

Sygn. akt: KIO/KD 52/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 2 października 2015 r.

po rozpatrzeniu w Warszawie - Zastrzeżeń od Wyniku kontroli doraźnej następczej,

wniesionych **do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** pismem z dnia 9 września 2015r. w sprawie oznaczonej UZP/DKD/WKZ/421/38(4)/15/GKKNZ/18/15 **przez zamawiającego:** Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Dąbrowa Tarnowska ul. Szarwarska 1; 33-200 Dąbrowa Tarnowska,

w związku z przeprowadzoną kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: ***dostawa do szkółki leśnej w Wierzchosławicach 800 sztuk palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek oraz 12 sztuk stelaży***

przekazanych Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 17 września 2015 roku przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w związku z nie uwzględnieniem wniesionych zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący:	Renata Tubisz
Członkowie:	Katarzyna Brzeska Barbara Bettman

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia wniesionych zastrzeżeń, co do stwierdzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszeń: Art.67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. polegających na nie wykazaniu spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki w związku udzieleniem zamówienia z wolnej ręki na ***dostawę do szkółki leśnej w Wierzchosławicach 800 sztuk palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek oraz 12 sztuk stelaży***

Uzasadnienie

Do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pismem z dnia 9 września 2015 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zwanego dalej „Prezesem Urzędu”.

Prezes Urzędu pismem z dnia 17 września 2015 roku w trybie art.167 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. 2013 r. poz.907 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” przekazał zgłoszone zastrzeżenia zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej celem ich zaopiniowania.

Prezes Urzędu stwierdzając naruszenie przez zamawiającego dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przedstawił jakie łącznie przesłanki zamawiający musi spełnić aby zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki:

1. zamówienie jest udzielane dotychczasowemu wykonawcy dostaw w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego;
2. wartość zamówień uzupełniających nie przekracza łącznie 20% wartości zamówienia podstawowego;
3. zamówienie polega na rozszerzeniu dostawy;
4. zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze;
5. zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego;
6. zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego;
7. zamówienie uzupełniające jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

W ocenie Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie nie wykazano, iż zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze. (...)Wskazane przez Zamawiającego okoliczności dotyczące krótkiego terminu realizacji dostawy oraz dysponowania przez wybranego wykonawcę uzgodnieniami technicznymi, umożliwiającymi natychmiastowe uruchomienie produkcji, nie odnoszą się do wyżej wymienionych przesłanek. Nie mają bowiem związku z parametrami technicznymi zamówionych palet i stelaży i ich ewentualną niekompatybilnością

techniczną z paletami zakupionymi w ramach zamówienia podstawowego, które powodowałyby nieproporcjonalnie duże trudności w użytkowaniu i dozorze.

Nieuzasadnione jest zatem założenie, iż inne podmioty nie byłyby w stanie dostarczyć produktów kompatybilnych technicznie i zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Szczególnie w sytuacji gdy urządzenia tego typu są oferowane przez wiele podmiotów na rynku, co zostało potwierdzone w toku prowadzenia zamówienia podstawowego, w którym złożono 8 ofert niepodlegających odrzuceniu”(…).”Należy również zauważyć, że przedmiotem zamówienia podstawowego była dostawa palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek w ilości 5200 sztuk. Tym samym zamówienie to nie dotyczyło dostawy stelaży, objętych zamówieniem z wolnej ręki. Potwierdził to również Zamawiający w przesłanych wyjaśnieniach wskazując, iż dostawa stelaży była przedmiotem odrębnej umowy zawartej w 2014 r. z przedsiębiorstwem Metalkop Sp. z o.o. Nie sposób więc uznać, że część zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki obejmującego dostawę stelaży wypełniało przesłankę zgodności przedmiotu zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Reasumując w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Prezes Urzędu jednocześnie poinformował Zamawiającego, że 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.

