał, iż archiwizacji będzie podlegało maksymalnie 180 metrów bieżących.*

*Brak efektywnego rozstrzygnięcia postępowań w 2022 r., bez winy Zamawiającego, a jednocześnie intensywnie zachodzące i zmieniające się dodatkowe okoliczności związane z przeprowadzką do nowej siedziby, faktycznie doprowadziły do nieprzewidywanego wzrostu obszerności dokumentacji NCBR podlegającej archiwizacji. Od 2021 r. do końca 2023 r. przekazano bowiem faktycznie do archiwum 1099, 86 m/b dokumentacji, a więc ponad 6 razy więcej metrów niż zakładano, uwzględniając wcześniejsze potrzeby Zamawiającego ustalone w dłuższej perspektywie czasowej. Uwzględniając standardowe pod względem procesów archiwizacji poprzednie lata w NCBR, tj. 2013 -2020, czyli łącznie 7 lat - zarchiwizowano ok. 199 m/b dokumentacji. Powyższe daje średnio w roku ok. 28m/b. Taka obszerność dokumentacji nie uzasadniała z pewnością konieczności przeprowadzenia do udzielania takich zamówień przepisów PZP. Tymczasem w perspektywie podlegających ocenie kontroli Prezesa UZP 3 lat (2021-2023) faktycznie zarchiwizowano ok. 1100 m/b dokumentacji, co daje średnią na rok ok. 366 m/b.*

*Powyższe choćby wskazuje, że sytuacja, która miała miejsce u Zamawiającego w latach 2021-2022, była sytuacją wyjątkową. Była to sytuacja związana z przeprowadzką NCBR do nowej siedziby i dodatkowej weryfikacji, po podpisaniu umowy najmu w 2021 r., nośności stropów w nowej siedzibie, która nie pozwoliła na realizację pierwotnych zamierzeń Zamawiającego, które zrodziły się w 2022 r., przeniesienia większości dokumentacji do nowej siedziby. W roku 2021 NCBR podpisał Umowę Najmu, zgodnie z którą na czerwiec 2022 r. zaplanowano zmianę siedziby. W ramach prowadzonych negocjacji Umowy Najmu, przed relokacją siedziby do Varso Tower, dokonano obliczenia i ustaleń z Wynajmującym wartości obciążenia ogniowego budynku Varso Tower, jak również zweryfikowano ilość dokumentacji pozostającej w kontekście obciążenia stropów. Obciążenie ogniowe dla budynku Varso Tower wynosi dla powierzchni biurowej  $Q_d=500$  [MJ/m<sup>2</sup>], a dla powierzchni magazynowej  $Q_d=2000$  [MJ/m<sup>2</sup>]. Współczynnik ogniowy dla ilości dokumentacji będącej wówczas w zasobach NCBR wynosił około  $Q_d=6000$  [MJ/m<sup>2</sup>]. Wynajmujący nie zezwolił NCBR na magazynowanie dokumentacji, o której mowa powyżej, w budynku Varso Tower. Mając na względzie powyższe, w związku z podjętą decyzją o zmianie siedziby, NCBR musiał w sposób dynamiczny zapewnić obsługę procesu archiwizacji. Komórki Organizacyjne na bieżąco prowadziły selekcję dokumentacji, wydzielając tę, która była możliwa do zarchiwizowania. Faktyczna ilość dokumentacji podlegającej archiwizacji zmieniała się w sposób dynamiczny, bez możliwości oszacowania finalnej jej ilości.*

*Część dokumentacji, której nie udało się wyselekcjonować do zarchiwizowania przed wrześniem 2022 r. (moment przeprowadzki) musiała pozostać w wynajętych pomieszczeniach w dotychczasowej siedzibie NCBR, gdzie dalej podlegała selekcji pod kątem możliwości archiwizacyjnej. Bieżąca selekcja umożliwiała wyodrębnienie dokumentacji do archiwizacji i bieżące określanie jej ilości. Wraz z aktualnym określaniem dokumentacji do archiwizacji było możliwe określanie zasobów ludzkich niezbędnych do realizacji tego procesu. Z racji dynamiki tych działań związanych z określaniem ad hoc ilości dokumentacji przekazywanej do archiwizacji, NCBR w dalszym ciągu nie miał możliwości wyboru jednego wykonawcy do realizacji tego procesu”.*

*Zamawiający wskazał, że opisane wyżej okoliczności należy uznać za nadzwyczajne, które „należało ocenić w świetle właśnie przesłanki tożsamości czasowej, znajdującej swoje uzasadnienie w motywie 109 dyrektywy 2014/24/UE, gdzie ustawodawca unijny uznał, że „Instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności, gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć*

*mimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością”.*

*Powyższe zdaniem Zamawiającego „dowodzi, że wiedza dotycząca ilości dokumentacji była na bieżąco aktualizowana, stąd wskazana dysproporcja pomiędzy 180 m/b dokumentacji, wskazanymi w unieważnionych postępowaniach, a ilością faktycznie przekazanej dokumentacji do Archiwum Zakładowego. Potrzeba „zatrudnienia” kolejnych osób w celu archiwizacji dokumentacji nie była możliwa do oszacowania z góry i ujawniała się w miarę realizowania zadań przez NCBR. Wobec tego należy przyjąć, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z niestosowaniem ustawy PZP poprzez nieuprawnione dzielenie zamówienia z uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich „zamówień”, a także z uwagi na niemożliwość faktycznego określenia zapotrzebowania Zamawiającego w zakresie archiwistów. Tych szczególnych okoliczności w ramach prowadzonej kontroli Prezes UZP nie przeanalizował w sposób należyty i wystarczający do podjęcia właściwych, opartych na prawidłowych ustaleniach faktycznych, mających znaczenie dla określenia z jakim zamówieniem – co do wielkości i wartości uwzględniając tożsamość czasową - mamy do czynienia w tym przypadku. Powyższe w konsekwencji doprowadziło do niewłaściwej oceny stanu prawnego sprawy i postawieniu Zamawiającemu w sposób nieuzasadniony w przywołanych w Informacji o wynikach kontroli naruszeń przepisów PZP. (...)*

