

. akt KIO/KD 2/15

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 27 stycznia 2015 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 22 grudnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 grudnia 2014 r.,  
UZP/DKD/WKZ/421/77/14

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„zakup wraz z dostawą soli drogowej do zimowego utrzymania dróg wojewódzkich administrowanych przez ZDW w Bydgoszczy w sezonie listopad 2013 – marzec 2014”*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Honorata Łopianowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Emil Kuriata</b>
	<b>Grzegorz Matejczuk</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 grudnia 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 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 następującą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki na „*zakup wraz z dostawą soli drogowej do zimowego utrzymania dróg wojewódzkich administrowanych przez ZDW w Bydgoszczy w sezonie listopad 2013 – marzec 2014*”.

W Informacji o wyniku kontroli, organ kontroli podał, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu 23 października 2013 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie Kopalnia Soli „KŁODAWA” S.A. z siedzibą w Kłodawie. Umowa została zawarta w dniu 28 października 2013 r. Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie art. 20 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 260] pełni funkcję zarządcy dróg i jest zobowiązany utrzymywać nawierzchnie dróg, chodników, drogowych obiektów inżynierskich. Sezon zimowy, zgodnie z zarządzeniem z dnia 22.10.2013 r. nr 36/2013 wydanym przez Zamawiającego, obowiązywał od 01.11.2013 r. do 31.03.2014 r. W tym okresie, Zamawiający musiał być przygotowany na odśnieżanie dróg [sprzęt] oraz usuwanie gołoledzi [sól i piasek]. Organ kontroli ustalił, że dniu 19 maja 2012 r. sześć jednostek terenowych należących do Zamawiającego wszczęło postępowania przetargowe na odśnieżanie dróg i usuwanie gołoledzi [sprzęt + sól i piasek] w trybie przetargu nieograniczonego obejmujące trzy sezony, tj. 2012/2013, 2013/2014 oraz 2014/2015, a w ich wyniku podpisano umowy dla dwóch rejonów; pozostałe cztery zostały unieważnione: trzy na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz jedno na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. W dniach 18 i 19 lipca 2012 r. pozostałe cztery jednostki terenowe wszczęły postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na odśnieżanie dróg i usuwanie gołoledzi [sprzęt + sól i piasek] na trzy sezony, tj. 2012/2013, 2013/2014 oraz 2014/2015 a w ich wyniku zawarta została umowa na odśnieżanie dróg i usuwanie gołoledzi dla jednego rejonu. Pozostałe trzy postępowania zostały unieważnione: dwa na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz jedno na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zamawiający zdecydował o wszczęciu oddzielnych postępowań w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej progów unijnych na odśnieżanie dróg tylko na sezon 2012/2013 oraz w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze krajowej na dostawę soli do usuwania gołoledzi na okres od 15.11.2012 r. do 31.12.2013 r. lub do wyczerpania zapasów. W dniach 15 i 19 września 2012 r. trzy jednostki terenowe [Rejony Dróg

Wojewódzkich w Tucholi, Włocławku i Żołędowie] wszczęły postępowania na odśnieżanie dróg w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze unijnej na jeden sezon zimowy, tj. 2012/2013 z możliwością udzielenia zamówień uzupełniających [w przypadku rejonu we Włocławku do 20% wartości zamówienia podstawowego, a w rejonach Tuchola i Żołędowo do 50%]. Jednocześnie Zamawiający w dniu 31 października 2012 r. wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę soli do usuwania gołoledzi.

Zamówienia na usługi zimowego utrzymania dróg wojewódzkich w sezonie zimowym 2012/2013 zostały udzielone:

- w rejonie administrowanych przez RDW Włocławek w dniu 5 listopada 2012 r.
- w rejonie administrowanych przez RDW Żołędowo w dniu 12 listopada 2012 r.
- w rejonie administrowanych przez RDW Tuchola w dniu 5 listopada 2012 r.

Organ kontroli ustalił, że umowa na zakup wraz z dostawą soli drogowej została zawarta w dniu 15 listopada 2012 r. i została ona zrealizowana w kwocie 800 575,99 zł brutto. Ostatnie faktury zostały wystawione przez RDW w Tucholi, Włocławku i Żołędowie w dniu 5 kwietnia 2013 r.

W dniu 14 sierpnia 2013 r. trzy jednostki terenowe [Rejony Dróg Wojewódzkich w Tucholi, Włocławku i Żołędowie] wszczęły postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich: RDW we Włocławku na sezon zimowy 2013/2014, a w RDW w Tucholi i Żołędowie na dwa sezony zimowe, tj. 2013/2014 oraz 2014/2015. Przedmiot zamówień obejmował przygotowanie materiałów do zapobiegania i usuwania śliskości zimowej wraz z załadunkiem i transportem. Materiał [sól drogowa i piasek] miał być we własnym zakresie zgromadzony przez wykonawcę. W dniu 20 września 2013 r., po otwarciu ofert, okazało się, że oferty z najniższymi cenami przewyższały kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówień, wobec czego postępowania te unieważniono na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Zamawiający uznał, że nie zdąży przeprowadzić kolejnego postępowania o wartości powyżej progów unijnych przed rozpoczęciem sezonu zimowego, tj. 1 listopada 2013 r. W związku z tym, iż w postępowaniach przeprowadzonych w 2012 r. przewidziana została możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, Zamawiający zdecydował o wszczęciu postępowań na odśnieżanie dróg obejmujących miesiące listopad i grudzień 2013 r. w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Dostawa soli do usuwania gołoledzi nie wchodziła w zakres zamówień udzielonych w 2012 r., tym samym Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy na dostawę soli na okres od 28.10.2013 r. do 31.03.2014 r. lub do wyczerpania zapasów. Zamawiający stwierdził, że nie był w stanie przewidzieć, jakie będą panowały warunki pogodowe, dlatego umowa została zawarta do końca sezonu zimowego.