Zamawiający skorzystał z przysługującego jemu prawa wniesienia zastrzeżeń od wyniku kontroli i podniósł następującą argumentację kategorięcznie nie zgadzając się z wynikami prowadzonej kontroli, której zarzucił:

1. Błędy w ustaleniu stanu faktycznego, a w konsekwencji jego błędną ocenę poprzez przyjęcie, że nie zaistniały przesłanki udzielenia zamówienia uzupełniającego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. Ponadto niezgodne ze stanem faktycznym jest przyjęcie, że przedmiot zamówienia uzupełniającego jest "typowym produktem o ustalonych standardach jakościowych".
2. Naruszenie art. 163 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie powołania biegłego na okoliczność czy zmiana wykonawcy spowodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalne duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze.

3. Naruszenie art. 163 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustalenie stanu faktycznego nie na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego, a w szczególności nie uwzględnienie przekazanych do kontroli dokumentów, nie powołanie biegłego.
4. Z ostrożności procesowej zaprzeczamy wszystkim okolicznościom wprost przez nas nie przyznanych.

W uzasadnieniu podniesiono następującą argumentację formalną i prawną

Zamawiający wskazuje, że przekazując do kontroli dokumentację przedmiotowego postępowania udzielił wyjaśnień w ograniczonym zakresie. Powyższe było podyktowane wprowadzeniem w błąd z uwagi na okoliczność, że zakres żądanych wyjaśnień został źle sformułowany (mocno zawężony), a tym samym przez nas źle zrozumiany. W konsekwencji uniemożliwiło to nam złożenie pełnych wyjaśnień i przedstawienia argumentów potwierdzających prawidłowość zastosowanego trybu. Ponadto z treści przekazanego żądania nie wynikało jednoznacznie jak bardzo szczegółowe mają być udzielane wyjaśnienia oraz, że muszą być poparte konkretnymi dowodami. Tym samym przy ustaleniu stanu faktycznego nie uwzględniono zarówno całokształtu zebranego materiału oraz kompletnych wyjaśnień. Ponadto dokonując oceny stanu faktycznego nie uwzględniono wszystkich okoliczności sprawy, a w szczególności mylnie ustalono, że przedmiot zamówienia uzupełniającego obejmuje dostawę "typowych produktów o ustalonych standardach jakościowych palety, stelaże". Nie wskazano przy tym czym kierowano się formułując takie stwierdzenie, które jest nieprawdziwe a w konsekwencji dla Zamawiającego krzywdzące. Brak powołania biegłego w tym zakresie budzi uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości i rzetelności ustalenia stanu faktycznego. Zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi, Prezes UZP ma możliwość powołania biegłego czego nie uczynił, który w sposób jednoznaczny przesądziłby że przedmiot zamówienia uzupełniającego nie jest typowy oraz nie ma ustalonych standardów jakościowych. Podkreślamy, że przedmiot zamówienia uzupełniającego nie jest typowy, nie ma ustalonych standardów jakościowych jest realizowany zawsze pod indywidualne zamówienie pod określoną linię siewu, z którą musi być kompatybilny. Razem tworzą bowiem jedną spójną całość. Zwracamy przy tym uwagę, że dobór palet oraz stelaży jest uzależniony od zakupionej przez Zamawiającego konkretnej linii siewu, a co się z tym wiąże nie jest typowy dla wszystkich tego typu urządzeń. Tak więc wybór określonej linii siewu determinuje dalsze zakupy w tym materiałów eksploatacyjnych do których należy zaliczyć np. doniczki, palety, stelaże itp. Jeżeli producent doniczek produkuje doniczki o określonych parametrach technicznych i rozmiarach to palety oraz stelaże muszą być przygotowane pod te konkretnie doniczki, muszą być ze sobą kompatybilne. Z reguły jest tak, że producent linii siewów z uwagi na przyjęte przez siebie rozwiązania techniczne i

