

Warszawa,

2015 r.

UZP/DKD/WKZ/421/51()/15/GK

KNZ/24/15

dot. KZ/162/14

**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: Jednostka Wojskowa 1155 Kraków – Balice
30-901 Kraków

Rodzaj zamówienia: dostawa

Przedmiot zamówienia: dostawa gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 1.302.604,60 zł. (324.063,24 euro)

Środki UE: zamówienie nie jest współfinansowane ze środków UE

Informacja o stwierdzonych naruszeniach:

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego – Jednostka Wojskowa 1155 Kraków Balice – wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na dostawę gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E, 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.

Zamawiający w dniu 23 października 2013 r. pod numerem 2013/S 206-356646 opublikował ogłoszenie o zamówieniu w trybie otwartym na kompleksową dostawę gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E, realizowaną w zakresie trzech zadań:

1. kompleksowa dostawa gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E do instalacji w Jednostce Wojskowej 1155 Kraków-Balice, 32-083 Balice, ul. Medweckiego 10,
2. kompleksowa dostawa gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E do instalacji w budynku Wojskowej Komendy Uzupelnień Nowy Targ, 34-400 Nowy Targ, os. Bór 10,
3. kompleksowa dostawa gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E do instalacji w budynku Wojskowej Komendy Uzupelnień Oświęcim, 32-600 Oświęcim, ul. Elizy Orzeszkowej 9.

Zamawiający wyjaśnił, że ofertę w ww. postępowaniu złożył w dniu 2 grudnia 2013 r. tylko jeden wykonawca, tj. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: PGNiG S.A.), którego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający wskazał, że w związku z powyższym oraz ze względu na konieczność zabezpieczenia dostaw gazu od dnia 1 stycznia 2014 r. przystąpiono do ustalenia, czy istnieją firmy w rejonie małopolski i śląska, które mają możliwość dostarczyć gaz ziemny wysokometanowy o symbolu E dla ww. lokalizacji.

Zamawiający poinformował, że z dostępnych źródeł ustalono, że istnieją trzy firmy, które realizują dostawę gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E:

- a) G.EN. Gaz Energia S.A. z siedzibą w Tarnowo Podgórne,
- b) EWE – Międzyrzecz z siedzibą w Międzyrzeczu,
- c) Egesa Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający wyjaśnił, że wysłano zapytania do wskazanych wyżej firm w zakresie: czy mają możliwości oraz czy są zainteresowane dostawą gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E. Zamawiający poinformował, że jedynie firma Egesa Grupa

Energetyczna S.A. odpowiedziała, że nie jest w stanie zaproponować wiążącej oferty na dostawę gazu.

Zamawiający w dniu 6 grudnia 2013 r. wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy na kompleksową dostawę gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E, poprzez wystosowanie zaproszenia do negocjacji do firmy PGNiG S.A.

Zamawiający zawarł trzy umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z firmą PGNiG S.A.:

W dniu 16 grudnia 2013 r. nr 200/O/UH2/245/13 w przedmiocie dostarczania paliwa gazowego dla odbiorcy końcowego, niebędącego konsumentem, pobierającego paliwo gazowe z sieci dystrybucyjnej w ilości pow. 10m³/h gazu ziemnego wysokometanowego albo pow. 25m³/h gazu ziemnego zaazotowanego / powyżej 110 kWh/h. Zgodnie z §1 ust. 1 umowy paliwo miało być dostarczane do instalacji znajdującej się w obiekcie odbiorcy na adres: Nowy Targ, os. Bór 3.

W dniu 16 grudnia 2013 r. nr 200/O/UH2/247/13 w przedmiocie dostarczania paliwa gazowego dla odbiorcy końcowego, niebędącego konsumentem, pobierającego paliwo gazowe z sieci dystrybucyjnej w ilości pow. 10m³/h gazu ziemnego wysokometanowego albo pow. 25m³/h gazu ziemnego zaazotowanego / powyżej 110 kWh/h. Zgodnie z §1 ust. 1 umowy paliwo miało być dostarczane do instalacji znajdującej się w obiekcie odbiorcy na adres: Kraków, ul. Medveckiego 10.

W dniu 31 grudnia 2013 r. nr GZ/6611307/0017041/2014 w przedmiocie dostarczania paliwa gazowego dla odbiorcy końcowego, niebędącego konsumentem, pobierającego paliwo gazowe z sieci dystrybucyjnej w ilości pow. 10m³/h gazu ziemnego wysokometanowego. Zgodnie z §1 ust. 1 umowy paliwo miało być dostarczane do instalacji znajdującej się w obiekcie odbiorcy na adres: Oświęcim, ul. Elizy Orzeszkowej 9.

