

Warszawa 23 października 2015 r.

UZP/DKD/WKZ/421/49()/15/GK
KNZ/23/15

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Gmina Rozprza Aleja 900-lecia 3 97-340 Rozprza
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	zakup wysiewki tłucznia kolejowego wraz z transportem w ilości 11.280 ton pochodzenia z bieżących remontów – modernizacji torowisk kolejowych, przeprowadzonych na terenie gminy Rozprza w miejscowościach Janówka, Ignaców i Rozprza
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych
Wartość zamówienia:	192 549,60 zł (45 574,95 euro)
Środki UE:	zamówienie nie jest współfinansowane ze środków UE

Informacja o stwierdzonych naruszeniach:

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, że podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na *zakup wysiewki tłucznia kolejowego wraz z transportem w ilości 11.280 ton pochodzenia z bieżących remontów – modernizacji torowisk kolejowych, przeprowadzonych na terenie gminy Rozprza w miejscowościach Janówka, Ignaców i Rozprza*, będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą”.

W okolicznościach stwierdzonego stanu faktycznego ustalono, iż Zamawiający w dniu 18 czerwca 2015 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 90005 - 2015 ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy dla przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki wskazał, że korzysta z możliwości zakupu wysiewki tłucznia bazaltowego na dogodnych warunkach, tj.: materiał składowany jest na terenie gminy Rozprza (Rozprza, Janówka i Ignaców), co zdecydowanie wpływa na obniżenie kosztów dowozu materiału. Wysiewka tłucznia stanowi materiał z odzysku nadający się do ponownego wykorzystania, dodatkowo materiał został przebadany w Laboratorium Chemicznym Budownictwa Drogowego na obecność substancji szkodliwych dla środowiska (w orzeczeniu nie stwierdzono takich substancji). Firma P.P.H. DOCARD z siedzibą w Żninie – wykonawca zaproszony do negocjacji w trybie z wolnej ręki – wykonywała prace przy remoncie modernizacji torowisk kolejowych na terenie gminy Rozprza na rzecz PKP i jest dysponentem materiału z odzysku (rozliczenie za wykonane prace dla PKP). Zamawiający dodał, że wysiewka tłucznia będzie wykorzystana na naprawę dróg gruntowych wewnętrznych i dojazdowych do pól na terenie gminy Rozprza.

Zamawiający w dniu 18 czerwca 2015 r. wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki poprzez wystosowanie zaproszenia do negocjacji do przedsiębiorstwa P.P.H. DOCARD z siedzibą w Żninie.

Umowa na wykonanie przedmiotowego zamówienia została zawarta z ww. wykonawcą w dniu 3 lipca 2015 r. (nr GK.032.138.2015).

Zamawiający w dniu 10 lipca 2015 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 173382 - 2015 ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki.

W przesłanych wyjaśnieniach Zamawiający poinformował, że wysiewka tłucznia kolejowego nie jest produktem ogólnodostępnym na rynku. Zamawiający wyjaśnił, że produkt ten nie pochodzi od producenta, jest to materiał pełnowartościowy, ale pochodzący z odzysku. Zakupiona przez Gminę Rozprza wysiewka tłucznia kolejowego pochodzi z odzysku po remoncie/modernizacji torowisk kolejowych, przeprowadzanych przez Polskie Koleje Państwowe

w 2015 roku na terenie gminy Rozprza. Zamawiający podniósł, że roboty remontowe dróg kolejowych wykonywane w bieżącym roku na terenie gminy Rozprza, nie są powtarzającymi się okresowo czynnościami/robotami wykonywanymi co roku lecz są wykonywane raz na kilkadziesiąt lat. Po wykonaniu powyższych prac zaistniała możliwość zakupu materiału z odzysku (wysiewki tłucznia kolejowego bazaltowego) na korzystnych dla budżetu Gminy Rozprza warunkach.