technologiczne z reguły chronione dodatkowo prawami autorskimi dostarcza również wszystkie materiały eksploatacyjne. Zakup tych materiałów bezpośrednio od producenta linii sewu gwarantuje pełną kompatybilność całości urządzenia. Zmiana wykonawcy w takim przypadku spowoduje przede wszystkim brak kompatybilności linii sewu z poszczególnymi jej elementami, a w konsekwencji całość nie spełni celu do jakiego jest przeznaczony. Ponadto spowoduje również duże trudności w użytkowaniu oraz dozorze. Tym samym zmiana wykonawcy spowoduje również konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych z uwagi na przyjęte rozwiązania techniczne. Dla zobrazowania sytuacji podajemy, że przedmiotem zamówienia podstawowego była między innymi budowa szkółki kontenerowej wraz z kompletną linią sewu i co się z tym wiąże materiałami eksploatacyjnymi.

Organizując postępowanie przetargowe dla zamówienia podstawowego Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie minimalnych parametrów technicznych oraz wymaganych funkcjonalności, aby nie ograniczyć uczciwej konkurencji. Dlatego też przy tak opisanym przedmiocie zamówienia możliwym było złożenie większej ilości ofert przetargowych. Wykonawcy oferowali swoje linie sewu wraz z całym osprzętem, który miał jednak spełniać określone wymagania narzucone przez Zamawiającego. Wybór jednej z linii sewu wiązał się z koniecznością kupowania materiałów eksploatacyjnych (stelaży oraz palet) o określonych parametrach technicznych od tego wykonawcy (dostawcy). Podkreślenia wymaga, że dla każdej z linii sewów oferowanej przez wykonawców w postępowaniu przetargowym dla zamówienia podstawowego dedykowane są materiały eksploatacyjne oraz osprzęt o innych parametrach technicznych.

Reasumując zakup stelaży oraz palet u innego wykonawcy wiązał się z koniecznością nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną a dodatkowo nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu lub dozorze. W świetle powyższego zachodzi przesłanka udzielania zamówienia uzupełniającego. (Pozostałe przesłanki nie były kwestionowane przez Prezesa UZP).

W naszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z produktem o ustalonych standardach jakościowych, powszechnie dostępnym. Zarówno stelaże jak i palety nie są produktem standardowym, typowym jak np. europalety, które pasują do każdego wózka widłowego. Robione są pod indywidualne zamówienie pod konkretną linię sewu. O niestandardowym charakterze zamówienia świadczyć mogą przekazane Prezesowi UZP notatki służbowe dotyczące ustalanie parametrów technicznych aby całość była kompatybilna z posiadaną linią sewu.

> dowód notatki służbowe przekazane Prezesowi UZP do kontroli (do sprawdzenia). Odnosząc się z kolei do złożonych w toku kontroli wyjaśnień, działając w mylnym przeświadczeniu o zakresie oczekiwanych przez Prezesa UZP wyjaśnień skupiono się dodatkowo na innych czynnikach, które również miały wpływ na wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego przyjmując, że przesłanka dotycząca niestandardowego przedmiotu zamówienia nie budzi żadnych wątpliwości. Do dodatkowych czynników, które miały wpływ na wybór (oprócz przesłanek ustawowych) miał czynnik czasu, który ze względu na specyfikę prowadzonej działalności gospodarczej przez lasy odgrywa olbrzymią rolę. Podkreślenia wymaga, że jeżeli pewne czynności np. siew nie zostanie wykonany w ściśle określonym terminie uzależnionym od pór roku to w ogóle nie będzie możliwe ich wykonanie. Takie działanie będzie bowiem nieracjonalne i sprzeczne z zasadami prawidłowej gospodarki. W tym też zakresie podtrzymujemy wcześniej złożone wyjaśnienia.