*Biorąc pod uwagę te dynamicznie zmieniające się warunki realizacji archiwizacji dokumentacji NCBR, związane z przenosinami do nowego budynku, Zamawiający na początku 2022 r., dochowując należytej staranności, nie mając jednak pełnej wiedzy co do skali potrzeb związanych z zakresem dokumentacji podlegającej archiwizacji, podjął próbę przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które pozwoliłoby mu na zapewnienie stałej obsługi archiwizacyjnej na większą skalę. Niezależnie jednak od trwających procedur (trzy postępowania) Zamawiający w pierwszej połowie 2022 r. zlecał w dalszym ciągu ad hoc, w miarę dynamicznie zmieniających się potrzeb w tym zakresie, wykonywania pojedynczych usług, mając na uwadze zapewnienie przeprowadzki do nowej siedziby NCBR w czerwcu 2022 r.*

*Nieefektywne – jak wskazano bez winy Zamawiającego – przeprowadzenie tych procedur i nieudzielenie zamówienia, otworzyło przed Zamawiającym po sierpniu 2022 r. perspektywę nowego zamówienia, które mógł on zrealizować do końca roku budżetowego (2022). Uwzględniając szczególnie okoliczność i dynamikę zmian, w tym także konieczność wynajmu dotychczasowych pomieszczeń po przeprowadzce do nowej siedziby, celem zarchiwizowania pozostałej dokumentacji, która ze względów przeciwpożarowych*

wynikających z nośności stropów, nie była możliwa do przekazania, co również było nową okolicznością, Zamawiający zdecydował się udzielać odrębnych zleceń w miarę zachodzących dynamicznie procesów oddawania dokumentacji do Archiwum Zakładowego. Powyższe było ze wszech miar uzasadnione.

Tymczasem w nowym roku budżetowym, 2023 r. otworzyła się dla Zamawiającego perspektywa kolejnego, nowego zamówienia, które jednak, z uwagi na potrzebę dokończenia procesu archiwizacji dokumentacji, która pozostała w starej siedzibie NCBR, nie mogła być uznana jedno spójne, całościowe zamówienie. Dokumenty były bowiem archiwizowane w miarę kolejnych działań i prowadzonych prac porządkowych w starej siedzibie NCBR i przekazywane kolejno do archiwizacji. Kolejne umowy w 2023 r. były tym samym podpisywane w ramach prac kończących proces archiwizacji i porządkowania dokumentacji w związku z koniecznością opuszczenia starej siedziby NCBR.

Z uwagi na te szczególne okoliczności, nie można uznać, że w każdym z trzech lat objętych kontrolą Prezesa UZP, można było zidentyfikować trzy odrębne zamówienia – każde na kolejny rok budżetowy. Nie mówiąc już o tym - na co wskazywał Prezes UZP, aby połączyć wartości i ilości poszczególnych zleceń z trzech lat łącznie -całościowo jako jedno zamówienie. Powyższe jest nieuzasadnione i nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy oraz w przepisach o finansach publicznych. (...)"

W konkluzji Zamawiający stwierdził, że jego zastrzeżenia zasługują w pełni na uwzględnienie, gdyż Organ Kontrolujący nie wykazał przywołanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszeń przepisów ustawy Pzp i naruszył zasady legalizmu.

W odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 4 listopada 2024 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu odniósł się w pierwszej kolejności do argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie określono, co jest przedmiotem zamówienia, wobec którego postawiony został zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp, tzn. jaki jest zakres zamówienia. Prezes Urzędu przywołał art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wskazał: „W związku z powyższym należy mieć na uwadze, że treść zawarta w części I Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 sierpnia 2024 r. (str. 1) zawierają podstawowe informacje identyfikujące przedmiot przeprowadzonej kontroli - w tym przypadku 119 umów zlecenia zawartych w latach 2021-2023 oraz ich łączną wartość. Należy zauważyć, że przez użyte w art. 609 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp określenie „postępowanie”, należy rozumieć „postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego”, ponieważ przeważnie przedmiot kontroli doraźnej stanowią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp. Jednakże w przypadkach, gdy zarzuty wniosku o kontrolę doraźną dotyczą niezasadnego niestosowania przez zamawiającego przepisów

ustawy Pzp (co również może stanowić kwestię podlegająca kontroli Prezesa UZP), cz. I Informacji o wyniku kontroli doraźnej stanowi stronę tytułową tego dokumentu i zawiera podstawowe informacje dotyczące kontrolowanej umowy lub umów zawartych z pominięciem przepisów ustawy Pzp (lub, w przypadku ich braku, innych dokumentów z których wynika udzielenie określonego zamówienia, np. faktur). Ze względu na bardzo dużą liczbę umów będących przedmiotem kontroli, uznano za niecelowe zamieszczanie na tytułowej stronie Informacji o wyniku kontroli doraźnej szczegółowych informacji o każdej z nich. Część II Informacji o wyniku kontroli doraźnej zawiera natomiast informacje o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku. W tej części Informacji o wyniku kontroli doraźnej zawarte są więc, co do zasady, wszelkie merytoryczne ustalenia dotyczące stwierdzonych w toku kontroli naruszeń. (...) W ocenie Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 sierpnia 2024 r. wymagania te zostały spełnione - po pierwsze, zamieszczono - na podstawie treści wyjaśnień oraz dokumentów przekazanych w toku prowadzonej kontroli do Urzędu przez Zamawiającego - listę umów zlecenia dotyczących usług archiwizacyjnych zawartych z osobami fizycznymi w okresie 2021 - 2023, wraz z datami ich zawarcia i ew. zmian oraz określeniem ich przedmiotu, po drugie, podano ich wartość łączną oraz wartość w poszczególnych latach. Wartość tych umów wskazano oddzielnie w odniesieniu do roku 2021, 2022 i 2023 z tego względu, że umowy te stanowiły w okolicznościach faktycznych sprawy zamówienia publiczne podlegające w ocenie Prezesa Urzędu obowiązkowi łącznego szacowania - nie wszystkie łącznie, lecz w perspektywie rocznej, jak wprost wynika z treści informacji zawartych na str. 2, 16 i 19 Informacji o wyniku kontroli doraźnej (które znajdują się w części II tej Informacji).

