



Warszawa, dnia września 2021 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

UZP/DKZP/KND/170/21

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

| | |
|------------------------------|--|
| Zamawiający: | Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. Wardyn Górnny 35 78-320 Połczyn-Zdrój |
| Rodzaj zamówienia: | usługi |
| Przedmiot zamówienia: | „Transport odpadów na terenie gminy Mirosławiec” |
| Tryb postępowania: | zamówienie z wolnej ręki– art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp |
| Wartość zamówienia: | 602.000,00 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 141.006,72 euro netto |
| Data wszczęcia postępowania: | 12 sierpnia 2020 r. |
| Środki UE: | nie |

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu niniejszej kontroli doraźnej na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza naruszenie przepisów:

1. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp2004”, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych;
2. art. 95 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia po upływie 30 dni od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

1. Pismem z dnia 12 sierpnia 2020 r. Zamawiający Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. skierował do 2 Wykonawców: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx oraz xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx *Zapytanie ofertowe* stanowiące zaproszenie do składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot podwykonawstwo w realizacji świadczenia usług polegających na odbieraniu wskazanych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy i Miasta Mirosławiec i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Wardyniu Górnym.

W odpowiedzi na powyższe pismo, Wykonawca xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx poinformował Zamawiającego o rezygnacji ze złożenia oferty na zaproponowane podwykonawstwo z uwagi na zawarte wcześniej umowy dotyczące odpadów komunalnych oraz potrzebę zapewnienia pełnej obsługi kadrowej do ich realizacji – na wypadek zachorowań pracowników Spółki związanych z trwającą pandemią COVID-19.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2020 r. Wykonawca xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx również wskazał, że nie jest zainteresowany złożeniem oferty na obecnym etapie przetargu ogłoszonego przez Gminę Mirosławiec.

Zgodnie z pkt 9 protokołu postępowania, negocjacje z Wykonawcą xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx zostały przeprowadzone w dniu 25 sierpnia 2020 r. Protokół z prowadzonych negocjacji nie został załączony do protokołu postępowania ani przekazany do tutejszego Urzędu.

W dniu 1 września 2020 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego
udzielonego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp2004.

W ogłoszeniu o udzieleniu przedmiotowego zamówienia opublikowanym w Biuletynie
Zamówień Publicznych w dniu 22 maja 2021 r. pod numerem 510431726-N-2021 wskazano
w sekcji 9 pkt 9.2) następujące uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki
na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp2004 do udzielenia przedmiotowego zamówienia:

*Decyzję o wyborze trybu zawarcia umowy na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a z Wykonawcą
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Zamawiający podjął w oparciu o gruntowną analizę okoliczności
faktycznych.*

*Art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a brzmi „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi
co najmniej jedna z następujących okoliczności dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być
świadczane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”.*

*Wątpliwości Zamawiającego budził fakt, czy w tym przypadku przesłanka obiektywnych przyczyn
technicznych znajduje uzasadnienie i czy w toku czynności kontrolnych zostanie uznana
za wystarczającą. Dlatego w niniejszym uzasadnieniu Zamawiający dokonał szczegółowego ustalenia
stanu faktycznego, aby uzasadnić, że w zastanym stanie faktycznym, żaden inny podmiot nie mógłby
być podwykonawcą Zamawiającego i tryb konkurencyjny poza pozbawieniem szans na uzyskanie
zamówienia, na odbiór odpadów z terenu gminy Mirosławiec, a tym samym pozyskaniem środków
finansowych na funkcjonowanie spółki, co jest głównym celem każdej działalności gospodarczej
również tej prowadzonej przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy – Prawo zamówień
publicznych, byłby niewłaściwy, gdyż ze 100% pewnością nie doprowadziłby do wyłonienia
Wykonawcy w tym trybie.*

Przesłanka nr 1:

*Od wielu lat xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx świadczy usługi podwykonawstwa w zakresie odbioru
i transportu odpadów dla podmiotów, który wygra przetarg, na odbiór odpadów, z terenu gminy
Mirosławiec. Żaden inny podmiot w ciągu ostatnich kilku lat nie świadczył takich usług dla żadnego
z podmiotów, które wygrywały przetargi na terenie gminy Mirosławiec.*