Ustosunkowując się z kolei do zarzutu zakupu stelaży, które nie były objęte przedmiotem zamówienia podstawowego Zamawiający podtrzymuje w tym zakresie dotychczasowe wyjaśnienia. Dodatkowo podaje, że z uwagi na udzielenie zamówienia temu samemu wykonawcy omyłkowo umieszczono je w realizowanym zamówieniu. Wskazujemy przy tym, że zamówienie takie z uwagi na jego wartość, tj 19.080,00 zł netto, jest wyłączone spod stosowania ustawy na zasadzie art. 4 pkt. 8 ustawy Pzp, a tym samym jest zwykłym zamówieniem regulaminowym. W związku z powyższym (z uwagi na ustawowe wyłączenie) nie może być traktowane jako zamówienie publiczne podlegające reżimom ustawy PZP. W przypadku zwolnienia spod stosowania ustawy nie mają zastosowania przepisy pzp zwłaszcza dotyczące procedury udzielania zamówień oraz kontroli. Mając powyższe na względzie wnosimy i wywodzimy jak dotychczas.

Powyżej przedstawioną przez zamawiającego argumentację w zastrzeżeniach od wyniku kontroli ponownie rozpoznał Prezes Urzędu, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Argumentację w tym zakresie przedstawił w piśmie z dnia 17 września 2015 roku skierowanym do zamawiającego.

Prezes Urzędu w szczególności podkreślił, że (...) ciężar dowodu wykazania prawidłowości zastosowania trybu z wolnej ręki spoczywa na Zamawiającym. Prezes Urzędu w celu ustalenia stanu faktycznego sprawy zwracał się do Zamawiającego o przekazanie wyjaśnień wskazujących na prawidłowość zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zamawiający miał zatem możliwość przedstawienia swojego stanowiska w przedmiotowej sprawie, z którego skorzystał przesyłając dokumenty i wyjaśnienia. Niezrozumiałe jest więc podnoszenie przez Zamawiającego argumentu skromnej ilości materiałów na jakich opierał się Prezes

Urzędu w toku kontroli, w szczególności w sytuacji gdy to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania prawidłowości zastosowania trybu z wolnej ręki.

Odnosząc się do kwestii konieczności skorzystania z opinii biegłego należy wskazać, że w przedmiotowej sprawie nie było takiej potrzeby bowiem ustalenie stanu faktycznego nie wymagało wiadomości specjalnych. Świadczą o tym między innymi przedstawione przez Zamawiającego rysunki techniczne wykonania palet (przekazane pismem z dnia 9 lipca 2015 r., w aktach sprawy), które nie potwierdzają skomplikowanego charakteru tych zamówień, a co się z tym wiąże konieczności zakupu palet o innych parametrach technicznych, skutkującymi nieproporcjonalnymi trudnościami w użytkowaniu i dozorze.

(...) Nie można zatem uznać, iż przeprowadzenie procedury konkurencyjnej doprowadziłoby do konieczności zakupu urządzeń o innych parametrach technicznych, co skutkowałoby nieproporcjonalnymi trudnościami w użytkowaniu i dozorze.

Odpowiadając na argument Zamawiającego, że zakup palet u producenta linii sewru gwarantuje pełną kompatybilność całości urządzenia należy zauważyć, iż wykonawca zgodnie z treścią § 1 i 3 umowy podstawowej z dnia 11 października 2013 r. zobowiązał się do dostawy palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek oraz udzielił gwarancji na przedmiot zamówienia. Zatem przedmiotem zamówienia podstawowego była dostawa palet nie zaś stworzenie instalacji charakteryzującej się złożoną architekturą techniczną dla której, do uzyskania kompatybilności, konieczny byłby zakup specjalistycznych urządzeń u tego samego wykonawcy. Nie można zatem uznać, iż przeprowadzenie procedury konkurencyjnej doprowadziłoby do konieczności zakupu asortymentu o innych parametrach technicznych, co skutkowałoby nieproporcjonalnymi trudnościami w użytkowaniu i dozorze. (...) Tym samym, sam fakt, że palety muszą być wykonane na zamówienie nie przesądza o tym, że wybór innego wykonawcy spowodowałby nabycie produktu o innych parametrach technicznych. Na marginesie należy wskazać, że Zamawiający nie przedstawił w toku postępowania wyjaśniającego ani kontroli, jakie szczególne rozwiązania techniczne czy też patenty chronią instalację sewru. Dlatego też argumentacja dotycząca tych kwestii nie może zostać przyjęta przez Prezesa Urzędu.

Odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego kwestii dostawy stelaży należy zauważyć, że część zamówienia obejmująca ww. przedmiot nie spełniała przesłanek uznania ich za zamówienie uzupełniające, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy. Po pierwsze zakup stelaży nie dotyczył przedmiotu zamówienia objętego umową podstawową (umowa z dnia 11 października 2013 r.). Po drugie zakup stelaży był realizowany na podstawie odrębnej umowy aniżeli umowa podstawowa. Tym samym było to nowe zamówienie publiczne, które powinno być realizowane odrębnie od zamówienia objętego niniejszą kontrolą.

Prezes Urzędu pragnie wskazać, że szybkość dostawy nie może być uznana za przyczynę uzasadniającą wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy bowiem nie odnosi się do zawartych w tym przepisie przesłanek wyboru trybu.

W konsekwencji, w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Informuję ponadto, że zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy przekazuję ww. zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.”

Izba ustaliła

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie przekazanej przez Prezesa Urzędu dokumentacji postępowania uzyskanej od zamawiającego, celem zaopiniowania zgłoszonych zastrzeżeń, ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie.

W 2013 roku zamawiający przeprowadził postępowanie celem udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem była dostawa do szkółki leśnej w Wierzchosławicach 800 sztuk palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek oraz 12 sztuk stelaży.

Niniejsze postępowanie, które Prezes Urzędu objął kontrolą doraźną, Zamawiający zorganizował i przeprowadził w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako zamówienie uzupełniające udzielane w okresie trzech lat od zawarcia zamówienia podstawowego.

W dniu 13 sierpnia 2013 r. Zamawiający opublikował podstawowe zamówienie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2013/S 156-272008. W ogłoszeniu o zamówieniu przewidziano przetarg nieograniczony na dostawę palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek produkowanych w systemie na szkółce leśnej w Wierzchosławicach. W ogłoszeniu tym przewidziano również w jego Części III.1.4. Inne szczególne warunki ppkt II możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień zgodnie z art. 67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. o treści ”Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień zgodnie z art.67 ust.1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20 % wartości zamówienia podstawowego polegających na powtórzeniu tego samego

rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające .”

W dniu 11 października 2013 roku Zamawiający zawarł umowę dla zamówienia podstawowego z wykonawcą Metalkop Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze.

W dniu 23 stycznia 2015 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w myśl art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. jako jej przedmiot ustalono Dostawę do szkółki leśnej w Wierzchosławicach 800 sztuk palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek oraz 12 sztuk stelaży, jako zamówienie uzupełniające. O powyższej okoliczności świadczy ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy Data zamieszczenia ogłoszenia 23.01.2015 roku Numer ogłoszenia 17242-2015 Biuletyn Zamówień Publicznych. Jako uzasadnienie wyboru trybu Zamawiający przedstawił: Zamówienie podstawowe na dostawę palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek produkowanych w systemie kontenerowym na szkółce leśnej w Wierzchosławicach, zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego. W ogłoszeniu została zawarta informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. Na podstawie art.67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający zamierza zlecić Wykonawcy zamówienia podstawowego wykonanie dostawy polegającej na rozszerzeniu dostawy podstawowej.