W październiku 2013 r. trzy jednostki terenowe [Rejony Dróg Wojewódzkich w Tucholi, Włocławku i Żołędowie] wszczęły postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na odśnieżanie dróg w procedurze unijnej, które obejmowały termin od 01.01.2014 r. do 15.04.2015 r. Ceny złożonych ofert przekraczały kwoty, jakie Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówień. Ze względu na temperatury poniżej 0°C i opady śniegu, Zamawiający zdecydował o udzieleniu zamówień na odśnieżanie dróg w procedurze z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, kwoty oszacowane zostały poniżej 200 000 euro i Zamawiający nie zawiadomił o tym fakcie Prezesa Urzędu. Zamawiający wyjaśnił, że ze względu na brak sprzętu i operatorów, brak możliwości przewidzenia rozmiaru ataku zimy, wykonawcy nie wykazują dużego zainteresowania prowadzonymi przez niego postępowaniami.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy. Norma zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi przeniesienie na grunt krajowego systemu prawnego treści art. 31 pkt 1 lit. c) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane,

dostawy i usługi [Dz. Urz. UE L 134 z dnia 30.04.2004 r.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 6, t. 7, str. 132]. Zgodnie z ww. przepisem dyrektywy zamawiający może udzielić zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia nie mogą być dotrzymane; zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane zamawiającemu. Przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy powinny być zatem oceniane w świetle zasad i przepisów prawa unijnego oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający nie wykazał, aby w opisanym stanie faktycznym wystąpiły okoliczności, w których konieczność wykonania przedmiotowego zamówienia stanowiłaby sytuację wyjątkową, której nie mógłby on przewidzieć, a jej przyczyny nie leżały po stronie Zamawiającego. W konsekwencji, przy wszczęciu przedmiotowego postępowania naruszony został art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Organ kontroli podkreślił, że sam Zamawiający wyjaśnił, że utrzymywanie dróg, chodników, drogowych obiektów inżynierskich, w tym w okresie zimowym, stanowi jego obowiązek, jako zarządcy dróg na podstawie ustawy o drogach publicznych. Zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w sytuacji, która ma charakter wyjątkowy i jest obiektywnie nieprzewidywalna. W związku z powyższym, za sytuację wyjątkową czy nieprzewidywalną nie może zostać uznana konieczność zimowego utrzymania dróg, która jest świadczeniem realizowanym przez Zamawiającego corocznie [a tym samym cyklicznie] w polskich warunkach atmosferycznych. Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, w której postępowania wszczęte przez podległe mu jednostki w trybie przetargu nieograniczonego zostały unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, również nie mają w niniejszej sprawie charakteru sytuacji wyjątkowych. W stanie faktycznym sprawy trzy jednostki terenowe [Rejony Dróg Wojewódzkich w Tucholi, Włocławku i Żołędowie] w dniu 14 sierpnia 2013 r. wszczęły postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, których przedmiotem były usługi zimowego utrzymania dróg wojewódzkich obejmujące także przygotowanie materiałów do zapobiegania i usuwania śliskości [sól i piasek]. Termin składania ofert został w przedmiotowych postępowaniach ustalony na dzień 20 września 2013 r, a usługa miała być realizowana począwszy od 1

listopada 2013 r. do 15 kwietnia 2014 r. w RDW Włocławek oraz do 15 kwietnia 2015 r. w RDW Tuchola i Żołędów. W związku z powyższym - przy założeniu, że Zamawiający wszczynając postępowania w dniu 14 sierpnia 2013 r. uwzględniał czas ich trwania biorąc pod uwagę ewentualne zastosowanie środków ochrony prawnej, termin niezbędny na uzupełnienie dokumentów oraz składanie wyjaśnień do treści ofert itp. - należy stwierdzić, iż powstała sytuacja nie miała charakteru wyjątkowej. Działający z należyłą starannością Zamawiający winien wziąć pod uwagę konsekwencje sytuacji, w której postępowanie o zamówienie publiczne, prowadzone zgodnie z przepisami ustawy, może nie zakończyć się wyborem wykonawcy, gdyż - stosownie do art. 93 ust. 1 ustawy - postępowanie to może zostać unieważnione. Organizacja przedsięwzięcia związana z wyłonieniem wykonawcy przy zastosowaniu procedur przewidzianych ustawą winna uwzględniać czasochłonność tych procedur, a także możliwość wystąpienia okoliczności implikujących konieczność unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania nie jest sytuacją pożądaną przez Zamawiającego, jednak w określonych okolicznościach ma charakter obligatoryjny, co zostało enumeratywnie wskazane w ustawie. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż sytuacja, w której Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy unieważnił postępowania prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego nie stanowi okoliczności, którą można by uznać za szczególną i wyjątkową.

Ponadto, przesłanką niezbędną do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy jest wystąpienie sytuacji o charakterze obiektywnie nieprzewidywalnym. Chodzi tu o taką sytuację, której zaistnienie jest na tyle mało prawdopodobne, że Zamawiający, dochowując należytej staranności, nie mógł jej przewidzieć. Bez wątplenia do katalogu sytuacji tego typu można zaliczyć wszelkiego rodzaju katastrofy, awarie, klęski bądź też zagrożenie ich wystąpienia wymagające podjęcia przez zamawiającego natychmiastowych działań. W przedmiotowej sprawie za tego typu sytuację Zamawiający uznał unieważnienie postępowań wszczętych w dniu 14 sierpnia 2013 r. w trybie przetargu nieograniczonego na usługi odśnieżania wraz z zabezpieczeniem materiału [sól drogowa i piasek]. W nawiązaniu do powyższego, prowadząc procedurę wyboru wykonawcy w oparciu o przepisy ustawy, Zamawiający winien brać pod uwagę ewentualną możliwość wystąpienia sytuacji, w której postępowanie nie zakończy się wyborem wykonawcy, a tym samym konsekwencje wystąpienia takiej okoliczności winny zostać uwzględnione przy planowaniu terminu rozpoczęcia procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że w 2012 r. Zamawiający wszczął postępowania na ten sam przedmiot zamówienia już w maju, czyli trzy miesiące wcześniej niż w roku 2013. W związku z unieważnieniem postępowań w czterech rejonach, w lipcu 2012 r. Zamawiający wszczął kolejne postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, z których trzy zostały

