

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 23 listopada 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z 2 listopada 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego - Gmina Rozprza, Aleja 900-lecia 3; 97-340 Rozprza, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej zawartej w piśmie z 23 października 2015 r., (znak: UZP/DKD/WKZ/421/49(4)/15/GK) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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”*,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

| | |
|-----------------|-----------------|
| Przewodniczący: | Emil Kuriata |
| Członkowie: | Izabela Kuciak |
| | Andrzej Niwicki |

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rozprza, Aleja 900-lecia 3; 97-340 Rozprza, w dniu 18 czerwca 2015 roku, opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 90005 - 2015 ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy dla postępowania pn. *„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”*.

Jednocześnie 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.

Zamawiający wskazał, że podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie 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.).

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.

W przesłanych do kontrolującego 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 Pzp.

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 Janowce 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.

Kontrolujący - Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, 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 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 Pzp, w zakresie obejmującym zakup wysiewki tłuczni kolejowego wraz z transportem.

W ocenie Prezesa UZP 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 Pzp, 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.

Zdaniem kontrolującego, nieuzasadnione jest założenie przyjęte przez zamawiającego, iż jedynie zaproszony wykonawca był w stanie spełnić stawiane przez zamawiającego wymagania. Ustawa - Prawo zamówień publicznych pozostawia zamawiającemu szeroką swobodę w formułowaniu wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia. Wykorzystując rozwiązania ustawowe zamawiający miał 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 kontrolujący powołał się na 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 tłuczni 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 UZP, 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.

Zdaniem Prezesa UZP, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Ze stanowiskiem kontrolującego nie zgodził się zamawiający i pismem z dnia 2 listopada 2015 roku wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 października 2015 roku.

Zamawiający stwierdził, że organy Gminy (jako jednostki samorządu terytorialnego) kontrolowane są według czterech podstawowych kryteriów: legalności, gospodarności, rzetelności i celowości. Tak więc wszelkie działania tych organów, a przede wszystkim organu wykonawczego jakim jest Wójt Gminy muszą być podejmowane i potem oceniane w aspekcie legalności, jak również działania tzw. „dobrego gospodarza”, na które to pojęcie składa się właśnie gospodarność, rzetelność i celowość decyzji.

W ocenie zamawiającego nie da się działań dopasowywać do procedur, a trzeba wybierać odpowiednie procedury do zamierzonych działań. Tylko w takim przypadku można osiągnąć efekt gospodarności, rzetelności i celowości. Należy zatem cały proces myślowy poprowadzić od pierwotnej informacji (założenia) jaka dała początek udzielenia zamówienia z wolnej ręki na zakup wysiewki tłuczni kolejowego.

Gmina Rozprza corocznie dokuje zakupu w trybie przetargu nieograniczonego mieszanki kruszyw łamanych dolomitowych do modernizacji i bieżących remontów dróg na terenie gminy Rozprza.

Natomiast w bieżącym roku na terenie Gminy remontowane były torowiska kolejowe, a tym samym pojawiła się wyjątkowa możliwość korzystnego zakupu kruszywa z odzysku (roboty remontowe dróg kolejowych wykonywane w bieżącym roku na terenie gminy Rozprza nie są powtarzającymi się okresowo czynnościami, robotami wykonywanymi co roku, a są wykonywane raz na kilkadziesiąt lat). Argumentami przemawiającymi za zakupem wysiewki tłuczni kolejowego oraz potwierdzającymi wystąpienie przesłanki technicznej były:

- kruszywo pochodzi z remontu,

- kruszywo jest na naszym terenie,
- kruszywo w ocenie naszego pracownika od lat zajmującego się remontami dróg jest bardzo dobrej jakości.

Zamawiający po przystąpieniu do badania ceny i dostępności materiału oraz ilości przedstawicieli dysponujących takim kruszywem ocenił, że zachodzi przesłanka udzielenia zamówienia na zakup wysiewki tłucznia kolejowego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, iż cyt.: *„Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenie zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na Zamawiających, który wszczyna takie postępowanie”*. W ocenie Prezesa UZP *„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”*.