W dniu 30 stycznia 2015 roku Zamawiający w Biuletynie Zamówień Publicznych zamieścił ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zgodne z przedmiotem w ogłoszeniu powyżej cytowanym w z dnia 23 stycznia 2015 roku to jest o Dostawie do szkółki leśnej w Wierzchosławicach 800 sztuk palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek oraz 12 sztuk stelaży. W uzasadnieniu wyboru trybu jak powyżej podano: Zamówienie podstawowe na dostawę palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek produkowanych w systemie kontenerowym na szkółce leśnej w Wierzchosławicach, zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego. W ogłoszeniu o zamówieniu zawarta została informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. Na podstawie art.67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający zlecił Wykonawcy zamówienia podstawowego wykonanie dostawy polegającej na rozszerzeniu dostawy podstawowej.

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2015 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 22210 - 2015 ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zamawiający podając uzasadnienie wyboru trybu wskazał, że „Zamówienie podstawowe na dostawę palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek produkowanych w systemie kontenerowym na szkółce leśnej w Wierzchosławicach, zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego. W ogłoszeniu o zamówieniu zawarta została informacja o

przewidywanych zamówieniach uzupełniających. Na podstawie art.67 ust.1pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający zlecił Wykonawcy zamówienia podstawowego wykonanie dostawy polegającej na rozszerzeniu dostawy podstawowej.”

W dniu 30 stycznia 2015 r. Zamawiający zawarł umowę na wykonanie przedmiotowego zamówienia uzupełniającego z firmą Metalkop Sp. z o.o. (nr 271.2.2.2015).

Zamawiający w przesłanych wyjaśnieniach do Prezesa Urzędu podniósł, że na terenie Nadleśnictwa Dąbrowa Tarnowska w 2013 roku wybudowano Leśną Szkółkę Kontenerową w Wierchosławicach. Zamawiający wyjaśnił, że wyposażona została wtedy m.in. w 5200 sztuk palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek. W 2014 roku nastąpił wstępny rozruch szkółki i rozpoczęto produkcję. Na początku 2015 roku po przeanalizowaniu planów zalesieniowych stwierdzono, że do zapewnienia niezbędnego poziomu produkcji sadzonek potrzeba jeszcze około 800 sztuk palet. Zamawiający wskazał, że dostawa brakujących palet była konieczna przed terminem siewu, który wykonuje się wczesną wiosną, dlatego też zdecydowano o udzieleniu zamówienia uzupełniającego ze względu na bardzo krótki termin oraz fakt, że Wykonawca zamówienia podstawowego dysponował wszelkimi uzgodnieniami technicznymi oraz szablonami umożliwiającymi natychmiastowe uruchomienie produkcji. Zamawiający ponadto poinformował, że w 2014 roku udzielił przedsiębiorstwu Metalkop Sp. z o.o. zamówienia o wartości poniżej 14 000 euro na wykonanie 24 sztuk stelaży do transportu palet stalowych. Wartość zamówienia wyniosła 38 160,00 zł netto.

Izba w toku badania zasadności wniesionych zastrzeżeń od wyniku kontroli oprócz argumentacji przedstawionej w pismach Prezesa Urzędu i Zamawiającego uwzględniła w całości przekazaną dokumentację kontroli a w szczególności:

1. Wyjaśnienie zamawiającego z dnia 09.07.2015 roku na wezwanie Prezesa Urzędu, przy którym przekazano dokumentację przetargową zarówno na zamówienie podstawowe – ogłoszenie z dnia 08.08.2013 roku jak i dokumentację przetargową na zamówienie uzupełniające – ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy z dnia 23.01.2015 roku. W piśmie przewodnim zamawiający jako argument uruchomienia zamówienia uzupełniającego podał bardzo krótki termin oraz fakt, że Wykonawca zamówienia podstawowego dysponował wszelkimi uzgodnieniami technicznymi oraz szablonami umożliwiającymi natychmiastowe uruchomienie produkcji.
2. W §1 Umowy z dnia 30.01.2015 roku ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 800 sztuk palet stalowych o określonych tam wymiarach identycznych co do wymiarów, kształtu i wykończenia z paletami dostarczonymi na podstawie