unieważnione. Zamawiający zdecydował, więc o rozdzieleniu usługi odśnieżania oraz dostawy soli drogowej. We wrześniu 2012 r. wszczął postępowania na usługi odśnieżania, a w październiku 2012 r. postępowanie na zakup wraz z dostawą soli drogowej. Postępowania te zakończyły się wyborem wykonawców. Uprzednio obowiązująca umowa na zakup soli drogowej do zimowego utrzymania dróg wojewódzkich administrowanych przez ZDW w Bydgoszczy na lata 2012-2013 zakończyła się w dniu 5 kwietnia 2013 r. [data wystawienia ostatnich faktur przez RDW w Tucholi, Żołędowie i Włocławku]. Zamawiający zwlekał jednak z wszczęciem postępowań na wybór podmiotów świadczących ww. usługi i dostawy około 4 miesięcy, pomimo tego, że w poprzednim sezonie w niektórych rejonach wystąpiły okoliczności implikujące konieczność unieważnienia postępowań, a w konsekwencji Zamawiający zdecydował o rozdzieleniu do odrębnych postępowań usługi odśnieżania oraz dostawy materiału. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że taka sytuacja może się powtórzyć w sezonie 2013/2014. W przypadku, gdy znany jest Zamawiającemu termin rozpoczęcia realizacji określonych świadczeń, postępowanie w sprawie wyboru wykonawcy takiego zamówienia powinno zostać wszczęte ze stosownym wyprzedzeniem, uwzględniającym możliwość wystąpienia opóźnień spowodowanych np. unieważnieniem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego i koniecznością ponownego przeprowadzenia procedury przetargowej. Tym samym należy podkreślić, iż dla wypełnienia przesłanki nieprzewidywalności określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3, nie jest wystarczające, że określona sytuacja nie zostanie przez Zamawiającego przewidziana, gdyż okoliczność taka musi mieć charakter sytuacji niemożliwej do przewidzenia.

Cykliczny charakter usługi będącej przedmiotem kontrolowanego postępowania oraz fakt, iż uprzednio obowiązująca umowa na dostawę soli drogowej do zimowego utrzymania dróg wojewódzkich zakończyła się w dniu 5 kwietnia 2013 r., świadczą o tym, iż Zamawiający miał możliwość wszczęcia konkurencyjnej procedury wyboru wykonawcy z odpowiednim wyprzedzeniem [przynajmniej takim, jak w roku 2012], umożliwiającym dokonanie wyboru przy uwzględnieniu ewentualnych opóźnień, powodowanych jak w przedmiotowej sytuacji, na przykład unieważnieniem postępowania. W związku z powyższym nie można uznać, iż przyczyny powstania sytuacji, w której Zamawiający udzielił zamówienia, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, nie leżą po stronie Zamawiającego.

Jednocześnie okres realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, powinien być ograniczony jedynie do zakresu, który jest absolutnie konieczny do wyeliminowania skutków określonego zdarzenia. Zamówienie publiczne udzielone na podstawie przywołanego

przepisu w trybie zamówienia z wolnej ręki powinno bowiem odnosić się tylko do zakresu niezbędnego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia, zagwarantowania najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w okresie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Potwierdza to uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. [sygn. akt KIO/KD 21/09] – *„istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia.”* W okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, umowa z wykonawcą wyłonionym w trybie zamówienia z wolnej ręki została zawarta na okres 5 miesięcy, a więc okres jej realizacji obejmował cały sezon zimowy 2013/2014. Stosując tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, należy przestrzegać zasady, iż wyłonienie wykonawcy w tym trybie powinno być rozwiązaniem jedynie doraźnym, tj. powinno być stosowane wyłącznie na okres niezbędny do przeprowadzenia procedury konkurencyjnej i zawarcia odpowiedniej umowy z wybranym w tym trybie wykonawcą, co nie miało miejsca w okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy. Biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności, postępowanie winno uwzględniać w przedmiotowej sytuacji jedynie zakres niezbędny do zagwarantowania prawidłowego wykonywania zadań Zamawiającego do momentu wyboru wykonawcy przeprowadzonego w warunkach konkurencyjnych.

Odnosząc się do poruszonej przez Zamawiającego kwestii braku zainteresowania prowadzonymi przez niego postępowaniami, organ kontroli zwrócił uwagę, że w sezonie 2012/2013 Zamawiający ostatecznie wybrał wykonawców usługi zimowego utrzymania dróg w trybie konkurencyjnym. W postępowaniu na zakup i dostawę soli drogowej na lata 2012 - 2013 wpłynęły dwie oferty. Podobnie, dwie oferty wpłynęły w postępowaniu wszczętym w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę soli drogowej na lata 2014 - 2015. Trudno więc zgodzić się, że w przypadku dostawy soli drogowej wykonawcy nie wykazują zainteresowania prowadzonymi postępowaniami.

Reasumując, organ kontroli stwierdził, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, czym naruszył art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

W dniu 29 grudnia 2014 r. Zamawiający złożył zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że zgodnie z art. 20 ustawy o drogach publicznych, zarządca drogi - w tym przypadku Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy - jest zobowiązany utrzymywać nawierzchnie dróg, chodników, drogowych obiektów inżynierskich



w tym również utrzymywanie dróg, chodników, drogowych obiektów inżynierskich w okresie/sezonie zimowym. Sezon zimowy zgodnie z Zarządzeniem nr 36/2013 Dyrektora ZDW z dnia 22.10.2013r obowiązuje od 01.11.2013r do 31.03.2014r [zarządzenie w załączeniu -załącznik nr 1] w tym okresie ZDW musi być przygotowany do zimowego utrzymania poprzez zawarcie umów na odśnieżanie dróg [sprzęt] oraz usuwania gołoledzi [sól, piasek]. Stanowi to podstawowe zadanie zarządcy drogi publicznej zgodnie z treścią przepisu art. 20 pkt. 4) ustawy o drogach publicznych. Zamawiający przyznał, że prawidłowo w trakcie kontroli ustalono, iż w maju 2012 roku - sześć jednostek terenowych [Rejony Dróg Wojewódzkich w Inowrocławiu, Toruniu, Tucholi, Wąbrzeźnie, Włocławku i Żołędowie] należących do ZDW wszczęło postępowania przetargowe na odśnieżanie dróg i usuwanie gołoledzi [sprzęt + sól i piasek] w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze unijnej obejmującej trzy sezony zimowe tj. 2012/2013, 2013/2014 oraz 2014/2015, a także prawidłowo ustalono, iż w wyniku postępowania udało się podpisać umowy na odśnieżanie dróg i usuwanie gołoledzi [sprzęt + sól i piasek] dla dwóch rejonów Dróg – Inowrocław i Wąbrzeźno, pozostałe cztery postępowania przetargowe unieważniono na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy i jedno [RDW Żołędowo] na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

Prawidłowo też w trakcie kontroli ustalono, iż w lipcu 2012 roku - pozostałe cztery jednostki terenowe [Rejony Dróg Wojewódzkich w Toruniu, Tucholi, Włocławku i Żołędowie] wszczęły postępowania przetargowe na odśnieżanie dróg i usuwanie gołoledzi [sprzęt + sól i piasek] w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze unijnej obejmujące trzy sezony zimowe tj. 2012/2013, 2013/2014 oraz 2014/2015, jak również że w wyniku postępowania udało się zawrzeć umowy na odśnieżanie dróg i usuwanie gołoledzi [sprzęt + sól i piasek] dla jednego Rejonu Dróg -Toruń, pozostałe trzy postępowania przetargowe unieważniono na podstawie - dwa postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy i jedno [RDW Tuchola] na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

Zamawiający analizując przyczyny niemożliwości zawarcia umów dla pozostałych trzech jednostek terenowych wszczął oddzielne postępowania przetargowe w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze unijnej na odśnieżanie dróg tylko na sezon 2012/2013 i oddzielnie procedurę przetargową w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze krajowej na okres od 15.11.2012 r do 31.12.2013 r. lub do wyczerpania środków finansowych wynikających z umowy na dostawę soli do usuwania gołoledzi.