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zupełnie bezpodstawną jest sugestia Zamawiającego, jakoby z Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 sierpnia 2024 r. wynikało, że Prezes Urzędu uznał za jedno zamówienie, podlegające obowiązkowi łącznego szacowania, wszystkie 119 umów zawartych w okresie 3 lat (ich łączną wartość). W toku kontroli doraźnej Zamawiający przekazał do Urzędu kopie umów wraz z rachunkami złożonymi na ich podstawie oraz zestawieniami zbiorczymi dotyczącymi łącznego wynagrodzenia wypłaconego wykonawcom na podstawie każdej z nich. Jak wynika z treści dokumentów przesłanych przez Zamawiającego, wartość umów w każdym z ww. lat przekraczała próg 130 000 zł, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, obligujący zamawiających publicznych do stosowania przepisów ustawy Pzp, co znalazło odzwierciedlenie w Informacji o wyniku kontroli doraźnej. Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach nie kwestionuje powyższych ustaleń. Sam zresztą we wniesionych zastrzeżeniach zauważył, że obowiązek stosowania przepisów PZP uzależniony jest od wartości danego zamówienia, a nie kilku zamówień. Zauważa również (str. 3 zastrzeżeń), że ustawa Pzp posługuje się pojęciami „zamówienie publiczne” oraz „zamówienie” w nieco różnych kontekstach i wyjaśnia różnice między nimi. Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu świadczy o tym, że Zamawiający w pełni zdaje sobie

*sprawę, jaka generalna zasada obowiązuje w odniesieniu do szacowania wartości zamówień udzielanych w częściach i w kontekście tego podnoszony przez niego zarzut dotyczący rzekomej „niekonsekwencji” w używanym w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej liczby pojedynczej lub mnogiej pojęcia „zamówienie” i braku pewności co do wniosków płynących z przeprowadzonej kontroli ma charakter pozorny”.*

*Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej sposobu ustalenia w toku kontroli wartości szacunkowej usług objętych kontrolą Prezes Urzędu wskazał: „Podkreślić należy, że Prezes Urzędu, zgodnie z art. 605 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, prowadzi kontrolę na podstawie dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia oraz wyjaśnień kierownika zamawiającego, pracowników zamawiającego oraz ewentualnie innych podmiotów i nie jest zobowiązany do samodzielnego ustalania wartości zamówienia, którego oszacowania zamawiający zaniechał, w sposób „alternatywny” do informacji wynikających z przesłanych przez zamawiającego wyjaśnień oraz dokumentów. W sytuacji braku dokumentów dotyczących (uprzedniego) szacowania wartości zamówienia (co jest stosunkowo częstą sytuacją w przypadku zamówień, do których nie stosowano przepisów ustawy Pzp), w kontroli doraźnej przyjmuje się wartość zamówienia wynikającą z innych dostępnych dokumentów, takich jak np. faktury lub umowy. Powyższe oznacza, że w takim przypadku wartość zamówienia odtwarzana jest z konieczności ex post na podstawie dokumentów dotyczących udzielonych zamówień. Podobnie - również ex post, z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego w tym przedmiocie, ale również biorąc pod uwagę informacje wynikające z dokumentów dotyczących udzielonych zamówień, ocenie podlega zasadność odstąpienia przez zamawiającego od obowiązku łącznego szacowania tożsamyh zamówień. Odnosząc się na koniec do zarzutu braku wskazania w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 sierpnia 2024 r. ustaleń faktycznych związanych z kwotą wartości zamówienia „netto” w odniesieniu do umów zawartych z osobami fizycznymi, które powinny być, zdaniem Zamawiającego, przytoczone „dla porządku”, należy wskazać, że nie wszystkie ustalenia faktyczne dokonywane w toku kontroli muszą znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej. Zgodnie z art. 28 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należyłą starannością. Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach nie podnosi, że w którejkolwiek z wymienionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 sierpnia 2024 r. umów, zawartych z osobami fizycznymi, występował podatek VAT (który powinien być odliczony od wartości zamówienia zgodnie z dyspozycją art. 28 ustawy Pzp) ani nie kwestionuje wymienionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej kwot. W związku z tym w ocenie Prezesa Urzędu zarzut ten również jest bezpodstawny.*

*Odnosząc się do kwestii ziszczenia się w niniejszej sprawie przesłanki czasowej łącznego ustalania wartości szacunkowej, Prezes Urzędu stwierdził: „Nie omawiając w tym*

*miejscu ponownie koncepcji tzw. trzech tożsamości, należy jedynie wspomnieć, że zasada tożsamości czasowej zamówień generalnie oznacza, że dane zamówienia mogły być udzielone w tym samym czasie. Przy czym nie oznacza to oczywiście konieczności udzielenia wszystkich zamówień objętych umowami zawartymi w danym roku jednocześnie (w tej samej chwili) - możliwe jest bowiem również udzielanie zamówienia w częściach, sukcesywnie. W okolicznościach faktycznych sprawy teza Zamawiającego o braku tożsamości czasowej umów będących przedmiotem kontroli doraźnej jest zdaniem Prezesa Urzędu mało wiarygodna biorąc pod uwagę, że - jak wynika chociażby z zestawienia zamieszczonego na str. 2 - umowy te zawierane były w niewielkich odstępach czasu. Czasami po kilka w danym miesiącu, a wiele z nich było dodatkowo (czasem kilkakrotnie) przedłużanych, skutkiem czego okresy świadczenia usług przez poszczególnych zleceniobiorców się pokrywały (jak wskazano na str. 18 Informacji o wyniku kontroli doraźnej).*

