

Sygn. akt: KIO/KD 49/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 września 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 10 sierpnia 2015 roku (pismo z dnia 6 sierpnia 2015) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego

Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego
ul. Francuska 78, 40-507 Katowice

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 lipca 2015 roku w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na **zakup paliw płynnych: benzyny bezołowiowej Pb-95 i oleju napędowego ON na stacji benzynowej zlokalizowanej w Katowicach przy ul. Francuskiej 78 dla pojazdów Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Katowicach.**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Emil Kawa

Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Katowicach - w dniu 23 lutego 2015 r. skierował do firmy Anwim S.A. z siedzibą w Warszawie zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki na zakup paliw płynnych: benzyny bezołowiowej Pb-95 i oleju napędowego ON na stacji benzynowej zlokalizowanej w Katowicach przy ul. Francuskiej 78 dla pojazdów Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Katowicach. Umowa na wykonanie przedmiotowego zamówienia została zawarta z ww. wykonawcą w dniu 3 marca 2015 r., zaś w dniu 18 marca 2015 r. pod numerem 59636 – 2015 opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Podstawą udzielenia zamówienia z wolnej ręki 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 Pzp. W uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki w oparciu o przywołaną przesłankę, Zamawiający wskazał, że zamierza dokonywać zakupów paliw płynnych (ON i Pb-95) do swoich pojazdów służbowych na stacji paliw wykonawcy, znajdującej się na terenie WORD Katowice. Zamawiający wskazał, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz ze względów organizacyjnych dojazd wszystkich posiadanych pojazdów do następnej stacji paliw – BP – oddalonej o łącznie 3 km i około 20 minut przejazdu w ruchu miejskim generuje nieuzasadnione koszty. Zamawiający dodał, że w celu uniknięcia kosztów z tym związanych, zdecydował się udzielić zamówienia z zastosowaniem trybu z wolnej ręki. Podniósł, że dokonał analizy na podstawie liczby tankowań z poszczególnych miesięcy. Przedstawił analizę czasu i kosztów dojazdów: lipiec 2014 r. – 128 tankowań, zaoszczędzony dystans 384 km i czas 42 godziny i 40 minut czasu pracy pracowników technicznych, 170 zł zużytego paliwa za dojazd (10:100 x ilość km x cena 4,50 zł); listopad 2014 r. – 121 tankowań, zaoszczędzony dystans 363 km i czas 40 godzin i 20 minut czasu pracy pracowników technicznych, 160 zł zużytego paliwa za dojazd (10:100 x ilość km x cena 4,50 zł); styczeń 2015 r. – 68 tankowań, zaoszczędzony dystans 204 km i czas 22 godziny i 40 minut czasu pracy pracowników technicznych, 90 zł zużytego paliwa za dojazd (10:100 x ilość km x cena 4,50 zł). Zamawiający wskazał, że wybór przedsiębiorstwa Anwim S.A. całkowicie zminimalizuje przewidywane koszty oraz zaoszczędzi czas pracownikom

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67

ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W ocenie Prezesa Urzędu dostawa paliw, wchodząca w zakres kontrolowanego zamówienia, nie stanowi pod względem technicznym dostaw tak specyficznych, iż mogą być świadczone wyłącznie przez Wykonawcę zaproszonego do negocjacji. W szczególności nie można stwierdzić, iż firma Anwim S.A. z siedzibą w Warszawie jest obiektywnie jedynym podmiotem, który tego typu dostawy oferuje. Wprost przeciwnie, na rynku działają liczne podmioty oferujące tego typu dostawy, na co wskazywał również Zamawiający (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy). Na marginesie należy zauważyć, iż nawet w bezpośredniej okolicy siedziby Zamawiającego oprócz stacji wykonawcy znajduje się Stacja Paliw LOTOS SF264 Katowice (wydruk ze strony internetowej www.lotos.pl w aktach sprawy). Nieuzasadnione jest zatem założenie przyjęte przez Zamawiającego, iż jedynie zaproszony Wykonawca jest w stanie spełnić stawiane przez Zamawiającego wymagania.