Zamawiający podniósł, że Gmina Rozprza, w myśl art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.), dokonała niniejszego wydatku w sposób celowy i oszczędny, uzyskując najlepsze efekty z danych nakładów uwzględniając przesłankę opisaną art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Zamawiający przedstawił argumentację wskazującą, że warunki przedmiotowej dostawy były korzystne, tj.:

- a) zaproponowana cena przez firmę P.P.H. DOCARD za tonę wysiewki z tłucznia z odzysku o frakcji 0 - 63 mm wraz z transportem w miejsce ułożenia na terenie gminy Rozprza była bardzo korzystna. Na portalach internetowych znajdują się cenniki firm, które do sprzedaży oferują wysiewki kruszyw innego rodzaju (są to kruszywa nie pochodzące z odzysku, dlatego też nie jest to tożsamy asortyment) za kwotę średnio 44,11 zł brutto/tonę za sam materiał bez dowozu. Do powyższego należy doliczyć koszt transportu,
- b) po przeprowadzonych negocjacjach cena firmy P.P.H. DOCARD dla wysiewki tłucznia składowanej w Rozprzy i Ignacowie wynosi 21 zł brutto z transportem za tonę, natomiast dla wysiewki tłucznia składowanej w Janówce 18 zł brutto z transportem za tonę. Transport dotyczył przewozu z hałdy do miejsca wbudowania.

Zamawiający nadmienił, iż w dniu 18 czerwca 2015 r. opublikował w BZP pod numerem 90005-2015 ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w celu zachowania jawności, przejrzystości postępowania i możliwości ujawnienia się innych potencjalnych wykonawców, gdyby tacy istnieli. Do dnia 10 lipca 2015 r., tj. do dnia opublikowania w BZP pod nr 173382-2015 ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, nie skierowano do zamawiającego wniosków innych ofert, czy zapytań w zakresie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że przeprowadził rozeznanie rynku poprzez portale internetowe oraz telefonicznie, w celu ustalenia, czy tożsame zamówienie mogą świadczyć inni potencjalni wykonawcy. Zamawiający poinformował, że w czasie przeprowadzania rozeznania, nie znalazł na rynku wykonawcy, który miał w swojej ofercie wysiewkę tłucznia bazaltowego, pochodzącą z odzysku z torowisk kolejowych. Jedynie na portalu archiwalnym allegro był ślad po przeprowadzonej aukcji z dnia 10 lutego 2014 r. na sprzedaż kamienia bazaltowego z nasypu kolejowego z ceną 25 zł netto za tonę. Miejscem złożenia materiału był Poznań, tak więc należało uwzględnić jeszcze dodatkowe koszty za transport.

W udzielonych wyjaśnieniach Zamawiający poinformował, że przedmiotowe zamówienie nie było współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie wyżej wymienionego przepisu uzależnione jest zatem od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez Zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe.

Jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na Zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03)).

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes Urzędu) Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, w zakresie obejmującym zakup wysiewki tłuczni kolejowego wraz z transportem.

W ocenie Prezesa Urzędu dostawa kruszywa drogowego (wysiewki tłuczni kolejowego), nie stanowi pod względem technicznym dostaw tak specyficznych, iż mogą być świadczone wyłącznie przez wykonawcę zaproszonego do negocjacji. Warunkiem zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez jednego wykonawcę. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, Zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych. Fakt posiadania przez wybranego wykonawcę przedmiotu zamówienia, zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego, nie przesądza o tym, iż jedynie ten wykonawca był zdolny do wykonania zamówienia. Weryfikacja taka powinna nastąpić w jednym

z trybów ustawowych, zapewniających zachowanie zasady konkurencyjności, jawności postępowania oraz powszechności dostępu wykonawców do zamówienia. W szczególności w sytuacji, gdy na rynku działają liczne podmioty oferujące tego typu dostawy, na co wskazywał również Zamawiający (pismo z dnia 1 października 2015 r.; karty 3 i 4). Na marginesie należy zauważyć, iż powszechną praktyką wśród Zamawiających jest przeprowadzanie postępowań w trybie otwartym, zarówno na dostawę kruszywa drogowego jak i tłucznia kolejowego (np. ogłoszenie TED: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 2015/S 116-10503; ogłoszenie BZP: Gmina Brójce nr 77840 – 2015; Gmina Stopnica nr 239506 – 2015; Gmina Łęki Szlacheckie nr 152032 – 2015).