Zamawiający podjął decyzję skrócenia ilości sezonów zimowych z trzech do jednego, ponieważ chciał w następnym roku tj. 2013 wrócić do zorganizowania wieloletniego postępowania przetargowego obejmującego umowę na świadczenie usług zimowego

utrzymania wraz z materiałem do zwalczania gołoledzi po stronie Wykonawcy [sól]. Takie rozwiązanie pozwoliłoby uniknąć kosztów wynajmowania placów do składowania soli, kosztów mieszania na placu soli z piaskiem w celu uzyskania mieszaniny piaskowo - solnej, kosztów ochrony i utrzymania placów do składowania materiałów do zwalczania gołoledzi. Prawidłowo w trakcie kontroli ustalono, iż we wrześniu 2012 roku - pozostałe trzy jednostki terenowe [Rejony Dróg Wojewódzkich w Tucholi, Włocławku i Żołędowie] wszczęły postępowania przetargowe na odśnieżanie dróg [sprzęt] w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze unijnej obejmujące jeden sezon zimowy tj. 2012/2013 z możliwością udzielenia zamówienia uzupełniającego 20 % i 50% oraz ZDW wszczął postępowanie przetargowe na dostawę soli do usuwania gołoledzi.

W wyniku postępowania udało się zawrzeć umowy oddzielnie na odśnieżanie dróg i oddzielnie na dostawę soli do usuwania gołoledzi.

Prawidłowo w trakcie kontroli ustalono, iż w sierpniu 2013 roku - trzy jednostki terenowe [Rejony Dróg Wojewódzkich w Tucholi, Włocławku i Żołędowie] wszczęły postępowania przetargowe na odśnieżanie dróg i usuwanie gołoledzi [sprzęt + sól i piasek] w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze unijnej obejmujące dwa sezony zimowe tj. 2013/2014 oraz 2014/2015.

Postępowania przetargowe unieważniono na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy, z tego względu, iż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ze względu na to, iż pozostało bardzo mało czasu na przeprowadzenie kolejnej procedury przetargowej w sposób właściwy dla zamówień w których wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, [tzw. unijnych] niemożliwe byłoby zawarcie umów z początkiem listopada 2013 r., dlatego Zamawiający podjął decyzję o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp na odśnieżanie dróg obejmujące miesiące listopad i grudzień 2013r. Było to możliwe, ponieważ zamawiający przewidział w postępowaniu [ogłoszenie we wrześniu 2012r] zamówienie uzupełniające [w przypadku RDW Włocławek 20% i RDW Toruń i Żołędowo 50%].

Dostawa soli do usuwania gołoledzi nie była po stronie Wykonawcy zajmującego się odśnieżaniem dróg, więc zamawiający był zobowiązany dostarczyć materiały [sól + piasek] dlatego przeprowadził postępowanie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp na dostawę soli na okres 28.10.2013 r. do 31.03.2014 r. lub do wyczerpania środków finansowych wynikających z zawartej umowy. Należy pamiętać o bardzo istotnej

okoliczności, iż zamówienia dotyczące utrzymania zimowego są w znacznej mierze nieprzewidywalne co do planowanego okresu ich trwania z uwagi na wyjątkowo zmienną aurę w kolejnych ostatnich latach. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć jakie będą panowały warunki pogodowe oraz o intensywności, dlatego umowa była zawarta do końca sezonu zimowego. Zamawiający stwierdził też, że prawidłowo w toku kontroli ustalono, iż w październiku 2013 roku - trzy jednostki terenowe [Rejony Dróg Wojewódzkich w Tucholi, Włocławku i Żołędowie] wszczęły postępowania przetargowe na odśnieżanie dróg [sprzęt] w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze unijnej obejmujący termin od 01.01.2014 do 15.04.2015, przy czym ceny ofert przekraczały kwoty jakie Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia [RDW Włocławek i RDW Żołędowo], jedynie dla rejonu RDW Tuchola umowa mogła być zawarta. Jednak w związku z faktem, że Zarząd Dróg Wojewódzkich nie może przeznaczyć kwoty większej niż dysponuje w budżecie, wystąpił do Skarbnika Województwa Kujawsko - Pomorskiego w Toruniu o zaakceptowanie kwot i wyrażenie zgody na zawarcie umów. Zważywszy na brak decyzji finansowej w tej sprawie do dnia 19 stycznia 2014r. Zarząd Dróg Wojewódzkich podjął decyzję, ze względu na temperatury poniżej 0 C i opady śniegu, o wszczęciu postępowań w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt. 3 ustawy. Kwoty szacowano poniżej 200 000 euro, więc nie było obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych a zamówienia finansowane były ze środków własnych. Intencją zamawiającego, podejmując decyzję o uruchomieniu procedur z wolnej ręki było zapewnienie bezpieczeństwa ruchu użytkownikom dróg w okresie zimowym poprzez odśnieżanie drogi i zwalczanie jej śliskości do którego zarządca drogi jest zobowiązany na mocy wspomnianego przepisu Ustawy o drogach publicznych i Zarządzenia Dyrektora nr 36/2013 r. Ze względu na specyfikę zamówienia tj. niemożliwość przewidzenia rozmiarów „ataku zimy” a tym samym opłacalności realizowania umowy, zaangażowania pracowników i sprzętu w celu zapewnienia całodobowego dyżurowania [ponieważ czas reakcji od wezwania zamawiającego wynosi do 1 godziny], brakiem dużej ilości sprzętu i operatorów jakiego zamawiający wymaga w przypadku ataku „ostrej zimy” a nie koniecznie jest wykorzystany w przypadku „łagodnej zimy” jest powodem małego zainteresowania ze strony wykonawców złożeniem ofert a w konsekwencji wysokimi cenami ofert. Problem zawarcia umów na utrzymanie zimowe jest często dla Zamawiającego trudnością ze względu na małe zainteresowanie i zbyt wysokie ceny, dlatego zamawiający podjął decyzję o wszczęciu postępowań wieloletnich, obejmujących kilka sezonów zimowych, mając również nadzieję, że wykonawcy widząc możliwość uzyskania wieloletnich zamówień będą inwestować w zakup nowego sprzętu. Zamawiający wskazał, że w wyniku kontroli wskazano, i postawiono zarzut, iż wyżej wskazanych okolicznościach faktycznych nie zostały spełnione przesłanki z art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy. W ocenie zamawiającego w sposób nie budzący