Prezes Urzędu zważył co następuje:

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym Zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu

podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywołał Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy wynika, iż Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie 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 ww. przepisu jest zatem uzależnione 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.

W ocenie Prezesa Urzędu, w sprawie objętej niniejszą kontrolą, nie zachodziły przesłanki uzasadniające wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy w odniesieniu do zamówienia na dostawę gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E. Przedsiębiorstwo PGNiG S.A. jest bowiem jednym z wielu przedsiębiorstw energetycznych posiadających koncesję na obrót paliwami gazowymi. W samym województwie małopolskim w momencie udzielenia zamówienia było co najmniej kilka podmiotów posiadających koncesję na obrót paliwami gazowymi (bip.ure.gov.pl). Potwierdził to również sam Zamawiający, który wskazał, że *z dostępnych mu źródeł ustalił, iż istnieją trzy firmy, które realizują dostawę gazu ziemnego, tj.: G.EN. Gaz Energia S.A z siedzibą w Tarnowo Podgórne, EWE – Międzyrzecz z siedzibą w Międzyrzeczu, Egesa Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie* (karta 2 zawiadomienia z dnia 13 lutego 2014 r.). Nieuzasadnione jest zatem założenie przyjęte przez Zamawiającego, iż jedynie zaproszony Wykonawca był w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Należy też zauważyć, iż wskazywane przez Zamawiającego okoliczności takie jak: brak odpowiedzi ww. podmiotów na zapytanie Zamawiającego, czy też unieważnienie poprzedniego postępowania, nie dotyczą przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Nie mogą być zatem brane pod uwagę przy ocenie zasadności wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu.

Powyższe potwierdza opinia Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 17 kwietnia 2015 r. (znak: DRG-0732-7(2)/2015/ŁP), w której m.in. wskazano, iż *z uwagi na specyfikę działalności koncesjonowanej w zakresie dystrybucji paliw gazowych przedsiębiorstwo energetyczne, świadczące usługę dystrybucji paliw gazowych może być uznane za monopolistę naturalnego na obszarze, na którym znajdują się sieci dystrybucyjne*

stanowiące jego własność lub będące w jego eksploatacji. Odmienne przedstawia się natomiast sytuacja podmiotów zajmujących się obrotem paliwami gazowymi, które co do zasady działają na rynku konkurencyjnym. (...) W tym miejscu wskazać należy, że wszyscy odbiorcy przyłączeni do sieci dystrybucyjnej przedsiębiorstwa sieciowego, które jest wyznaczone operatorem systemu dystrybucyjnego, jak również przyłączeni do sieci przedsiębiorstwa sieciowego, które nie jest wyznaczone operatorem systemu dystrybucyjnego – w świetle art. 4j ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t. j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm.) mają prawo do korzystania z sieci dystrybucyjnej (zasada dostępu stron trzecich do sieci, TPA z ang. Third Party Access) i wyboru sprzedawcy, od którego będą kupowali paliwa gazowe. W praktyce, dla każdego odbiorcy oznacza to możliwość zakupu paliw gazowych od dowolnego sprzedawcy, a nie tylko od przedsiębiorstwa, do którego sieci energetycznej odbiorca jest przyłączony. (...) Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia należy wskazać, że przedsiębiorca Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie jest jednym z wielu przedsiębiorstw energetycznych posiadających koncesję na obrót paliwami gazowymi.

Należy wskazać, że w zakresie obejmującym przedmiot niniejszego zamówienia regułą jest prowadzenie postępowań w trybie otwartym (w województwie małopolskim w okresie od 1 listopada 2013 r. – do 28 lutego 2014 r. opublikowano w BZP 15 ogłoszeń o udzieleniu zamówienia w trybie otwartym).

Tym samym, brak jest okoliczności potwierdzających, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawa gazu ziemnego wysokometanowego o symbolu E, mogła być powierzona jedynie PGNiG S.A. Należy stwierdzić, iż ustawa nie zezwala na tworzenie przez zamawiających sytuacji, które mogłyby prowadzić do sztucznej monopolizacji rynku. Fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada wolnej konkurencji, która zapewnia otwarty dostęp do rynku na równych prawach wszystkim podmiotom gospodarczym, wyrażającym pragnienie realizacji zamówienia.

Reasumując, w ocenie Prezesa UZP w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy uprawniającej do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

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.