

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 23 września 2014 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

Tarnowska Gospodarka Komunalna TP-KOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. Zachodnia 4

62-080 Tarnowo Podgórne

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

budowę kanalizacji sanitarnej GRP Dn 300 w ul. Jankowickiej w Lutówku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący : Ewa Sikorska

Członkowie : Małgorzata Rakowska

Magdalena Rams

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń z dnia 1 września 2014 roku, wniesionych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 5 września 2014 roku, od wyników kontroli z dnia 27 sierpnia września 2014 roku, w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną.

Uzasadnienie

Prezes UZP przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku Nr 113, poz. 907 ze zmianami; dalej: ustawa Pzp), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej GRP Dn 300 w ul. Jankowickiej w Lutówku

Z informacji o wyniku kontroli wynika, iż – zgodnie z informacjami przekazanymi przez zamawiającego – podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na budowę kanalizacji sanitarnej GRP Dn 300 w ul. Janowickiej w Lutówku, będącej przedmiotem kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że na zlecenie Gminy Tarnowo Podgórne wykonawca Zakład Robót Inżynieryjno Drogowych TAR – DROG s.c. z dniem 1 lutego 2011 roku przystąpiła do realizacji zadania pn. „Budowa ciągu pieszo-jezdnego w pasie drogi powiatowej Lusówko – Jankowice wraz z kanalizacją deszczową”. Zamawiający wskazał, że 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, że w związku z zadaniem ciężącym na Gminie (budowa ciągu pieszo-jezdnego wraz z kanalizacją deszczową) oraz zadaniem ciężącym na zamawiającym (wykonaniem budowy kanalizacji sanitarnej) powstały dwie dokumentacje projektowe sporządzone: na zlecenie Gminy oraz oddzielnie na zlecenie zamawiającego. Zamawiający dodał, że pozwolenie na budowę kanalizacji sanitarnej uzyskał w dniu 25 listopada 2010 roku (Decyzja Nr 6587/10). Ponadto wyjaśnił, że w wyniku analizy obu ww. dokumentacji projektowych stwierdzono konieczność pilnego wykonania sieci kanalizacji sanitarnej przed wykonaniem zadania ciężącego 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 w dniu 23.11.2010 r., wystąpieniem kolizji wykonania robót związanych z budową ciągu pieszo-jezdnego, 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. 6,0m), 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 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 robót w zakresie ciągu pieszo-jezdnego i kanalizacji deszczowej, wykonanych w ulicy Jankowickiej. W ocenie zamawiającego przedstawione argumenty uzasadniały wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. 1 ustawy Pzp.

Prezes UZP stwierdził, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia obejmującego budowę kanalizacji sanitarnej GRP Dn 300 w ul. Jankowickiej w Lutówku, nie zachodziła sytuacja, w której przedmiotowe zamówienia mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn o obiektywnym charakterze. W przypadku przedmiotowego zamówienia nie mogło być mowy o istnieniu faktycznego monopolu, jak tego wymaga art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. W związku z powyższym wyłonienie wykonawcy zamówienia powinno być poprzedzone stosowną weryfikacją rynku w dziedzinie robót budowlanych. Nie ulega wątpliwości, że 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, że 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 wykorzystywanie tego typu inwestycji.

Jako uzasadnienie 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 przy ul. Jankowickiej. W ocenie Urzędu należy rozróżnić przyczyny techniczne od przyczyn organizacyjnych i gospodarczych. Zamawiający 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 Pzp. 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 Pzp.

Prezes UZP zauważył, że właścicielem zamawiającego (100%) jest Gmina Tarnowo Podgórne. Nie było zatem przeszkód, by zamawiający i Gmina podjęły działania, by inwestycja będąca przedmiotem zamówienia z wolnej ręki ujęta została w ramach postępowania w trybie konkurencyjnym.

Ponadto przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki określona w art. 76 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 Podgórnym 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, że 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. Prezes UZP stwierdził, 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.

Pismem z dnia 1 września 2014 roku zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę kanalizacji sanitarnej GRP Dn 300 w ul. Jankowickiej w Lutówku.

Zamawiający podniósł, iż przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze to nie tylko te, które zostały zawarte w wystąpieniu pokontrolnym, ale również te, które wynikają bezpośrednio na miejscu realizacji zamówienia, mające charakter faktyczny, a nie tylko teoretyczny. Teoretycznie zawsze można powiedzieć, że wszystko można przewidzieć, na wszystko jest czas, zawsze można przeprowadzić postępowanie konkurencyjne. Itp. W praktyce, co miało miejsce w tym postępowaniu, nie o czas tutaj chodziło i nie o przewidywanie określonej sytuacji, ale o faktyczny stan, jaki zaistniał bez wpływu zamawiającego, a także o zwykłą wielkopolską gospodarność. Zamawiający stwierdził, iż z uwagi na zaistniały stan faktyczny, inwestycja musiała zostać wykonana przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych, niemożliwe jest bowiem wpuszczenie innego wykonawcy na teren tej samej budowy, by wykonał sieć kanalizacji sanitarnej w trakcie wykonywania przez drugiego wykonawcę sieci kanalizacji deszczowej w tym samym wykopie. Zamawiający podkreślił, że ma świadomość, że podmiotów świadczących tego rodzaju zamówienia jest na rynku wielu, bowiem w ogłaszanych przetargach w ciągu roku zawsze startuje kilku wykonawców. Jednakże w tym konkretnym przypadku, przy takich okolicznościach, jakie wystąpiły, obiektywnie tylko ten wykonawca mógł zrealizować to zamówienie ze względów technicznych. Zupełnie poboczną przesłanką, którą kierował się zamawiający, a która to być może jest nawet istotniejsza z punktu widzenia mieszkańców, opinii publicznej czy ustawy o finansach publicznych, jest gospodarność i uzyskanie jak najlepszych efektów z poniesionych nakładów.

Pismem z dnia 15 września 2014 roku Prezes UZP poinformował zamawiającego, że nie uwzględnia wniesionych przez niego zastrzeżeń.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do poszczególnych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP zważyła, co następuje:

W ocenie Izby wnioski zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki należy uznać za zasadne.

Zamawiający udzielił przedmiotowego zamówienia w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, stosownie do którego 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. "Względy techniczne" uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy muszą mieć zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewycięzalny.

Ustawa Pzp wskazuje przyczyny techniczne przesądzające o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. Muszą one mieć charakter zobiektywizowany. Jak wskazywał SN pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych, „przesłanka prawna jedyne «wykonawcy», warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, 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 SN z dnia 06 lipca 2001 roku III RN 16/01 OSNPC 2001). Z kolei NSA podkreślał, że „przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, 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. 71 ust. 1 pkt 3 ustawy

z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych" (wyrok NSA z 11 września 2000 roku II SA 2074/00, Wokanda 2001 Nr 1, poz. 39). W ocenie Izby stanowisko wyrażone we wskazanych wyżej wyrokach zachowuje swą aktualność również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy.

W powyższą linię orzecniczą wpisuje się także Krajowa Izba Odwoławcza w swoich uchwałach zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 25 czerwca 2009 r., KIO/KD 16/09, 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 w/w przesłanki. Konieczne jest bowiem wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot. W uchwale z dnia 7 kwietnia 2009 r., KIO/KD 8/09, Krajowa Izba Odwoławcza przypomniała, że: „Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie”.

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Istnienie na rynku innych podmiotów świadczy o niezasadnym zastosowaniu wzmiankowanego przepisu. Tym samym zastrzeżenia zamawiającego nie mogą zostać uwzględnione.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....