*Po drugie, argumenty Zamawiającego mające uzasadnić odrębność udzielonych zamówień wskazują głównie na konieczność zapewnienia „dynamicznej” obsługi procesu archiwizacji, zmienianie się ilości dokumentacji do zarchiwizowania w sposób „dynamiczny” (głównie w związku z zaplanowaną przeprowadzką do nowej siedziby) oraz okoliczność, że ilość ta była „na bieżąco aktualizowana”, bez możliwości oszacowania finalnej jej ilości, i w związku z tym „brak możliwości” wyboru jednego wykonawcy do realizacji jego procesu. Powyższe wyjaśnienia zdaniem Prezesa Urzędu brzmią dość ogólnikowo i zdają się sugerować, że zarządzanie procesem archiwizacji dokumentów w związku z przeprowadzką do nowej siedziby stanowiło jakąś okoliczność całkowicie zewnętrzną wobec Zamawiającego, na której przebieg i warunki nie posiadał on żadnego wpływu. Z tego rodzaju poglądem zdaniem Prezesa Urzędu nie można się zgodzić. Zarządzanie archiwizacją dokumentów wytwarzanych przez jednostkę oraz działania organizacyjne związane ze zmianą jej siedziby należą do działań związanych z bieżącym funkcjonowaniem danej jednostki, na które przede wszystkim to ona sama ma wpływ. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej (str. 18) z wyjaśnień Zamawiającego przesłanych do Urzędu wynikało, że posiadał on wiedzę o przeprowadzce oraz konieczności zapewnienia obsługi archiwizacji dużej ilości dokumentów na wiele miesięcy przed jej faktycznym nastąpieniem (t.j. we wrześniu 2022 r.). Świadczy o tym również „lawinowy” - jak wynika z zestawienia umów przytoczonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej - wzrost liczby umów zleceń dotyczących usług archiwizacji, który nastąpił od ok. połowy 2021 r. Zamawiający jednakże przez cały 2021 r. (oraz w kolejnych 2 latach) kontynuował ich zawieranie oraz przedłużanie, co zdaniem Prezesa Urzędu świadczy o tym, że było to dla niego rozwiązanie umożliwiające „dynamiczną” i „ad hoc” obsługę procesu archiwizacji, bez konieczności dokonywania analiz dotyczących wartości przedmiotu zamówienia. W ocenie Prezesa Urzędu nie można jednak uznać powyższego za wystarczającą podstawę do uznania, że tym samym obiektywnie zaszła okoliczność*



wyłączająca obowiązek szacowania wartości przedmiotu zamówienia w sposób przewidziany przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie z dnia 2 września 2024 r. wskazał również, że w jego ocenie na przeszkodzie udzieleniu zamówienia dotyczącego usług archiwizacji w oparciu o przepisy ustawy PZP stały również trudności z określeniem minimalnego zakresu świadczenia (wymaganego zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp). W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że brak możliwości określenia dokładnej liczby metrów bieżących dokumentacji przeznaczonych do archiwizacji w danym roku kalendarzowym nie stoi na przeszkodzie zaplanowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również z perspektywy wymagań art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, że przepis ten mówi o minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Oznacza to, że minimalny gwarantowany zakres świadczenia może być potencjalnie wyrażony zarówno w postaci minimalnej liczby metrów bieżących dokumentacji (podlegającej zarchiwizowaniu) jak i w inny sposób, odnoszący się do wartości świadczenia (minimalnej wartości wynagrodzenia wykonawcy). Należy zauważyć, że w kontrolowanych umowach z osobami fizycznymi zamawiający nie wskazywał liczby metrów bieżących dokumentacji podlegających uporządkowaniu - określano w nich zadania podlegające wykonaniu, czas trwania umowy oraz kwotę wynagrodzenia lub stawkę godzinową za wykonanie przewidzianych w umowie czynności. Możliwe też byłoby określenie maksymalnej kwoty wynagrodzenia z przewidzeniem wcześniejszego zakończenia umowy w przypadku jej wyczerpania, ewentualnie określenia pewnego zakresu zamówienia jako opcjonalnego (z którego zamawiający może, ale nie musi skorzystać).”

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej motywu 109 dyrektywy 2014/24/UE Prezes Urzędu zauważył, że: „motyw 109 dyrektywy 2014/24/UE odnosi się do przesłanek dopuszczalności zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie zaś do kwestii zasad szacowania wartości zamówień. Interpretuje on pojęcie „niemożliwej do przewidzenia okoliczności”, uzasadniającej zmianę zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania. Nawet jednakże próbując per analogiam zastosować wykładnię zawartą w motywie 109 dyrektywy klasycznej do kwestii możliwości przewidzenia przez Zamawiającego zamówień będących przedmiotem umów zleceń objętych kontrolą doraźnej, jak już wskazano powyżej w treści niniejszej odpowiedzi na zastrzeżenia, zarządzanie archiwizacją dokumentów jednostki, również w kontekście jej przeprowadzki do nowej siedziby, trudno jest uznać za niemożliwą do przewidzenia okoliczność, sytuację o charakterze nadzwyczajnym, na które instytucja ta nie ma wpływu. Oceniając kwestię „nieprzewidywalności” określonych zamówień należy oczywiście brać pod uwagę stan faktyczny danej sprawy, jednakże przy jego ocenie należy również stosować kryteria jak najbardziej zobiektywizowane. W przeciwnym razie, każdy zamawiający mógłby twierdzić, że określone zamówienie nie podlegało obowiązkowi łącznego

szacowania z innymi tożsamymi zamówieniami w każdej sytuacji, gdy zamawiający z dowolnych względów był o tym subiektywnie przekonany lub miał z tym pewne trudności”.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej przeprowadzki do nowej siedziby NCBiR Prezes Urzędu stwierdził, że jest ona niezrozumiała i niezasadna, gdyż: „kwestia fizycznego miejsca przechowywania dokumentów przeznaczonych do archiwizacji nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia oceny, czy usługi dotyczące archiwizacji tej dokumentacji podlegają obowiązkowi łącznego szacowania, czy też nie, podobnie jak brak jest obiektywnej konieczności „kończenia” procesu archiwizacji dokumentów pozostałych w starej siedzibie NCBR w oparciu o pojedyncze umowy zlecenia (które mogły zostać przecież wypowiedziane lub rozwiązane). Jak wspomniano wyżej, zdaniem Prezesa UZP, dla Zamawiającego taki sposób działania był po prostu skuteczny, i po obsłużeniu w ten sposób przeważającej części (w 2021 r.) swoich potrzeb w tym zakresie oraz nieudanych próbach udzielenia zamówienia w 2022 r. zrezygnował z dalszych prób udzielenia zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp”.