Powyższy zarzut Prezesa UZP, zdaniem zamawiającego, nie znajduje potwierdzenia w przedmiotowej sytuacji. Ponadto zamawiający nadmienił, iż nie uzyskał informacji, na jakiej podstawie Prezes UZP w piśmie wskazał, że istniała konkurencja na rynku. Zamawiający badał rynek i stwierdził, iż na czas wszczęcia postępowania konkurencja nie występowała. Zamawiający przeprowadził dodatkowo rozeznanie telefonicznie w celu ustalenia, czy od wykonawców, którzy w swojej ofercie posiadają nowe kruszywo drogowe (tłuczeń kolejowy), posiadają również wysiewkę tłucznia kolejowego pochodząca z odzysku. Żaden z wykonawców nie posiadał wysiewki tłucznia kolejowego z odzysku. Przedmiot zamówienia stanowiło kruszywo specyficzne (wysiewka tłucznia kolejowego pochodzenia z bieżących remontów-modernizacji torowisk kolejowych, przeprowadzonych na terenie gminy Rozprza w miejscowościach Janówka, Ignaców i Rozprza).

Zamawiający wskazał, iż stosuje powszechną praktykę przeprowadzając co roku postępowanie w trybie otwartym tj. przetargu nieograniczonym na dostawę nowego kruszywa drogowego (ogłoszenie BZP: Gmina Rozprza nr 26377 - 2015).

W zaistniałej sytuacji organizowanie postępowania konkurencyjnego, np. przetargu nieograniczonego, byłoby jedynie fikcją mającą na celu imitację konkurencji. Zamawiający w takiej sytuacji opisałby przedmiot zamówienia, jako zakup wysiewki kruszywa kolejowego pochodzącego z odzysku po remontach torowisk kolejowych. Przy tak specyficznym przedmiocie zamówienia zamawiający zostałby narażony na zarzut opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, iż fakt przebadania wysiewki tłucznia kolejowego przez Laboratorium Chemiczne Budownictwa Drogowego „nie stanowiło uzasadnienia dla

wszczęcia postępowania” natomiast wynikało z dbałości o środowisko i troski, by zakupiona wysiewka z odzysku z terenów kolejowych była pozbawiona substancji szkodliwych dla środowiska i mogła być rozłożona na drogach gruntowych.

Przeprowadzenie procedury w trybie konkurencyjnym w ocenie zamawiającego mogłoby zaprzepaścić tak bezsprzecznie atrakcyjny zakup, bo dostawca mógłby sprzedać towar komu innemu. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający zastosował dopuszczalny ustawą tryb zamówienia z wolnej ręki dopełniając wszystkich wymaganych procedur w tym trybie poczynawszy od ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy po ogłoszenie o udzieleniu zamówienia. Tak więc prowadzenie procedury w innym trybie byłoby improwizacją w efekcie, której nie udało się zrealizować „gospodarskiego” zakupu.

Kontrolujący, w całości, nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez zamawiającego.

Argumenty zamawiającego dotyczące *jakości dostarczanego produktu, składowania kruszywa na terenie Zamawiającego, czy też jego pochodzenia (z remontu)* nie odnoszą się do przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, tj. przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Okoliczności wskazane przez zamawiającego, mające charakter ekonomiczno-organizacyjny, są irrelewantne dla oceny, czy określony produkt może być oferowany wyłącznie przez jednego dostawcę i decydować o odstąpieniu od konkurencyjnych procedur wyłonienia wykonawcy niniejszego przedmiotu zamówienia. Podobnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 12 marca 2013 r. (sygn. akt: KIO/KD 21/13): *wszystkie te argumenty organizacyjno - ekonomiczne, choć jak najbardziej racjonalne i wynikające z gospodarności zamawiającego, to jednak nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z uwagi na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.*

