



Warszawa, dnia 27.08 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/WKZ/421/40 (3) 14/LB

KNZ/25/14

dot. SK/301/11/DKD

Szanowny Pan  
**inż. Edward Sobański**  
Prezes Zarządu  
Tarnowskiej Gospodarki Komunalnej  
TP - KOM Sp. z o.o.  
ul. Zachodnia 4  
62 - 080 Tarnowo Podgórne

*Szanowny Panie Prezede,*

działając z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), przeprowadził kontrolę doraźną – kontrolę w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

**„budowę kanalizacji sanitarnej GRP Dn 300 w ul. Jankowickiej w Lusówku”.**

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy w załączeniu przesyłam informację o wyniku ww. kontroli.

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

*Z*  
*pawianicz*  
*z up. Prezesa UZP*  
Dyrektor  
Departamentu Kontroli Doraźnej  
*D. Wiciński*  
Daniel Wiciński



Warszawa, dnia 27.08 2014 r.

**URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**  
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/WKZ/421/40 (3) 14/LB  
KNZ/25/14  
dot. SK/301/11/DKD

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

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

**Zamawiający:** Tarnowska Gospodarka Komunalna TP – KOM Sp. z o.o.  
ul. Zachodnia 4  
62 – 080 Tarnowo Podgórne

**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane

**Przedmiot zamówienia:** budowa kanalizacji sanitarnej GRP Dn 300 w ul. Jankowickiej w Lusówku

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

**Wartość zamówienia:** 1.655.345,75 zł. (431.191,91 euro)

**Środki UE:** nie

## 2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na budowę kanalizacji sanitarnej GRP Dn 300 w ul. Jankowickiej w Lusówku, będącej przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”.

Zamawiający wyjaśnił, iż na zlecenie Gminy Tarnowo Podgórne wykonawca Zakład Robót Inżynieryjno Drogowych TAR – DROG s.c. z dniem 01.02.2011 r. przystąpiła do realizacji zadania pn.: „Budowa ciągu pieszo – jezdnego w pasie drogi powiatowej Lusówko – Jankowice wraz z kanalizacją deszczową”. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z podpisaną umową pomiędzy Gminą a Zakładem Robót Inżynieryjno Drogowych TAR – DROG s.c., Wykonawca budowy ciągu pieszo – jezdnego w pasie drogi powiatowej Lusówko – Jankowice wraz z kanalizacją deszczową udzielił 36 miesięcznej gwarancji na wykonane roboty. W dalszych wyjaśnieniach Zamawiający wskazał, iż w związku z zadaniem ciążącym na Gminie (budowa ciągu pieszo – jezdnego wraz z kanalizacją deszczową) oraz zadaniem ciążącym na Zamawiającym (wykonaniem budowy kanalizacji sanitarnej) powstały dwie dokumentacje projektowe sporządzone: na zlecenie Gminy oraz oddzielnie na zlecenie Zamawiającego. Zamawiający dodał, iż pozwolenie na budowę kanalizacji sanitarnej uzyskał w dniu 25.11.2010 r. (Decyzja nr 6587/10). Ponadto wyjaśnił, iż w wyniku analizy obu ww. dokumentacji projektowych stwierdzono konieczność pilnego wykonania sieci kanalizacji sanitarnej przed wykonaniem zadania ciążącego na Gminie polegającego na budowie ciągu pieszo – jezdnego w pasie drogi powiatowej Lusówko – Jankowice wraz z kanalizacją deszczową. Dodatkowo, podjęto decyzję o konieczności zlecenia wykonania budowy kanalizacji sanitarnej firmie - Zakład Robót Inżynieryjno Drogowych TAR - DROG s.c., czyli Wykonawcy wyłonionemu do realizacji robót zleconych przez Gminę, w związku z zaistnieniem następujących okoliczności: przekazaniem placu budowy Wykonawcy w dniu 23.11.2010 r., wystąpieniem kolizji wykonania robót związanych z budową ciągu pieszo – jezdnego (notatka z dnia 26.01.2011 r. w sprawie występującej kolizji budowy ścieżki pieszo – rowerowej Lusówko – Jankowice), kolizji kanalizacji deszczowej oraz kanalizacji sanitarnej praktycznie uniemożliwiającej wykonanie tych robót przez dwóch niezależnych wykonawców (ze względu na okoliczność prowadzenia robót w jednym wykopie na znacznych głębokościach – ok. 6,0 m, zabezpieczeniem stateczności drogi powiatowej przy głębokich wykopach prowadzonych w skarpie przy drodze powiatowej, prowadzeniem robót na jednym terenie budowy przekazanym Wykonawcy robót ciągu pieszo – jezdnego wraz z kanalizacją deszczową zleconą przez Gminę). Według