Nieuzasadnione jest zatem założenie przyjęte przez Zamawiającego, iż jedynie zaproszony wykonawca był w stanie spełnić stawiane przez Zamawiającego wymagania. Ustawa pozostawia Zamawiającemu szeroką swobodę w formułowaniu wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia. Wykorzystując rozwiązania ustawowe Zamawiający miał zatem możliwość takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który zapewniałby mu pozyskanie pożądanego produktu na najkorzystniejszych warunkach dzięki pełnej weryfikacji cen rynkowych w drodze przeprowadzonego postępowania w warunkach konkurencyjnych. Podstawy do rezygnacji z tej metody działania nie może stanowić subiektywne przekonanie Zamawiającego, iż oferta wykonawcy zaproszonego do negocjacji stanowi „*niepowtarzalną okazję rynkową*”, z uwagi na położenie miejsca składowania kruszywa i spowodowane tym faktem oszczędności. Takie okoliczności nie stanowią w żadnym przypadku przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Z technicznego punktu widzenia nie ma bowiem żadnych przyczyn, z powodu których inne podmioty nie mogłyby złożyć oferty spełniającej wymagania Zamawiającego. W tym miejscu należy przywołać wyrok z dnia 29 lipca 2010 r. (sygn. akt V SA/Wa 875/10), w którym Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wskazał, iż „*przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze nie należy utożsamiać ze względami gospodarczymi i organizacyjnymi, warunkującymi celowe, racjonalne i terminowe wykonanie zamówienia oraz wydatkowanie środków publicznych. Względy organizacyjne i gospodarcze, takie jak np. bliskość dostawcy do miejsca wykonania zamówienia, jak i racjonalność oferty w oczywisty sposób powinny być zweryfikowane w postępowaniu przeprowadzonym w jednym z trybów konkurencyjnych*”.

Także fakt przebadania tłucznia kolejowego przez Laboratorium Chemiczne Budownictwa Drogowego nie stanowi uzasadnienia dla wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, ponieważ nie ma przeszkód, aby także inni wykonawcy zwrócili się do odpowiedniego laboratorium i przedstawili Zamawiającemu stosowne wyniki badań. Powyższe dotyczy również dokonania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w BZP. Wskazać należy, że zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2014 r. (sygn. KIO/KD 56/14) „*nie stanowi o wypełnieniu przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki okoliczność, że żaden wykonawca nie zakwestionował wyboru trybu dokonanego przez Zamawiającego*”.

pomimo, iż ten dokonał publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ex ante. Fakt niezłożenia odwołania mógł być wynikiem choćby przeoczenia publikacji takiego ogłoszenia przez potencjalnego wykonawcę”.

Tym samym w ocenie Prezesa Urzędu, nie jest możliwa do zaakceptowania sytuacja, w której Zamawiający, mimo istnienia konkurencji na rynku, ogranicza krąg podmiotów, które mogłyby złożyć oferty wykonania zamówienia, a tym samym kreuje monopol wybranego wykonawcy na rynku. Działanie takie jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiącymi fundament systemu zamówień publicznych. Właściwie określając warunki udziału wykonawców w postępowaniu, opisując przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający swoim potrzebom, jak również formułując odpowiednie kryteria oceny ofert, Zamawiający jest w stanie wyłonić wykonawcę, który wykona zamówienie w sposób prawidłowy, jednocześnie oferując najkorzystniejsze warunki.

Reasumując, w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.