- umowy z dnia 11.10.2013 roku oraz uzgodnieniami zawartymi w notatkach służbowych z dnia 16.10.2013 roku oraz 17.10.2013 roku. Palety należy wykonać ze stalowych kształtowników i zabezpieczyć antykorozyjnie poprzez ocynkowanie.
3. Notatka służbowa z dnia 16.10.2013 roku spisana na okoliczność ustalenia wymiarów palety stalowej pod kasety na szkółce kontenerowej w Wierzchosławicach. Z notatki wynika, że po sprawdzeniu wymiaru zastosowanych kaset zmodyfikowano wymiar zewnętrzny palety to jest jak w niniejszej notatce oraz zmieniono w opisany tam sposób ustawienie nóżek palety. Załączono rysunek techniczny sporządzony przez Zespół Usług Projektowych „PRO-LAS” s.c. 31-159 Kraków Al. Słowackiego 17A.
 4. Notatka służbowa z dnia 17.10.2013r. spisana na okoliczność dodatkowych uzgodnień w stosunku do dotychczasowych uzgodnień w dniu 16.10.2013r. i tak zmieniono parametry płaskownika; dodatkowe uzgodnienia co do wzmocnień całości konstrukcji.
 5. Umowa z dnia 11.10.2013 roku § 1 przedmiotem umowy jest dostawa palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek produkowanych w systemie kontenerowym na szkółce leśnej w Wierzchosławicach w ilości 5.200. Palety należy wykonać ze stalowych kształtowników i zabezpieczyć antykorozyjnie przez ocynkowanie. Szczegółowe dane techniczne określone są na rysunku technicznym, który stanowi załącznik nr 6 do SIWZ. Możliwe jest dokonanie ewentualnej korekty wymiarów palety celem dostosowania jej do wymiarów kaset stosowanych przez zamawiającego.
 6. Wyjaśnienia SIWZ z dnia 26.08.2013 roku i z dnia 10.09.2013 roku z których wynika "Poszczególne stalowe elementy składające się na paletę mogą być połączone w inny sposób niż przedstawiono to na rysunku, byleby zachowane zostały wymiary i funkcjonalność produktu finalnego" oraz „Zamawiający nie stawia szczegółowych wymagań (...) Najważniejszy dla Zamawiającego jest efekt finalny wykonanego zamówienia tj. funkcjonalność, estetyka wykonania, trwałość, powtarzalność wymiarów palet”.
 7. SIWZ Część III.1. § 1 przedmiotem umowy jest dostawa palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek produkowanych w systemie kontenerowym na szkółce leśnej w Wierzchosławicach w ilości 5.200. Palety należy wykonać ze stalowych kształtowników i zabezpieczyć antykorozyjnie poprzez ocynkowanie. Szczegółowe dane techniczne określone są na rysunku technicznym, który stanowi załącznik nr 6 do SIWZ. Możliwe jest dokonanie ewentualnej korekty wymiarów palety celem dostosowania jej do wymiarów kaset stosowanych przez zamawiającego. Przed przystąpieniem do produkcji palet Wykonawca dostarczy

Zamawiającemu prototyp w celu sprawdzenia wymiarów, uzgodnienia szczegółów konstrukcyjnych itp. i zał. nr 6 – jedna karta; wykonawca rysunku Zespół Usług Projektowych „PRO-LAS” s.c. 31-159 Kraków Al. Słowackiego 17A.

Izba zważyła

Wniesione zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu nie zasługują na uwzględnienie.

Izba dokonując badania i ustaleń co do stanu faktycznego i prawnego sprawy, nie stwierdza spełnienia wszystkich wymaganych przesłanek z art.67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp uprawniających Zamawiającego do udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki.

Bowiem nie spełniony jest wymóg co do konieczności nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, powodujących niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze przedmiotu zamówienia w związku z koniecznością zmiany wykonawcy.