Zamawiającego, wykonanie zadania związanego z budową kanalizacji sanitarnej (na głębokości większej niż sieć kanalizacji deszczowej) po wykonaniu ciągu pieszo - jezdnego i kanalizacji deszczowej wiązałoby się z dodatkowymi kosztami odtworzenia sieci kanalizacji deszczowej i wykonanym ciągiem pieszo - jezdnym. Zamawiający dodał, iż w przypadku konieczności przeprowadzenia robót związanych z budową kanalizacji sanitarnej przed upływem 36 miesięcy, zaistniałaby konieczność rozebrania ścieżki pieszo - rowerowej, co spowodowałoby utratę gwarancji na wykonane robót w zakresie ciągu pieszo - jezdnego i kanalizacji deszczowej wykonanych w ul. Jankowickiej. W ocenie Zamawiającego, przedstawione argumenty uzasadniały wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Ponadto, Zamawiający wskazał, iż nie zaszyły przesłanki do zastosowania art. 67 ust. 2 ustawy, dotyczące przesłania zawiadomienia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 07.02.2011 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy Zakład Robót Inżynieryjno Drogowych TAR – DROG s.c. z siedzibą w Tarnowie Podgórnym. Umowa w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki została zawarta w dniu 08.03.2011 r., w przedmiocie wykonania kanalizacji sanitarnej GRP Dn 300 w ul. Jankowickiej w Lusówku, w zakresie prac: kanalizacja sanitarna z rur GRP DN 300 mm o długości L=618,0 m; studnie rewizyjne 1200 mm w ilości 16 szt.; kanalizacja ciśnieniowa 225 mm o długości L=84,0 m, z terminem realizacji zamówienia do dnia 31.07.2011 r.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10.03.2011 r. pod pozycją 40446.

#### Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak również europejskiego. Zgodnie z orzecznictwem zarówno Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego, przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter zamknięty (wyrok SN z dnia 06.07.2001 r., sygn. akt III RN 16/01, wyrok NSA z dnia 11.09.2000 r. sygn. akt II S.A. 2074/00, wyrok NSA z dnia 01.10.2001 r., sygn. akt II SA 2802/00). Również w świetle orzecznictwa ETS, przesłanki zastosowania tego trybu muszą podlegać wykładni ścisłej, zaś ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne (w przedmiotowym stanie

faktycznym – na Zamawiającym) (tak m. in. wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja przeciw Republice Federalnej Niemiec C-126/03).

W myśl art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę.

Stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu jest 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. Na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, iż zaszły okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Dla zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) nie jest zatem wystarczające, że dany wykonawca w przekonaniu Zamawiającego jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej lub najtaniej. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względów technicznych jest zdolny do realizacji zamówienia. Przepis ten nie może więc znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, 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 przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11.09.2000 r. sygn. akt II SA 2074/00, Wokanda 2001/1/39, przekonanie Zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Pogląd powyższy podzielił również Sąd Najwyższy, stwierdzając w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 lipca 2001 r. III RN 16/01 (OSNCP 2001/22/657), że skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne wtedy, gdy okoliczność, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca ma charakter obiektywny, a nie opiera się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego tylko znanego mu już wcześniej wykonawcy.

Uznaje się, iż przykładem wystąpienia przyczyn technicznych uzasadniających zastosowanie trybu z wolnej ręki może być sytuacja, w której dany wykonawca dysponuje konkretną technologią nie znajdującą się w posiadaniu innych podmiotów lub też

koniecznością zachowania tych samych norm, standardów, czy parametrów technicznych, jeżeli ich niepowtarzalność i charakter nie pozwalają na jakiegokolwiek odstępstwa (możliwość powołania się na te przepisy będzie wyłączona, jeżeli jednak istnieją zbliżone parametry czy też normy jakości).

Z analizy dokumentów oraz wyjaśnień zgromadzonych w toku niniejszego postępowania kontrolnego wynika, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia obejmującego budowę kanalizacji sanitarnej GRP Dn 300 w ul. Jankowickiej w Lusówku, nie zachodziła sytuacja, w której przedmiotowe zamówienie mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. W przypadku przedmiotowego zamówienia, nie mogło być mowy o istnieniu faktycznego monopolu wskazanego podmiotu, jak tego wymaga art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. W związku z powyższym wyłonienie wykonawcy zamówienia powinno zostać poprzedzone stosowną weryfikacją rynku w dziedzinie robót budowlanych. Nie ulega wątpliwości, iż rynek w zakresie robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, tym samym nie można stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie tylko jeden podmiot był w stanie wykonać zamówienie. Zwłaszcza, że Zamawiający nie wskazał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w nadesłanych wyjaśnieniach żadnych szczególnych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie tego konkretnego zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot niż wybrany Wykonawca. Przeciwnie, jak wynika z nadesłanych przez Zamawiającego kosztorysów wynika, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z robotami stanowiącymi standardowe i powszechnie stosowane rozwiązania wykorzystywane do tego typu inwestycji.