Podsumowując swoje stanowisko Prezes Urzędu wskazał, że: „celem kontroli Prezesa Urzędu z pewnością nie jest „odstraszanie” ani „karanie” Zamawiających. Dostrzeżenia również wymaga, że przepisy dotyczące szacowania wartości zamówień nie należą również do najprostszych w praktycznym stosowaniu. Jednakże efektem kontroli Prezesa Urzędu nie powinno być sankcjonowanie jako prawidłowej praktyki kilkuletniego niestosowania przepisów ustawy PZP w sytuacji, gdy ich zastosowanie nastręcza zamawiającym pewne trudności. Na marginesie należy również zauważyć, że praktyka ta trwała prawie 3 lata i skutkowałą wydatkowaniem w ten sposób kwoty wynoszącej łącznie 2 866 148,24 zł”.

**Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

Zgodnie z art. 28 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością.

Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp:

1. Zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżać wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia.
2. Zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami.

Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego

postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Zgodnie z art. 35 ust.1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest:

- 1) rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia, albo
- 2) łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

Zgodnie z art. 359 pkt 2 ustawy Pzp, przy udzielaniu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla:

- 2) zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130 000 złotych.

Z przytoczonych przepisów wynika, że w przypadku tzw. usług społecznych, do których należą usługi archiwizacyjne, obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp zachodzi, jeżeli wartość zamówienia wynosi co najmniej 130 000 zł. Sposób ustalenia wartości zamówienia został natomiast określony m.in. w art. 28, art. 29 i art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, które to przepisy przewidują generalny zakaz takiego ustalania tej wartości, który prowadziłby do niestosowania przepisów ustawy Pzp. W przypadku udzielania zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, oznacza to obowiązek stosowania do każdej części tych przepisów ustawy Pzp, które są właściwe dla łącznej wartości wszystkich tych części. Nie jest zatem zakazane udzielanie zamówienia w częściach, ale zakazane jest pomijanie stosowania w każdej z tych części przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości wszystkich tych części.

W związku z obowiązkiem łącznego szacowania wartości części danego zamówienia powstała zatem konieczność ustalenia, co jest jednym zamówieniem. W tym zakresie orzecznictwo i doktryna wykształciły zasady, zgodnie z którymi o istnieniu jednego zamówienia w kontekście ustalania wartości szacunkowej decyduje tożsamość przedmiotowa, tożsamość podmiotowa i tożsamość czasowa jego części. Przy czym tożsamość przedmiotową należy rozumieć jako sytuację, w której roboty, dostawy lub usługi są tego samego rodzaju, mają to samo przeznaczenie, są ze sobą funkcjonalnie związane. Tożsamość podmiotowa zachodzi wtedy, gdy znajduje się na rynku wykonawca, który byłby w stanie wykonać wszystkie części danego zamówienia. Natomiast z tożsamością czasową mamy do czynienia w sytuacji, gdy wszystkie części zamówienia mogłyby być wykonane w tym samym czasie, przy czym należy

rozumieć to także jako pewną przewidywalną dla zamawiającego perspektywę czasową (np. rok budżetowy czy okres realizacji jakiegoś projektu). W oparciu o ww. przesłanki należy zatem ustalać, które zamówienia powinny być traktowane dla celów szacowania wartości jako jedno zamówienie i ich wartości powinny być wówczas sumowane. Powyższe wynika także z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która np. w uchwale z dnia 27.10.2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO/KD 96/14 stwierdziła: *„W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak: tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym lub podobnym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie) i 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. Jeżeli zatem udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy, to mamy do czynienia z jednym zamówieniem”*.

Odnosząc się do zastrzeżeń od wyniku kontroli wniesionych przez Zamawiającego w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na niezasadną jego argumentację dotyczącą rzekomego braku określenia przez Prezesa Urzędu, co jest w niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia, ponieważ w Informacji o wyniku kontroli słowo „zamówienie” raz używane jest w liczbie pojedynczej, a innym razem w liczbie mnogiej. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione przez Prezesa Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia i dodatkowo wskazuje, że co do zasady, zgodnie z art. 7 pkt 32 ustawy Pzp, zamówieniem jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. W tym znaczeniu każda ze 119 umów, jakie Zamawiający zawarł w latach 2021 – 2023 na usługi archiwizacyjne, jest zamówieniem. Niemniej jednak dla celów ustalania wartości szacunkowej, jak wskazano już wyżej, jako jedno zamówienie rozumie się wszystkie części udzielane w odrębnych postępowaniach, jeśli są powiązane ze sobą przedmiotowo, podmiotowo i czasowo. Oznacza to, że w niniejszej sprawie w świetle art. 7 pkt 32 ustawy Pzp mamy do czynienia ze 119 zamówieniami (w liczbie mnogiej), natomiast w świetle art. 28, art. 29 i art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, czyli dla celów ustalenia wartości szacunkowej w każdym kolejnym roku budżetowym umowy te (odpowiednio 71 - w 2021 r., 30 - w 2022 r. i 18 - w 2023 r.) stanowią jedno zamówienie (w liczbie pojedynczej). Nie doszło zatem do niekonsekwentnego używania przez Prezesa Urzędu słowa „zamówienie” ani tym bardziej do braku określenia, co jest przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia został określony jednoznacznie: „wykonywanie usług archiwizacyjnych” i jest to zgodne zarówno z przedmiotem wszystkich 119 umów osobno, jak i z przedmiotem jednego zamówienia (w ramach każdego roku budżetowego), jakie umowy te tworzą dla celów szacowania wartości. Argumentacja

Zamawiającego, opierająca się na wybiórczo wybranych słowach z pominięciem ich kontekstu prawnego i okoliczności faktycznych, do których się odnoszą, nie jest zatem w ocenie Izby zasadna.

Przechodząc do oceny, czy prawidłowo Prezes Urzędu uznał, że Zamawiający dopuścił się niedozwolonego podziału zamówienia na części w celu ominięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, przede wszystkim należy zauważyć, że Zamawiający ostatecznie nie kwestionuje zaistnienia w niniejszej sprawie przesłanki przedmiotowej i podmiotowej. W związku z tym również Izba ograniczy się do stwierdzenia, że przesłanki te niewątpliwie w tej sprawie zachodzą.