Przesłanka nr 2:

*Tylko xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, poza firmami, które na rynku stanowią konkurencje
podwykonawcy, które z oczywistych przyczyn nie mają interesu użyczyć Zamawiającemu zasobów
w celu realizacji przedmiotowego postępowania, dysponuje pozwoleniami niezbędnymi do świadczenia
usługi transportu odpadów na terenie gminy Mirosławiec i czynnie prowadzi działalność na jej
terenie.*

Przesłanka nr 3:

Tylko xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx z uwagi na fakt, świadczenia takie usługi, w sytuacji podpisywania z nim umowy, który posiadał niezbędne zaplecze techniczne, jak również pozytywne opinie Gminy Mirosławiec, dawał rękojmię należytego wykonywania umowy. W tym wypadku Zamawiający kierując się interesem spółki, podjął decyzję, że podpisanie umowy z tym podmiotem minimalizuje ryzyko zapłaty potencjalnych kar umownych, za nienależyte wykonywanie umowy.

Powyższe stanowisko Zamawiającego jest zgodne z opinią xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx z dnia 20 sierpnia 2020 r. oraz opinią prawną xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx z dnia 6 kwietnia 2021 r. – które stanowią załączniki nr 2 i 3 do protokołu postępowania.

Pismem z dnia 3 września 2021 r., stanowiącym wyjaśnienia udzielone na wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający wskazał, co następuje:

Wyjaśniam, iż funkcjonujący w obecnym składzie od 22.06.2021 r. Zarząd Spółki stoi na stanowisku, zgodnie z którym brak było podstaw faktycznych i prawnych udzielenia ww. zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp (2004).

W aktach postępowania znajdują się odpowiedzi dwóch podmiotów (pismo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx z 12.08.2020 r. oraz pismo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx z 13.08.2020 r.) informujące, że nie są one zainteresowane podwykonawstwem w odbiorze odpadów z gminy Mirosławiec. Skierowanie zapytań do jedynie dwóch podmiotów nie uzasadnia wniosku, że usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (na marginesie – pomimo braku zainteresowania pierwszy z tych wykonawców został jednak wyłoniony w postępowaniu i zawarto z nim umowę).

Gdy sytuacja wyłączości spowodowana jest względami technicznych, powinny one być rygorystycznie określone i uzasadnione w każdym indywidualnym przypadku. Mogą one obejmować na przykład techniczną niemożliwość osiągnięcia przez innego wykonawcę wymaganej wydajności lub konieczność skorzystania ze specjalistycznej wiedzy, narzędzi lub środków, którymi dysponuje wyłącznie jeden wykonawca. Względy techniczne mogą być także spowodowane szczególnymi wymogami z zakresu interoperacyjności, które należy spełnić, by zapewnić funkcjonowanie zamawianych usług. Zamawiający musi więc wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, nie istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki 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 prawnej, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie podkreśla

się, że „skorzystanie z trybu wyboru wykonawcy z wolnej ręki, w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP jest uzależnione od szczególnego charakteru danego zamówienia – jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Natomiast, przedmiotowych przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez Zamawiającego wykonawca zrealizuje zamówienia najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom Zamawiającego, ani tym czy dany wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym, w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami czy zaniechaniami dokonanymi przez samego Zamawiającego” (tak między innymi uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2018 r., sygn. KIO/KD 18/18). Nadmienić należy także, iż przesłanka jednego wykonawcy, wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie oznacza wykonawcy, który jedyny w danym miejscu i czasie jest zainteresowany w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, ale wykonawcę, który – obiektywnie rzecz biorąc – jako jedyny jest w stanie tego rodzaju zamówienie wykonać. Nie można stosować trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w danym miejscu i czasie jest zasadne domniemanie, że istnieje jeden lub więcej wykonawców mogących świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia.