Przytaczane przez Zamawiającego argumenty, takie jak położenie wykonawcy w pobliżu siedziby Zamawiającego i spowodowane tym faktem oszczędności, nie odnoszą się do przyczyn technicznych. Z technicznego punktu widzenia nie ma zatem żadnych przyczyn, z powodu których inne podmioty nie mogłyby złożyć oferty spełniającej wymagania Zamawiającego. Przywołano także 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”*.

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. W konsekwencji, jeżeli istnieją na rynku inne podmioty mogące zrealizować zamówienie, należy przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym. 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.

W dniu 10 sierpnia 2015 roku (pismo z dnia 6 sierpnia) Zamawiający wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pismo, w którym wyjaśnił, że dokonując wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki dla przedmiotowego postępowania kierował się przede wszystkim względami gospodarności i ekonomiki. Stacja „Moja”, która od 1.03.2015 roku została wdzierżawiona na okres 15 lat firmie Anwim S.A. z Warszawy jest własnością WORD i znajduje się na tej samej działce co jego siedziba. Ceny paliw płynnych tj. benzyny bezołowiowej Pb-95 i oleju napędowego ON oferowane przez stację benzynową zlokalizowaną w Katowicach przy ul. Francuskiej 78 były zdecydowanie niższe od cen oferowanych przez inne pobliskie stacje benzynowe. Ponadto, lokalizacja stacji benzynowej na terenie WORD-u, wydatnie pomogła zaoszczędzić czas pracownikom Zamawiającego związany z tankowaniem pojazdów należących do Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Katowicach.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, nie podzielając argumentacji Zamawiającego, poinformował iż podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej o braku podstaw do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki i nie uwzględnia w całości zastrzeżeń wniesionych przez zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej, zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z argumentacją zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo w trybie licytacji elektronicznej tylko i wyłącznie w przypadkach ściśle określonych w ustawie. Udzielenie zamówienia w trybach wskazanych w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp stanowi bowiem wyjątek od reguły stosowania trybów przetargowych. W konsekwencji, przesłanki zastosowania trybów innych niż przetarg nieograniczony i ograniczony, należy interpretować ściśle, a zamawiający, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić (tak m.in.: orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13,

orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. III CN 16/01; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. II SA 2064/01). Przedstawione poglądy mają szczególnie istotne znaczenie w odniesieniu do trybu z wolnej ręki, w którym zamówienie jest udzielane z całkowitym wyłączeniem konkurencji.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, który był podstawą udzielenia zamówienia, będącego przedmiotem kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, 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. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie przywołanego przepisu uzależnione jest od kumulatywnego zaistnienia dwóch przesłanek: możliwości realizacji zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę oraz obiektywnych, technicznych przyczyn uniemożliwiających wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę. Zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp uwarunkowane jest szczególnym charakterem danego zamówienia, jego specyficznymi cechami technicznymi powodującymi, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie, czyli zależne jest od istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw, usług czy robót budowlanych (orzeczenie ETS z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej opubl.* Zbiory orzecznictwa TE 1995 r.). W konsekwencji, aby skorzystać z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp, Zamawiający musi wykazać, iż tylko i wyłącznie wybrany przez niego wykonawca jest w stanie wykonać dane zamówienie. Ustalenie, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, powoduje, że możliwość zastosowania przedmiotowego trybu w oparciu o przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp jest wyłączona.

W analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie ulega żadnej wątpliwości, że na rynku istnieje duża liczba podmiotów, mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie polegające na dostawie paliw płynnych. Już samo ustalenie tej okoliczności powoduje, że powołanie się przez Zamawiającego na przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp jest bezpodstawne. Nie można uznać także, że wskazywane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 6 sierpnia 2015 roku okoliczności takie jak: „chęć minimalizacji kosztów oraz efektywniejszego wykorzystania czasu pracy przez pracowników Zamawiającego” stanowią uzasadnienie do udzielenia zamówienia z „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”. Są to okoliczności natury organizacyjnej i gospodarczej, które powinny podlegać weryfikacji w jednym z trybów konkurencyjnych, przewidzianych w ustawie Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....