wątpliwości spełniona jest przesłanka, że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia - albowiem z uwagi na nadchodzący sezon zimowy, w listopadzie 2013 r. koniecznym było zawarcie umowy o wykonanie zamówienia i jego ewentualne wykonanie - nie jest bowiem do przewidzenia, czy już w listopadzie i grudniu nie wystąpi sytuacja kiedy trzeba będzie odśnieżać i posypywać solą dróg. Oczywistym jest także, iż nie było możliwe dochowanie w październiku 2013r. dotrzymanie terminów określonych dla danego trybu zamówienia, albowiem skoro najpierw wszczęto postępowanie w sierpniu 2013. i nie spowodowało ono zawarcia umowy z przyczyn niezależnych od zamawiającego z uwagi na unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy. Zatem w ocenie zamawiającego spełniona została przesłanka, że nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia. Zamawiający podał, że pojęcie sytuacji wyjątkowej winno być rozważane nie tylko w kontekście takim, jakim to uczynił organ kontroli. Oczywistym jest, iż zima jest co roku, i jest to sytuacja którą przewidzieć należy. Możliwą do przewidzenia jest także okoliczność, iż w toku postępowania zaistnieją okoliczności wskazane w art 93 ustęp 1 pkt 4), i w związku z tym zamawiający winien odpowiednio wcześniej przeprowadzać postępowanie, tak aby w razie konieczności jego powtórzenia mieć czas na przeprowadzenie ponownej procedury. Pozornie zatem wnioski z kontroli są prawidłowe. Jednakże w sposób zupełnie niezrozumiały wyniki kontroli pomijają bardzo istotne okoliczności, mające podstawowy wpływ na to, kiedy zostały wszczęte postępowania na udzielenie zamówień na odśnieżanie dróg, i dlaczego zostały one wszczęte w październiku 2013r. W sposób abstrahujący od wyjaśnień składanych przez zamawiającego Urząd uznał iż *„Zamawiający zwlekał jednak z wszczęciem postępowań na wybór podmiotów świadczących ww. usługi i dostawy około 4 miesięcy, pomimo tego, że w poprzednim sezonie w niektórych rejonach wystąpiły okoliczności implikujące konieczność unieważnienia postępowań, a w konsekwencji Zamawiający zdecydował o rozdzieleniu do odrębnych postępowań usługi odśnieżania oraz dostawy materiału.”* Wskazano też iż *„Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że taka sytuacja może się powtórzyć w sezonie 2013/2014. W przypadku, gdy znany jest Zamawiającemu termin rozpoczęcia realizacji określonych świadczeń, postępowanie w sprawie wyboru wykonawcy takiego zamówienia powinno zostać wszczęte ze stosownym wyprzedzeniem, uwzględniającym możliwość wystąpienia opóźnień spowodowanych np. unieważnieniem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego i koniecznością ponownego przeprowadzenia procedury przetargowej. Tym samym należy podkreślić, iż dla wypełnienia przesłanki nieprzewidywalności określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3, nie jest wystarczające, że określona sytuacja nie zostanie przez Zamawiającego przewidziana, gdyż okoliczność taka musi mieć charakter sytuacji niemożliwej do przewidzenia.”*

Zwłoką jest zawinione przez zamawiającego, nieuzasadnione niewszczęcie we właściwym czasie odpowiedniej procedury w celu udzielenia zamówienia publicznego. W tym miejscu należy przypomnieć następujące okoliczności :

- właśnie ze względu na to, iż zamawiający przewidywał ewentualne trudności i problemy z doprowadzeniem postępowania do zawarcia odpowiedniej umowy we właściwym czasie, już natychmiast po zakończeniu sezonu zimowego 2012/2013 wszczął odpowiednie działania mające na celu możliwie szybkie zapewnienie odśnieżania i utrzymania zimowego na kolejny sezon.
- Ocena kontroli abstrahuje od faktu, iż zima 2012/2013 była ekstremalnie chłodna i długa. Cechami charakterystycznymi tej zimy były: wyjątkowa długość [od początku grudnia do połowy kwietnia - liczba dni z pokrywą śnieżną wyniosła w Suwałkach 132 dni], bardzo wysoka śnieżność [maksymalna wysokość pokrywy od 12 cm w Słubicach do 51 cm w Suwałkach i 214 cm na Kasprowym Wierchu]. w całym kraju częste ataki zimy w marcu nietypowe dla tego miesiąca, m.in. 31 marca spadło nawet 30 cm śniegu w Piotrkowie Trybunalskim], jednolitość [brak bardzo wysokich i bardzo niskich temperatur] i rekordowo duża liczba dni pochmurnych [66 dni na 90 dni kalendarzowej zimy]. Marzec był według klasyfikacji warunków termicznych miesiącem ekstremalnie chłodnym [w pd.-wsch. części Polski anomalnie chłodnym] z ujemnym odchyleniem średniej miesięcznej temperatury od ok. 4 °C na pd.-wsch. do ponad 5 °C w środkowej i zachodniej części kraju. 24 marca odnotowano w Łodzi -23,9 °C, w Sulejowie -20,7 °C, w Łasku i Zakopanem -20,2 °C<sup>43</sup>]. Jeszcze w kwietniu 2013 było wykonywane odśnieżanie i posypywanie solą w województwie Kujawsko-Pomorskim, co potwierdzać mają załączone do zastrzeżeń komunikaty służb drogowych zamawiającego.
- Brać trzeba pod uwagę, iż zawierając poprzednie umowy na utrzymanie zimowe, dokonywano szacowania zgodnie z wydatkami z lat poprzednich, a w latach 2010-2012 zimy były bardzo łagodne. Wskutek tego, na lata 2012-2014 oszacowano na okres 3-letni środki nie większe niż na przeciętne zimy z okresu 2010-2012. Wobec wyjątkowo ostrej i długotrwałej zimy w, sezonie zimowym 2012/2013 zużyto znaczną większość środków finansowych przeznaczonych na cały okres 2012-2014, i koniecznym było uzyskanie dodatkowych środków finansowych na sezon zimowy 2013/2014.