Jednocześnie, argumenty zawarte w piśmie z dnia 20.08.2020 r. (Uzasadnienie wyboru trybu „z wolnej ręki”¹) nie są poparte jakimkolwiek dowodami. Nie wiadomo w szczególności dlaczego żadna inna firma „z oczywistych przyczyn nie miała interesu użyć zasobów”. Kolejne argumenty w postaci powoływania się na niezbędne zaplecze techniczne, pozytywne opinie gminy Mirosławiec oraz rękojmię należytego wykonania umowy są ogólnymi sformułowaniami w żadnym razie nie opisującymi przesłanki „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”. Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, a nie własnego przekonania zamawiającego. Nie jest przesłanką pozwalającą na zastosowanie trybu z wolnej ręki uznanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, może wykonać zamówienie. Tym bardziej nie uzasadnia tej przesłanki teza pisma z 20.08.2020 r. w myśl której „ogłoszenie przetargu nieograniczonego w pierwszej kolejności a następnie unieważnienie go z powodu braku ofert i wybór wykonawcy w trybie z wolnej ręki byłoby działaniem na szkodę spółki”. Nie sposób tutaj odczytać (ani wywieść logiczny wniosek) na czym miałyby polegać rzekome działania na szkodę spółki. Akcentuje się fakt, iż „firmy konkurencji dowiedziałyby się o chęci złożenia przez Zamawiającego oferty w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Mirosławiec, co zniweczyłoby przewagę konkurencyjną Zamawiającego”.

¹ Kom.: opinia CONSULTING Robert Matysiak z dnia 20 sierpnia 2020 r. stanowiąca załącznik nr 2 do protokołu postępowania.

Argumentacja ta przeczy regułom doświadczenia, albowiem bezsporne jest, że MPMO Sp. z o.o. od lat upatrywana jest przez „konkurencję” jako spółka biorąca udział w przetargach na odbiór odpadów a „chęć złożenia przez nią oferty” nie jest niczym nadzwyczajnym.

Reasumując – dokumentacja postępowania roku 2020 pn. „Transport odpadów na terenie gminy Mirosławiec” nie dostarcza dowodów na zasadność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. (...)

Wobec powyższego należy wskazać, iż zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp2004, 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. Ponieważ podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ustawy Pzp2004).

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż zamawiający nieślusnie uznał, iż w niniejszej sprawie zachodzą okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp2004. Należy wskazać, iż przesłanka zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp2004 *ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01). Natomiast, *„względy techniczne” o obiektywnym charakterze, na które powołuje się Zamawiający, a o których mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy - Pzp muszą być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na uzyskanie od niego zamówienia. Subiektywne przekonanie Zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem ww. przesłanki. Konieczne jest bowiem wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot* (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/KD 16/09). Również w uchwale z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/KD 4/20, Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, iż *dla zastosowania tego przepisu konieczne jest obiektywne ustalenie, czy w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub więcej wykonawców*

mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona.

Zatem, należy uznać, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp2004 nie znajduje zastosowania w kontrolowanym przypadku. Należy podkreślić, iż żadna z przesłanek wymienionych w sekcja 9 pkt 9.2) ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 22 maja 2021 r. ani żaden z argumentów wskazanych w opinii xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx z dnia 20 sierpnia 2020 r. oraz opinii prawnej xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx z dnia 6 kwietnia 2021 r. nie uzasadnia udzielenia zamówienia pn. „Transport odpadów na terenie gminy Mirosławiec” w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp2004. Należy zauważyć, iż z dokumentacji postępowania wynika wprost, iż istnieje więcej niż jeden podmiot mogący zrealizować przedmiot kontrolowanego postępowania, o czym świadczy skierowanie w dniu 12 sierpnia 2020 r. „Zapytania ofertowego” do dwóch Wykonawców, tj. do xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx oraz xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Należy podkreślić, iż stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych co do braku wystąpienia przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki jest spójne ze stanowiskiem wyrażonym przez obecny Zarząd Spółki w piśmie z dnia 3 września 2021 r.

Podsumowując, należy stwierdzić naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ustawy Pzp2004 poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

2. Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp2004, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Należy wskazać, iż w dniu 1 września 2020 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Natomiast, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 maja 2021 r. pod numerem 510431726-N-2021.

Wobec powyższego należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 95 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia po upływie 30 dni od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż stosownie do treści art. 610 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.