Jako uzasadnienie dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, nie można też uznać argumentów Zamawiającego, iż z przyczyn technicznych udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy jest w pełni uzasadnione, ze względu na fakt, iż zakres robót w części kanalizacji deszczowej i sanitarnej pokrywa się, co w konsekwencji przyspieszy wykonanie robót, a także zabezpieczy Gminę przed utratą gwarancji na wykonane roboty w zakresie ciągu pieszo – jezdnego i kanalizacji deszczowej w ul. Jankowickiej. W ocenie Urzędu, należy bowiem wyraźnie odróżnić przyczyny techniczne od przyczyn organizacyjnych i gospodarczych. Zamawiający w przedstawionym stanie faktycznym powołał się na przyczyny organizacyjne związane z realizacją zamówienia przez Gminę Tarnowo Podgórne, które to same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Zamawiający poprzez swoje zaniechanie nie może kreować monopolu powołując się na „przyczyny organizacyjne”, które uzasadniają w jego ocenie zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Jak zostało to wyżej wskazane „przyczyny techniczne” muszą mieć charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru

przedmiotu zamówienia, nie zaś z przyczyn związanych z brakiem koordynacji inwestycji realizowanych przez Zamawiającego i Gminę Tarnowo Podgórne. Należy także odróżnić potrzebę wykonania zamówienia od kwestii możliwości wykonania zamówienia z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wyłącznie przez jednego wykonawcę, jak wymaga tego przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Należy też zauważyć, iż właścicielem Zamawiającego (100%) jest Gmina Tarnowo Podgórne. Nie było zatem przeszkód aby Zamawiający i Gmina podjęły działania by inwestycja będąca przedmiotem zamówienia z wolnej ręki została ujęta w ramach postępowania przeprowadzonego w trybie konkurencyjnym.

Ponadto, przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki określona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, nie odnosi się do terminu wykonania zamówienia. Tym samym, uzasadnienie Zamawiającego dotyczące wyboru wykonawcy - Zakładu Robót Inżynieryjno Drogowych TAR – DROG s.c. w Tarnowie Podgórnyim ze względu na konieczność realizacji zadania w krótkim czasie, z uwagi na realizację inwestycji przez Gminę Tarnowo Podgórne nie stanowi przesłanki do zastosowania ww. trybu. Również argument finansowy przywołany przez Zamawiającego związany z ewentualnymi dodatkowymi kosztami odtworzenia sieci kanalizacji deszczowej i ciągu pieszo – jezdnego wskazuje tylko, iż w zaistniałej sytuacji faktycznej ze względów ekonomicznych uzasadnionym byłoby wykonanie zadania przez wybranego uprzednio przez Gminę wykonawcę, nie wykazują natomiast obiektywnej możliwości realizacji zadania jedynie przez tego Wykonawcę. Jak zostało wskazane wcześniej uzasadnieniem zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy jest brak innego wykonawcy, który mógłby zrealizować zamówienie. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie.

Stwierdzić należy, iż możliwość utraty gwarancji na wykonaną kanalizację deszczową i odtworzoną nawierzchnię drogi pieszo - rowerowej w przypadku powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy innemu niż Wykonawca zamówienia zleconego przez Gminę, nie wypełnia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, gdyż „konieczność powierzenia realizacji zamówienia konkretnemu wykonawcy nie może być konsekwencją postanowień uprzednio zawartych umów z wykonawcą, w tym związanych z warunkami gwarancji jakości” (...) „Także kwestia kosztów związanych z utratą gwarancji nie stanowi przyczyny o charakterze technicznym” (por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2011 r., sygn. akt KIO/KD 81/11). Podkreślić należy, iż ekonomiczny, czy też organizacyjny aspekt przedsięwzięcia powinien zostać zweryfikowany w oparciu o procedury określone w ustawie Prawo zamówień publicznych, oparte na zasadzie konkurencyjności, które są najlepszym sposobem oceny rynku.

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wykazały spełnienia wszystkich przywoływanych przez siebie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 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.

Z up. Prezesa VZP

Dyrektor  
Departamentu Kontroli Doraźnej

*D. Wiciński*  
Daniel Wiciński