Odnosząc się natomiast do przesłanki czasowej Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby nie doszło do jej ziszczenia się w okolicznościach niniejszej sprawy.

Po pierwsze, nie sposób nie zauważyć, że umowy były zawierane w krótkich odstępach czasu, czasem nawet w tym samym dniu, a ich okresy trwania często pokrywały się ze sobą, zwłaszcza gdy były aneksowane. Przykładowo w 2021 r.:

- 1) Umowa Nr 20/2021/z z dnia 7.05.2021 r. – przedmiot: weryfikowanie, kompletowanie, porządkowanie i opisywanie dokumentacji papierowej NCBR, umieszczanie ułożonych dokumentów spraw wewnątrz teczek aktowych, tworzenie elektronicznych spisów dokumentacji spraw, zawarta na okres 17.05.2021 r. – 16.08.2021 r.;
- 2) Umowa Nr 21/2021/z z dnia 17.05.2021 r. – przedmiot: weryfikowanie, kompletowanie, porządkowanie i opisywanie dokumentacji papierowej NCBR, umieszczanie ułożonych dokumentów spraw wewnątrz teczek aktowych, tworzenie elektronicznych spisów dokumentacji spraw, zawarta na okres 17.05.2021 r. – 16.08.2021 r.;
- 3) Umowa nr 22/2021/z z dnia 17.05.2021 r. – przedmiot: weryfikowanie, kompletowanie, porządkowanie i opisywanie dokumentacji papierowej NCBR, umieszczanie ułożonych dokumentów spraw wewnątrz teczek aktowych, tworzenie elektronicznych spisów dokumentacji spraw, zawarta na okres 17.05.2021 r. - 16.07.2021 r., aneksem nr 1 do umowy wydłużono okres realizacji do 31.08.2021 r.;
- 4) Umowa Nr 25/2021/z z dnia 15.06.2021 r. – przedmiot: weryfikowanie, kompletowanie, porządkowanie i opisywanie dokumentacji papierowej NCBR, umieszczanie ułożonych dokumentów spraw wewnątrz teczek aktowych, tworzenie elektronicznych spisów dokumentacji spraw, zawarta na okres 15.06.2021 r. – 14.09.2021 r., aneks nr 1 do umowy zawarto w dniu 15.09.2021 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.12.2021 r., aneks nr 2 do umowy zawarto w dniu 14.12.2021 r., na jego mocy wydłużono okres realizacji do 31.03.2022 r., wypowiedzenie umowy złożono w dniu 11.03.2022 r.;

- 5) Umowa Nr 28/2021/z z dnia 15.06.2021 r. - przedmiot: weryfikowanie, kompletowanie, porządkowanie i opisywanie dokumentacji papierowej NCBR, umieszczanie ułożonych dokumentów spraw wewnątrz teczek aktowych, tworzenie elektronicznych spisów dokumentacji spraw, zawarta na okres 15.06.2021 r. – 30.09.2021 r.;
- 6) Umowa Nr 36/2021/z z dnia 15.06.2021 r. – przedmiot: weryfikowanie, kompletowanie, porządkowanie i opisywanie dokumentacji papierowej NCBR, umieszczanie ułożonych dokumentów spraw wewnątrz teczek aktowych, tworzenie elektronicznych spisów dokumentacji spraw, zawarta na okres 15.06.2021 r. – 14.09.2021 r., aneks nr 1 do umowy zawarto w dniu 15.09.2021 r., na jego mocy wydłużono okres realizacji do 30.10.2021 r.;

Powyższy przykład dotyczy tylko 6 umów spośród 71 umów zawartych w 2021 r. i wszystkie one były zawierane w niewielkich odstępach czasu i zwykle „zazębiały się” ze sobą czasowo. Trudno więc twierdzić, że każda kolejna umowa była dla Zamawiającego niemożliwa do przewidzenia i nie zdawał sobie sprawy ze skali koniecznych do wykonania prac oraz obowiązku łącznego szacowania wartości powstałego w ten sposób zamówienia choćby w perspektywie roku budżetowego.

Podobny przykład można pokazać w przypadku 2022 r., w którym zawarto 30 umów:

- 1) Umowa Nr 43/2022/z z dnia 01.03.2022 r. – przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentacji, zawarta na okres 01.03.2022 r. - 31.05.2022 r. aneks nr 1 do umowy zawarty w dniu 06.05.2022 r. na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.07.2022 r., aneks nr 2 do umowy zawarty w dniu 13.07.2022 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.10.2022 r., aneks nr 3 do umowy zawarty w dniu 6.10.2022 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.01.2023 r., porozumieniem z dnia 30.12.2022 r. rozwiązano umowę ze skutkiem na dzień 01.01.2023 r.;
- 2) Umowa Nr 45/2022/z z dnia 01.03.2022 r. – przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentacji, zawarta na okres 01.03.2022 r. – 31.05.2022 r., aneks nr 1 do umowy zawarto w dniu 13.05.2022 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.07.2022 r., aneks nr 2 do umowy zawarty w dniu 11.07.2022 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.08.2023 r.;
- 3) Umowa Nr 51/2022/z z dnia 01.03.2022 r. – przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentacji, zawarta na okres 01.03.2022 r. – 31.05.2022 r., aneks nr 1 do umowy zawarty w dniu 27.05.2022 r. na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.08.2022 r., aneks nr 2 do umowy z dnia 9.08.2022 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.12.2022 r., aneks nr 3 do umowy zawarty w dniu 12.12.2022 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.03.2023 r., aneks nr 4 do umowy z dnia 20.03.2023 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 30.06.2023 r., aneks nr 5 do umowy zawarty w dniu 30.06.2023 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 30.09.2023 r.;