Do powyższego wniosku Izba doszła w z związku z dokonaniem w SIWZ jak i zał. nr 6 do SIWZ oraz opisem w §1 umowy z 11.10.2013 roku, jak i notatkami służbowymi z dnia 16 i 17.10.2015 roku a przedtem wyjaśnieniami do SIWZ z dnia 26.08. i 10.09. 2013r., opisem technicznym przedmiotu zamówienia, którym są stalowe palety do sadzenia i transportu sadzonek w pojemnikach kontenerowych.

W ocenie Izby z uwagi na treść i sposób opisu przedmiotu zamówienia, nie może mieć miejsca w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie art.67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Bowiem po pierwsze przedmiotem zamówienia są palety stalowe o prostej konstrukcji technicznej opisanej w Zał. nr 6 do SIWZ a ponadto jak wynika z notatek służbowych z dnia 16 i 17 października 2013 roku dane techniczne ich wykonania ulegają zmianom każdorazowo dostosowywanym co jest zresztą przewidziane w umowie z dnia 11.10.2013 roku do pojemników kontenerowych, w których są wysadzone są sadzonki.

Tak więc co do przedmiotu zamówienia (palety stalowe) już w samej umowie dotyczącej zamówienia podstawowego przewiduje się konieczność korekty wymiarów tych palet w zależności od wymiarów kaset stosowanych u zamawiającego („Możliwe jest dokonanie

ewentualnej korekty wymiarów palety celem dostosowania jej do wymiarów kaset stosowanych przez zamawiającego”).

Co zresztą też nastąpiło po zawarciu umowy z dnia 11.10.2013 roku na zamówienie podstawowe, w notatkach służbowych z dnia 16 i 17 października 2013 roku.

Skoro zamawiający tak ustalił opis przedmiotu zamówienia podstawowego to powinien mieć świadomość o bezprzedmiotowości zamieszczenia w Ogłoszeniu o zamówieniu postanowień o zamówieniach uzupełniających w trybie art.67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jak już wyżej zaznaczono zastosowanie powyższego przepisu to jest art.67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. może mieć miejsce w ściśle określonych okolicznościach to jest gdy przedmiot zamówienia jest tego rodzaju, że nie uzyska się drugiego takiego samego przedmiotu zamówienia to jest o parametrach technicznych, które gwarantują kompatybilność techniczną z już posiadanym przedmiotem zamówienia lub nie powodują nieproporcjonalnie dużych trudności technicznych w użytkowaniu i dozorze.

Takim przedmiotem nie są palety stalowe przewidziane w niniejszym postępowaniu, które już w zamówieniu podstawowym mogą być korygowane w zakresie ich ostatecznych wymiarów i konstrukcji celem dostosowania do pojemników w których wysadzone są sadzonki.

Tak więc w ocenie Izby przedmiotowe palety stalowe do wysadzania i transportu sadzonek w kontenerach a opisanych w SIWZ Zamawiającego nie mogą być co do zasady przedmiotem zamówień uzupełniających w rozumieniu art.67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji prawnej zastrzeżeń to Izba nie podziela jej co do braku pełnego, wyczerpującego i rzeczywistego ze stanem rzeczy ustalenia stanu faktycznego sprawy przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Niezależnie jak by Zamawiający uzasadniał czy wyjaśniał powody zamówienia uzupełniającego (krótki czas czy inaczej) to w ocenie Izby ze względu na przedmiot zamówienia jak i jego opis nie ma podstaw do zastosowania zamówień uzupełniających z wolnej ręki w trybie przewidzianym przez Zamawiającego to jest na podstawie art.67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Tym samym w ocenie Izby nie zachodziła wbrew stanowisku Zamawiającego konieczność uzyskania opinii biegłego na okoliczności powołane w zastrzeżeniach z uwagi jednoznaczność sprawy co do braku podstaw zastosowania ar.67 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie z art.167 ust.3 i 4 ustawy wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....