Mając wszystkie te okoliczności na względzie, już dnia 19.04.2013r. Zamawiający wystąpił o przydzielenie odpowiednich środków finansowych, gdyż nie posiadał już ich we własnym dysponowaniu. Dowodem na to jest pismo zamawiającego do dysponenta środków

finansowych, czyli Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 19.04.2013r, w którym wskazywano na powyższą sytuację, i wnoszono o to by „zabezpieczyć środki finansowe na zimowe utrzymanie dróg w IV kwartale 2013 r. w kwocie 1.700.000,00 zł [wartość szacunkowa na podstawie wydatków z IV kwartału 2012 r.].” Wobec braku odpowiedzi na ten wniosek, ponownie w czerwcu 2013 wniesiono 18.06.2013 r. o zmianę planu finansowego, za czym wysiano pismo z dnia 23.07.2013 r. Dopiero Uchwałą Nr XXXVIII/665/13 Sejmiku Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 26 sierpnia 2013 r. w sprawie zmiany budżetu województwa na rok 2013 dokonano zmiany i zwiększenia planowanych wydatków na bieżące utrzymanie jednostki o kwotę 2.000.000 zł, a po piśmie zamawiającego z dnia 29.08.2013 r., w którym wnoszono do Zarządu Województwa Kujawsko-Pomorskiego min. o zmianę budżetu poprzez przeniesienia między zadaniami i paragrafami kwotę 800 000 zł z przeznaczeniem na zakup najbardziej niezbędnych materiałów do bieżącego i zimowego utrzymania dróg [kwota z wniosku o zmianę planu finansowego Nr ZDW.T4b.0312.211.13 z dnia 23. 07. 2013 r. wynosiła 200 000 zł - 400 000 zł [zwiększenie Uchwałą Sejmiku z dn. 26.08.2013 r.]. W odpowiedzi na to dopiero pismem z dnia 29.10.2013 r. zamawiający otrzymał odpowiedź, iż Uchwałą Nr XLII/695/13 Sejmiku Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 28 października 2013 r. w sprawie zmiany budżetu województwa na rok 2013 dokonano min. zwiększenia planowanych dochodów o kwotę 316.300 zł oraz przeniesienia między paragrafami na kwotę 1.300 zł, i zwiększenia planowanych wydatków na bieżące utrzymanie dróg o kwotę 2.154.364 zł przy jednoczesnym przeniesieniu między paragrafami kwoty 177.936 zł. Zamawiający przed końcem października 2013 nie posiadał więc możliwości wszczęcia postępowania, z uwagi na brak środków finansowych. Jak informuje sam Urząd Zamówień Publicznych, *”Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy zamawiający nie ma jeszcze zagwarantowanych środków na realizację zamówienia, nie jest sprzeczne z przepisami prawa zamówień publicznych oraz z dotychczasową praktyką udzielania zamówień publicznych. Jednak ustawa o finansach publicznych wymaga, aby zamawiający z sektora finansów publicznych zaciągał zobowiązania w zakresie przewidzianym w swoim planie. Jeśli jednak zamawiający zaciąga zobowiązanie, wykraczając poza zakres wydatków przewidzianych w planie finansowym, stanowi to naruszenie dyscypliny finansów publicznych nawet w przypadku, gdy plan zostanie w późniejszym terminie zmieniony, a także gdy umowa o zamówienie publiczne zostanie później dostosowana do planu finansowego. Artykuł 46 ust. 1 ustawy o finansach publicznych stanowi, że wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokości ustalonych w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego i w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku*

do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich." W świetle powyższych okoliczności zupełnie nieuzasadnione są stwierdzenia kontroli, iż „Zamawiający zwlekał jednak z wszczęciem postępowań na wybór podmiotów świadczących ww. usługi i dostawy około 4 miesięcy" - jest to oczywista nieprawda, zamawiający po prostu nie mógł z uwagi na brak środków finansowych wszcząć postępowań wcześniej, a przyczyna braku środków leżała poza jego kompetencjami, gdyż musiał on oczekiwać na przyznanie środków z Województwa Kujawsko- Pomorskiego. Jest to zatem okoliczność obiektywna, leżąca poza zamawiającym, a sam zamawiający dochował wszelkiej staranności aby środki te odpowiednio wcześniej pozyskać. Jak wskazuje uchwała KIO/KD 47/14 "2. Jedną z przesłanek udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. jest wystąpienie sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było przewidzieć na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, przy czym niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi posiadać charakter obiektywny a nie wynikać z niedochowania należytej staranności przy planowaniu udzielenia zamówienia podstawowego". W przedmiotowym wypadku nie można mówić o nienależytej staranności zamawiającego, wręcz przeciwnie, natychmiast po zakończeniu sezonu zimowego 2012/2013 zwrócił się do dysponenta środków o przyznanie dodatkowych pieniędzy.

Zamawiający miał wszelkie prawo przypuszczać, iż składając już w kwietniu 2013 wniosek o przyznanie środków finansowych, uzyska je w rozsądnym terminie pozwalającym na przeprowadzenie postępowań we właściwym czasie. Nie mógł zaś złożyć go wcześniej, bo nie miał wiedzy kiedy skończy się konieczność wydatkowania środków w sezonie 2012/2013 z uwagi na anomalie pogodowe w marcu i kwietniu, i nie wiedział jakie środki zostaną jeszcze w sezonie 2012/2013 wydane, a zatem ile ich zabraknie na sezon 2013/2014.