- 4) Umowa Nr 71/2022/z z dnia 15.03.2022 r.– przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentów, zawarta na okres 15.03.2022 r. – 14.06.2022 r., w drodze aneksu nr 1 do umowy wydłużono okres realizacji do 31.08.2022 r., aneks nr 2 do umowy zawarto w dniu 09.08.2022 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.12.2022 r., aneksem nr 3 do umowy wydłużono okres realizacji do 31.03.2023 r., aneks nr 4 do umowy zawarto w dniu 20.03.2023 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 30.06.2023 r., aneks nr 5 do umowy zawarto w dniu 30.06.2023 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 30.09.2023 r.;
- 5) Umowa Nr 82/2022/z z dnia 01.04.2022 r. – przedmiot: współpraca przy porządkowaniu dokumentacji, zawarta na okres 01.04.2022 r. – 30.06.2022 r., aneksem nr 1 do umowy wydłużono okres realizacji do 31.08.2022 r., aneks Nr 2 do umowy zawarto w dniu 09.08.2022 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.12.2022 r., aneks Nr 3 z dnia 9.12.2022 r. wydłużono okres realizacji do 31.03.2023 r., 28.12.2022 r. złożono wypowiedzenie umowy;
- 6) Umowa Nr 84/2022/z z dnia 01.04.2022 r. – przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentów, zawarta na okres 01.04.2022 r. – 31.06.2022 r., w drodze aneksu nr 1 umowy wydłużono okres realizacji do 31.08.2022 r., w drodze aneksu nr 2 do umowy wydłużono okres realizacji do 31.12.2022 r., aneks nr 3 zawarto w dniu 9.12.2022 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 31.03.2023 r., aneks nr 4 do umowy zawarto w dniu 20.03.2023 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 30.06.2023 r., aneks nr 5 do umowy z dnia 30.06.2023 r., na mocy którego wydłużono okres realizacji do 30.09.2023 r.

Kolejny przykład z 2023 r., w którym zawarto 18 umów:

- 1) Umowa Nr 54/2023/z z dnia 01.06.2023 r.– przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentacji, zawarta na okres 01.06.2023 r. – 31.12.2023 r.,
- 2) Umowa Nr 55/2023/z z dnia 01.06.2023 r.– przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentacji, zawarta na okres 01.06.2023 r. – 31.12.2023 r.;
- 3) Umowa Nr 56/2023/z z dnia 1.06.2023 r.– przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentacji, zawarta na okres od 01.06.2023 r. – 31.12.2023 r.;
- 4) Umowa Nr 57/2023/z z dnia 1.06.2023 r.– przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentacji, zawarta na okres 01.06.2023 r. -31.12.2023 r.;
- 5) Umowa Nr 58/2023/z z dnia 1.06.2023 r.– przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentacji, zawarta na okres od 1.06.2023 r. – 31.12.2023 r.;
- 6) Umowa Nr 59/2023/z z dnia 1.06.2023 r.– przedmiot: współpraca przy porządkowaniu i archiwizacji dokumentacji, zawarta na okres 01.06.2023 r. – 31.12.2023 r.
- 7) Umowa nr 85/2023/z z dnia 1.09.2023 r. – przedmiot: a. Porządkowanie dokumentacji/spraw realizowanych przez Biuro Dyrektora Centrum oraz Biuro Dyrektora

Centrum i Obsługi Prawnej; b. Digitalizacja wskazanej dokumentacji; c. Wsparcie w procesie archiwizacji, zawarta na okres 01.09.2023 r. - 31.12.2023 r.

- 8) Umowa nr 86/2023/z z dnia 1.09.2023 r. – przedmiot: a. Porządkowanie dokumentacji/spraw realizowanych przez Biuro Dyrektora Centrum oraz Biuro Dyrektora Centrum i Obsługi Prawnej; b. Digitalizacja wskazanej dokumentacji; c. Wsparcie w procesie archiwizacji, zawarta na okres 01.09.2023 r. - 31.12.2023 r.

Wszystkie 119 umów, jakie Zamawiający zawarł w latach 2021-2023 zostało wymienione w Informacji o wyniku kontroli, zaś w tym miejscu Izba wskazuje jedynie wycinki z całego zestawienia, aby wykazać niezasadność argumentacji Zamawiającego, w której kompletnie pomija on bardzo bliskie terminy zawierania tych umów i zachodzące na siebie okresy ich realizacji. Powyższe okoliczności wykluczają możliwość uznania, że Zamawiający przez 3 lata był stale zaskoczony koniecznością zawierania tych umów i nie był w stanie przewidzieć zawierania kolejnych i oszacowania ich łącznej wartości w każdym roku budżetowym na kwotę co najmniej przekraczającą próg stosowania przepisów ustawy Pzp. Niezasadność argumentacji Zamawiającego jest szczególnie widoczna w stosunku do 2022 r. i 2023 r., w których to latach, jak słusznie zwrócił uwagę Prezes UZP, zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany był oszacować wartość zamówienia na podstawie rzeczywistej łącznej wartości kolejnych zamówień tego samego rodzaju udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym. W tym miejscu należy zauważyć, że wartość umów zawartych w 2021 r. wyniosła 1.700.227,86 zł, zaś w roku 2022 – 977.890,13 zł, więc nie było wątpliwości, że są to kwoty przekraczające próg stosowania ustawy Pzp dla tzw. usług społecznych (130.000,00 zł) i obligujące do stosowania jej przepisów.

Po drugie, należy zwrócić uwagę, że w 2022 r. Zamawiający trzykrotnie zdecydował się na wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia, jednak były one unieważniane na podstawie art. 255 pkt 1, 3 i 7 ustawy Pzp. Powyższe dowodzi, że w istocie Zamawiający miał świadomość, że wartość usług archiwizacyjnych jakie muszą być wykonane przekracza próg stosowania ustawy Pzp. Mimo to Zamawiający zaniechał dalszych prób udzielenia zamówienia w trybie ustawy Pzp i kontynuował proces zawierania umów zlecenia z pominięciem stosowania jej przepisów. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego udzielonych w toku kontroli Prezesowi Urzędu: *„Zdaniem NCBR wykonywanie zadań z zakresu archiwizacji dokumentów w sposób realizowany przez NCBR nie wymagało stosowania przepisów Ustawy PZP, a to z uwagi na brak tożsamości czasowej (...) udzielanych „zamówień” oraz wartość zawieranych umów zlecenia, gdyż żadna z nich nie była równa lub większa niż 130 000 zł netto. (...) Analiza wydatków ponoszonych na prace związane z archiwizacją dokumentów w ramach umów zlecenia, w stosunku do cen ofertowych uzyskiwanych w kolejnych postępowaniach*



*prowadzonych na podstawie Ustawy PZP prowadzi do wniosku, że udzielanie zamówień publicznych na archiwizację dokumentów jest rozwiązaniem znacznie droższym, a przez to nieuzasadnionym ekonomicznie*". Izbie nie są znane warunki stawiane przez Zamawiającego we wszczynanych przez niego postępowaniach i przyczyny zachowania wykonawców, które doprowadziły do konieczności unieważnienia tych postępowań. Niemniej unieważnienie ww. postępowań, a także przekonanie Zamawiającego o nieefektywności ekonomicznej udzielenia zamówienia w trybie ustawy Pzp, nie zwalniały go w okolicznościach niniejszej sprawy z obowiązku stosowania jej przepisów.