Prezes UZP podniósł, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie wskazuje się, że istnienie tylko jednego dostawcy zdolnego do wykonania zamówienia musi być oczywiste, wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów (np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 października 2004 r. sygn. akt II SA 1921/03). Z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Zamawiający przed wszczęciem postępowania w trybie z wolnej ręki nie był przeświadczony, że jedynie wykonawca zaproszony do negocjacji w trybie z wolnej ręki, tj. firma P.P.H. Docard z siedzibą w Żninie mógł wykonać niniejsze zamówienie. Konsekwencją powyższego było przeprowadzenie przez zamawiającego telefonicznego rozeznania rynku. Należy jednak stwierdzić, że z faktu braku pozytywnej reakcji na telefoniczne rozeznanie rynku, nie można wnioskować o obiektywnym braku konkurencji na rynku. Powyższe mogło zostać stwierdzone tylko podczas prowadzenia procedury udzielenia zamówienia zapewniającej konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazał, że prowadząc postępowanie konkurencyjne i opisując przedmiot zamówienia, jako dostawę kruszywa kolejowego pochodzącego z odzysku, mógłby narazić się na zarzut opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję. Zasady opisu przedmiotu zamówienia określone w przepisach ustawy dotyczą wszystkich trybów udzielenia zamówień publicznych. Tym samym, zamawiający poprzez opis przedmiotu zamówienia nie może determinować zastosowania trybu z wolnej ręki. Zastosowanie trybu z wolnej ręki nie może zatem wynikać z decyzji zamawiającego, lecz bezpośrednio z przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Prezes UZP wskazał, że ustawa pozostawia zamawiającemu szeroką swobodę w formułowaniu wymagań odnośnie opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem zamawiający uważa, że kruszywo pochodzące z odzysku posiada właściwości nie gorsze od nowego kruszywa drogowego ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia w postępowaniu konkurencyjnym w taki sposób, aby dopuścić możliwość składania ofert przez dostawców oferujących kruszywa nowe oraz z odzysku, formułując jednocześnie odpowiednie wymagania jakościowe tego produktu. Tak przeprowadzone postępowanie pozwoliłoby na uzyskanie oferty 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 jedynie wybór oferty wykonawcy zaproszonego do negocjacji będzie gospodarny. Taka okoliczność, jak już wskazywano powyżej, nie stanowi w żadnym przypadku przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której inny podmiot, dysponujący kruszywem odpowiadającym wymaganiom zamawiającego złożyłby ofertę korzystniejszą. Prezes Urzędu przeprowadzając kontrolę odnosił się jedynie do zgodności zamówienia publicznego z przepisami ustawy, w tym konkretnym przypadku wypełnienia opisywanych powyżej przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a), nie dokonywał zaś kontroli przedmiotowego postępowania pod kątem gospodarności, celowości i rzetelności wykonania budżetu.

W konsekwencji, w okolicznościach faktycznych sprawy, zdaniem kontrolującego, 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 Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w całości podziela ustalenia i wnioski wypływające z kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznając je za własne.

Nadto Izba wskazuje, iż argumentacja zamawiającego odnosi się w swojej istocie do ekonomicznych aspektów zamówienia, które nie znajdują swojego uzasadnienia w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem zamawiającego, można osiągnąć efekt gospodarności, rzetelności i celowości tylko w przypadku zastosowania odpowiedniej procedury do zamierzonych działań, dlatego też w omawianym przypadku zasadne było zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego – w trybie z wolnej ręki.

Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Przepisy art. 67 ustawy Pzp, stanowią bowiem wyjątek od zasady określonej przepisem art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącym, iż podstawowymi trybami udzielania zamówień są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Nadto przepis art. 10 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Powoływany przez zamawiającego przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, na podstawie którego zostało udzielone przedmiotowe zamówienie stanowi, że 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. Istotną okolicznością, przy ocenie możliwości zastosowania przedmiotowego przepisu, jest ustalenie obiektywnych przyczyn technicznych, co do wyłączności jednego podmiotu do świadczenia przedmiotu określonego rodzaju.

Zamawiający przyjął, że w związku z remontem torowisk na terenie Gminy (zamawiającego), pojawiła się wyjątkowa możliwość korzystnego zakupu kruszywa z odzysku, a przeprowadzenie procedury w trybie konkurencyjnym w ocenie zamawiającego mogłoby zaprzepaścić tak bezsprzecznie atrakcyjny zakup, bo sprzedający sprzedałby towar komu innemu.

Powyższe twierdzenia zamawiającego jasno wskazują na fakt, iż zamawiający przyjął kryterium subiektywne, a nie obiektywne. W ocenie Izby zamawiający nie udowodnił, że cyt. „prowadzenie procedury w innym trybie byłoby improwizacją w efekcie, której nie udało się zrealizować „gospodarskiego” zakupu”. Stanowisko zamawiającego, który wskazuje, że przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym, byłoby jedynie „improwizacją”, nie zasługuje na aprobatę. Zamawiający nie przeprowadzając bowiem konkurencyjnej procedury udzielenia zamówienia publicznego nie jest w stanie stwierdzić, czy cena jaką uzyskał jest faktycznie korzystna i doprowadziła do „gospodarskiego” zakupu. Wskazać bowiem należy, iż przedsiębiorcy konkurując ze sobą, mając na względzie swój interes gospodarczy i ekonomiczny, w niejednym przypadku potrafią w taki sposób skalkulować cenę ofertową, która w znaczący sposób potrafi sprostać oczekiwaniom zamawiającego, dając mu (zamawiającemu) wymierne korzyści.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający decydując się na udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, nie udowodnił, że dostawa wysiewki tłucznia kolejowego mogła być dokonana tylko przez jednego wykonawcę, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, mógł wykonać, jako jedyny, ten konkretny przedmiot zamówienia.

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

Przewodniczący

Członkowie

.....