Wobec powyższego, sytuacja zamawiającego miała charakter wyjątkowy, niemożliwy dla niego do przewidzenia, i zamawiający znajdował się w sytuacji przymusowej, albowiem wcześniej po prostu z uwagi na zapisy ustawy o finansach publicznych i art. 15 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdzie wyraźnie wskazano, iż „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych." Zaplanowanie środków już po zaciągnięciu zobowiązania, które nastąpiło z

*chwila zawarcia umowy, czyli późniejsza zmiana planu i zwiększenie wydatków w określonej podziale klasyfikacji budżetowej, nie uzasadnia i nie uprawnia osób reprezentujących jednostkę sektora finansów publicznych do uprzedniego zaciągania zobowiązań pieniężnych ponad ustalony plan, bowiem jednostka uprawniona i zobligowana jest do dysponowania środkami finansowymi w takich granicach, jakie wyznacza obowiązujący w momencie zaciągnięcia zobowiązania plan finansowy. Dla bezprawności zaciągnięcia zobowiązania bez znaczenia jest następcza zmiana planu finansowego, uwzględniająca dokonane już wydatki. Skoro zmiany planu budżetu dokonano po zaciągnięciu zobowiązania, nie może mieć to wpływu na zmianę oceny prawnej zachowania [orzeczenie GKO z dnia 24 marca 2011 r., BDF1/4900/6/7/RN-2/11/256]. Dlatego, wcześniejsze wszczęcie postępowania skutkowało by naruszeniem dyscypliny finansów publicznych z uwagi na brak zabezpieczenia środków finansowych w planie jednostki [zamawiającego], a brak ujęcia środków w planie finansowym nie był spowodowany zaniedbaniem zamawiającego. Zamawiający miał do wyboru - albo wprost i rażąco naruszyć dyscyplinę finansów publicznych, albo wszczęć postępowanie o udzielenie zamówienia dopiero po uzyskaniu zmiany planu finansowego. W tej sytuacji, nie sposób uznać iż zamawiający, w sytuacji gdy postępowanie z października 2013 trzeba było unieważnić z uwagi na zapis art. 93 ustęp 1 pkt 4) ustawy, zawarcie umowy z wolnej ręki nie spełniało przesłanek zastosowanego trybu.*

*Nie jest więc też prawdziwe zawarte w wynikach kontroli sformułowanie, iż "Zamawiający miał możliwość wszczęcia konkurencyjnej procedury wyboru wykonawcy z odpowiednim wyprzedzeniem [przynajmniej takim, jak w roku 2012], umożliwiającym dokonanie wyboru przy uwzględnieniu ewentualnych opóźnień, powodowanych jak w przedmiotowej sytuacji, na przykład unieważnieniem postępowania. W związku z powyższym nie można uznać, iż przyczyny powstania sytuacji, w której Zamawiający udzielił zamówienia, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, w trybie z wolnej ręki na podstawie art 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, nie leżą po stronie Zamawiającego." Odnieść się należy również do zarzutu, iż "Stosując tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 61 ust. 1 pkt 3 ustawy, należy przestrzegać zasady, iż wyłonienie wykonawcy w tym trybie powinno być rozwiązaniem jedynie doraźnym, tj. powinno być stosowane wyłącznie na okres niezbędny do przeprowadzenia procedury konkurencyjnej i zawarcia odpowiedniej umowy z wybranym w tym trybie wykonawcą, co nie miało miejsca w okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy. Biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności, postępowanie winno uwzględniać w przedmiotowej sytuacji jedynie zakres niezbędny do zagwarantowania prawidłowego wykonywania zadań Zamawiającego do momentu wyboru wykonawcy przeprowadzonego w warunkach konkurencyjnych."*



Zdaniem Zamawiającego, organ kontroli abstrahuje od specyfiki danego zamówienia. Zwrócić należy uwagę, iż w wypadku procedury "unijnej" okres od ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia do zawarcia umowy trwa średnio 91 dni [dane z dokumentu "Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013r."]. Zatem, mogąc ogłosić postępowanie najwcześniej na początku listopada 2013, to przy średnim czasie trwania postępowania, zamówienia można byłoby udzielić dopiero na koniec lutego 2014, czyli de facto pod sam koniec sezonu zimowego. Umowa taka byłaby zresztą praktycznie niewykonywana, albowiem trwanie sezonu zimowego zakończyło się w 2014 r. z końcem lutego 2014, a ostatnie faktura za dostawę soli wystawiona została w dniu 07.02.2014 r. Zatem, w wypadku gdyby nie udzielono z wolnej ręki zamówień na cały sezon 2013-2014, moment "*wyboru wykonawcy przeprowadzonego w warunkach konkurencyjnych*" zaistniałby w momencie, kiedy wykonanie zamówienia stałoby się zbędne.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia, pismem z dnia 12 stycznia 2015 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń, przekazując je, na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba w pełni popiera argumentację przedstawioną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznając ją za własną. Zastrzeżenia Zamawiającego, przedstawione w piśmie złożonym w dniu 22 grudnia 2015 r., sprowadzają się do tezy, zgodnie z którą okoliczności nieprzewidywane, wynikające z faktu nierozstrzygnięcia postępowań na zimowe utrzymanie dróg wraz z dostawą materiałów niezbędnych do tego utrzymania uzasadniały zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na dostawę soli drogowej.

Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki konieczne jest wystąpienie przesłanek wyraźnie określonych w przepisie art. 67 ust. 1 ustawy, w tym wypadku zaś – stosownie do przyjętej przez Zamawiającego podstawy zastosowanego trybu – w pkt 3 tego przepisu:

- a) wystąpienie wyjątkowej sytuacji,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Wyjątkowość sytuacji, o której mowa w tym przepisie, nie może kojarzyć się tylko z anomaliami pogodowymi czy siłami wyższymi. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, szczególnością, osobliwością. Wyjątkowość sytuacji, o której mowa w przepisie, to wystąpienie okoliczności nadzwyczajnych to jest takich, które nie mają charakteru typowych, przeciętnie spotykanych i statystycznie oczekiwanych.

Ponadto, przy stosowaniu powyższego przepisu ważnym jest odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, co niewątpliwie ma istotne znaczenie w rozpoznawanym przypadku. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego wykonania. Ustawodawca nie zdefiniował co prawda, jak należy rozumieć pojęcie natychmiastowego wykonania. Pomocne w tej kwestii jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na podstawie którego stwierdzić można, że okoliczności nieprzewidywalne to przede wszystkim zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe [powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.], katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki. Ponadto wskazać należy, że wystąpienie okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi skutkować koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Zakres zamówienia jest wówczas absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia [patrz orzeczenia ETS; C-385/2 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-24/91 Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii, C-525/03 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji].

Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inne niż wolna ręka tryby, mianowicie – tryby negocjacyjne bez konieczności zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu. Tryb zamówienia z wolnej ręki jest bowiem ostatecznym narzędziem służącym udzieleniu zamówienia, tj. stosowanym jedynie wówczas, gdy nie można przeprowadzić postępowania w żadnym z pozostałych trybów. Wynika to z faktu, iż procedura ta nie gwarantuje realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

W kontrolowanym postępowaniu, przyjąć należy, że zakup soli drogowej był pilny i konieczny z uwagi na wskazywane przez Zamawiającego uwarunkowania [konieczność dostarczenia materiałów wykonawcom świadczącym usługę utrzymania dróg], natomiast nie było to zadanie wymagające natychmiastowego wykonania, a w każdym razie potrzeba zakupu soli powinna być przewidywana przez Zamawiającego i uwzględniona w toku podejmowanych przez niego czynności.

Należy również podkreślić, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia. W analizowanej sytuacji, konieczność wykonania zadania Zamawiający mógł i powinien był przewidywać.

Po wyłonieniu wykonawców w trybie udzielonego zamówienia z wolnej ręki na trzy ostatnie zadania Zamawiający mógł bowiem i powinien uwzględnić, że do wykonywania zadania konieczne jest dostarczenie materiałów, w tym soli drogowej. Kilukrotna nieudana próba wyłonienia wykonawców na odśnieżanie w obszarze rejonów Tucholi, Żołędowa i Włocławka nie oznacza, że Zamawiający nie miał wiedzy, że sól będzie mu niezbędną do wykonania przez wykonawców zadania. Każde z zamówień z wolnej ręki na samo odśnieżanie w sezonie 2013/2014, które zostały wszczęte po unieważnieniu na podstawie art. art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy postępowania wszczętego w sierpniu 2013 r., dotyczyło jedynie odśnieżania, zaś rzeczą Zamawiającego było w takim wypadku dostarczenie materiałów, w tym soli drogowej. Każde z wszczętych po unieważnieniu postępowanie z wolnej ręki na odśnieżanie w sezonie 2013/2014 wymagało więc dostarczenia przez Zamawiającego soli. Zarówno postępowanie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy na odśnieżanie dróg obejmujące miesiące listopad i grudzień 2013 r. jak i postępowanie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt. 3 ustawy na odśnieżanie w okresie od stycznia 2014 r. stawały przed Zamawiającym obowiązkiem zapewnienia wykonawcom soli drogowej do ich wykonywania. Z momentem podjęcia decyzji o udzieleniu każdego z zamówień na samo tylko ośnieżanie, Zamawiający musiał brać pod uwagę, że wykonywanie tych zamówień wymaga dostarczenia soli. Wszczęcie więc postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu 23 października 2013 r. na „*zakup wraz z dostawą soli drogowej do zimowego utrzymania dróg wojewódzkich administrowanych przez ZDW w Bydgoszczy w sezonie listopad 2013 – marzec 2014*” nie mogło być traktowane jako podjęte w warunkach nieprzewidywalności konieczności nabycia soli przez Zamawiającego. Z momentem unieważnienia postępowania na odśnieżanie wraz z dostawą piasku i soli na sezony 2013/2014 i 2014/2015, Zamawiający mając w perspektywie możliwość niejako „awaryjnego” na podstawie dotychczasowych umów zamówienia z wolnej ręki - jako przewidzianego w tych umowach zamówienia uzupełniającego [art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy] musiał się liczyć, że skoro te umowy nie obejmują dostawy soli, ten materiał musi wykonawcom sam dostarczyć. Powyższe dotyczy umów zawartych dla rejonu Tuchola, Żołędów oraz Włocławek na listopad i grudzień 2013 r. Tym bardziej dotyczy to kolejnych umów dla tych

rejonów – zawartych na okres po 1 stycznia 2014 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Finalnie, dla wszystkich umów zawartych na odśnieżanie w trybie zamówienia z wolnej ręki – tych na okres listopada i grudnia 2013 r. [na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy] jak i od stycznia 2014 r. [na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy] Zamawiający musiał dostarczyć sól. Z koniecznością tego zakupu Zamawiający musiał liczyć się z momentem niepowodzenia postępowań na odśnieżanie wraz z dostawą materiałów, będąc zdany na wykorzystanie przewidzianych w umowach na odśnieżanie zamówień uzupełniających. W świetle ustalonych przez organ kontroli okoliczności, nie sposób przyjąć, że sytuacji konieczności zakupu soli drogowej Zamawiający nie mógł przewidzieć. Okolicznością taką nie jest brak zabezpieczonych środków, czemu Zamawiający w zastrzeżeniach od informacji o wynikach kontroli poświęcił wiele uwagi. Zamawiający, obowiązany do realizacji obowiązków wynikających z ustawy o drogach publicznych w tym wypadku nie dokonywał zakupu epizodycznego, nie mieszczącego się w jego typowej działalności, ale przedmiot zamówienia mieści się w kategorii wydatków, które są podstawowym, „codziennym” przedmiotem jego działania, dla którego został powołany i który jest jego jednym z podstawowych celów działalności. Nie można więc stwierdzić, że przyczyny powstania sytuacji, dla której konieczne stało się natychmiastowe nabycie soli drogowej nie leżały po stronie Zamawiającego. Fakt, że Zamawiający miał problemy z uzyskaniem od dysponenta odpowiednich środków finansowych nie zdejmuje z Zamawiającego odpowiedzialności za przygotowanie postępowania i zabezpieczenie finansowania realizacji podstawowych zadań. Obowiązkiem Zamawiającego jest bowiem oszacowanie wartości zamówienia z należytą starannością, to jest w sposób uwzględniający realia rynkowe i dający możliwość nabycia przedmiotu zamówienia. Wniosek powyższy jest tym bardziej uzasadniony, że Zamawiający już od latem 2012 r. miał sygnały, że przewidziany przez niego na realizację zadań budżet jest poważnie zagrożony, czego wyrazem była konieczność unieważnienia postępowania dla trzech rejonów z braku odpowiednich środków a także kolejne unieważnienia postępowania z tych samych przyczyn. Stąd powoływanie się na proces uzyskiwania finansowania zamówienia, w tym na uchwały Sejmiku Województwa Kujawsko-Pomorskiego przyznające finansowanie realizacji zamówienia poprzez przeniesienie środków między paragrafami, nie mogło wywołać zamierzonego rezultatu, w postaci uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego.

Potwierdziły się więc, stwierdzone w Informacji naruszenia przepisów art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z treścią art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zastrzeżenia w zakresie stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

**Członkowie:**