Po trzecie, Izba uznała za niezasadną argumentację Zamawiającego odnoszącą się do planowanej przez niego przeprowadzki do nowej siedziby. Zamawiający podnosił, że umowę najmu zawarto w 2021 r., zaplanowano przeprowadzkę na czerwiec 2022 r., a doszło do niej we wrześniu 2022 r. Wynajmujący nie zgodził się na przeniesienie wszystkich dokumentów z uwagi na nośność stropów w nowej siedzibie, więc dokumenty musiały być selekcionowane pod kątem archiwizacji, a i tak część z nich musiała zostać w dotychczasowej siedzibie, gdzie podlegała dalszej selekcji. Przede wszystkim należy zauważyć, że archiwizacja dokumentów jest normalnym zadaniem wykonywanym na bieżąco przez zobowiązane do tego organy, więc trudno przyjąć, że dopiero w związku z przeprowadzką Zamawiający powziął informację, że trzeba dokonać selekcji dokumentów do archiwizacji i że nie miał wiedzy o ilości tych dokumentów i skali całego przedsięwzięcia. Ponadto nie można nie zauważyć, że zmiana siedziby była zaplanowana, znany był jej termin, więc Zamawiający znał perspektywę czasową, w której prace te musiały zostać wykonane, bez względu na to jaka część dokumentacji miałaby zostać przeniesiona do nowej siedziby, a jaka miałaby zostać w dotychczasowej siedzibie. Nawet bowiem bez przeprowadzki Zamawiający musiałby wykonać prace archiwizacyjne, gdyż obowiązki w tym zakresie wynikają przecież z przepisów o archiwizacji. Tym samym nawet jeśli sama przeprowadzka była sytuacją wyjątkową, zdarzającą się raz na wiele lat, to jednak sama archiwizacja taką sytuacją nie była, bo archiwizowanie dokumentów jest stałym zadaniem spoczywającym na organach państwowych (i nie tylko). Ponadto nawet rzeczona przeprowadzka, jak już wyżej wskazano, była zaplanowana i Zamawiający znał związaną z tym perspektywę czasową, w której trzeba było wykonać konieczne prace, w tym archiwizacyjne. Dlatego powoływana przez Zamawiającego argumentacja związana z ww. zmianą siedziby nie świadczy o braku ziszczenia się w tej sprawie przesłanki czasowej i nie uzasadnia braku stosowania przez Zamawiającego art. 28, art. 29, art. 30 ust. 1, art. 35 ust. 1 i art. 359 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pozostałych zastrzeżeń od wyniku kontroli Izba zgadza się z Prezesem Urzędu, że przywoływany przez Zamawiającego motyw 109 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE dotyczy umów, a nie szacowania wartości zamówienia. Należy dodać, że tego ostatniego tematu dotyczy natomiast motyw 20 ww. dyrektywy, w którym wskazano, że *„oparcie oszacowania wartości na podziale zamówienia powinno być dozwolone wyłącznie wtedy, gdy jest to uzasadnione ze względów obiektywnych”*, przy czym jako przykład ustawodawca unijny podał sytuację, gdy zamówienia udziela podmiot będący odrębną jednostką operacyjną danej instytucji zamawiającej mający m.in. odrębny budżet i samodzielnie finansujący umowę z tego budżetu. Dalej natomiast w motywie 20 wskazano, że *„podział nie jest uzasadniony, gdy instytucja zamawiająca jedynie organizuje zamówienie w sposób zdecentralizowany”*, co należy rozumieć jako zakaz odrębnego szacowania wartości poszczególnych części zamówienia w sytuacji braku do tego obiektywnych powodów. W niniejszej sprawie, z uwagi na wskazane wyżej okoliczności, Izba stwierdziła, że brak było podstaw do szacowania wartości poszczególnych umów odrębnie szczególnie w ramach każdego roku budżetowego.

Resumując, Izba uznała, że stan faktyczny w toku kontroli został ustalony właściwie, w dużej mierze zresztą na podstawie dokumentów przekazanych przez samego Zamawiającego.

Izba podzieliła również stanowisko Prezesa Urzędu o naruszeniu przez Zamawiającego art. 28, art. 29 ust. 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie w latach 2021, 2022 oraz 2023 łącznego szacowania wartości zamówień mających za przedmiot wykonywanie prac archiwizacyjnych, a także – w odniesieniu do umów zawartych w 2022 i 2023 r. – naruszeniu art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, w konsekwencji czego doszło do zawarcia przez Zamawiającego odrębnie 119 umów zlecenia, co stanowiło niedozwolony podział zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, który prowadził do naruszenia art. 17 ust. 2 w zw. z art. 359 pkt 2) ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Stwierdzenie ww. naruszeń ustawy Pzp nie oznacza jednocześnie, że kontrola ma charakter „odstraszający”, a jedynie że została przeprowadzona zgodnie z kompetencjami i obowiązkami Prezesa Urzędu nałożonymi na niego w art. 469 pkt 1 w zw. z przepisami Działu XI ustawy Pzp. Celem tej kontroli - jak w przypadku kontroli prowadzonych przez wszystkie inne organy kontrolne - jest ustalenie, czy doszło do nieprawidłowości oraz wskazanie ich, jeśli zostały wykryte. Podmioty kontrolowane mogą natomiast korzystać ze ścieżki odwoławczej, co też w niniejszej sprawie Zamawiający uczynił. Po rozpoznaniu zastrzeżeń Zamawiającego Izba stwierdziła jednak, że są one niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższych ustaleń Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca: .....

.....

.....