

Sygn. akt KIO/KD 61/14

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 18 lipca 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 23 czerwca 2014 r. (pismo znak: ZP.271.9.2011/3/2014), zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Gminę Nowa Sól**  
**ul. Moniuszki 3 A**  
**67-100 Nowa Sól**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki z dnia 11 czerwca 2014 r. (pismo znak: UZP/DKD/WKZ/421/36(3)/14/MA; KNZ/22/14; SK/41/12)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na

***Remont nawierzchni drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie.***

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**  
**Agata Mikołajczyk**  
**Aneta Mlącka**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie**

### **Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem UZP” lub „Kontrolującym”), działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – dalej jako: Pzp lub ustawa; przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był „Remont nawierzchni drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie”. W Informacji o wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania z dnia 11 czerwca 2014 r. (pismo znak: UZP/DKD/WKZ/421/36(3)/14/MA; KNZ/22/14; SK/41/12), Prezes UZP stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Wskazane zarzuty stanowiły konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej.

Podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na remont nawierzchni drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 13.12.2011 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji konsorcjum firm: Szosa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - Lider oraz Budownictwo Drogowo - Sanitarne Fuchs Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu - Partner. Umowa w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki została zawarta w dniu 30.12.2011 r. z ww. Konsorcjum w przedmiocie remontu nawierzchni drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.12.2011 r. pozycja 445282.

W toku kontroli Zamawiający wyjaśnił, iż remont nawierzchni drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie nie mógł zostać przeprowadzony przez wykonawcę wybranego w trybie przetargu nieograniczonego, ponieważ remont dotyczył całej szerokości pasa jezdni, tj. zarówno nawierzchni odtworzonej po wykopach wykonanych pod budowę kanalizacji sanitarnej w ramach Kontraktu JRP/7/2009 (pas szerokości wykopów), jak również pozostałej części bardzo zniszczonej jezdni. W przypadku zlecenia remontu innemu wykonawcy w okresie gwarancyjnym nastąpiłaby utrata gwarancji (Wykonawca kanalizacji sanitarnej na wykonaną sieć oraz odtworzoną nawierzchnię udzielił 5 - letniej gwarancji). Ponadto, wykonanie remontu drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie odbywało się w trakcie budowy kanalizacji

sanitarnej przez ww. Konsorcjum i polegało jak wynika z informacji otrzymanych od Zamawiającego na wyrównaniu części nawierzchni jezdni nieuwzględnionej w kosztach budowy kanalizacji oraz ułożeniu nowej, dodatkowej warstwy asfaltu na całej szerokości jezdni (łącznie z częścią naprawioną po wykonanych robotach kanalizacji sanitarnej). Zdaniem Zamawiającego udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy - dotychczasowemu Wykonawcy „spowodowało oszczędności, przyspieszyło roboty oraz zabezpieczyło przed utratą gwarancji”. Według Zamawiającego było zatem w pełni uzasadnione:

- społecznie, gdyż: „byłoby źle odebrane przez społeczność, jako marnowanie środków publicznych gdyby w krótkim czasie po wykonaniu budowy kanalizacji i odtworzeniu nawierzchni nastąpiło jej zerwanie i ponowny remont”,
- technicznie: remont nawierzchni ingerował w część jezdni naprawionej w ramach robót wykonanych ze środków UE poprzez regulacje 39 sztuk studzienek kanalizacyjnych oraz skrzynek wodociągowych i gazowych wyregulowanych przy naprawie części pasa drogi po kanalizacji poprzez dostosowanie ich do wysokości remontowanej drogi,
- oraz finansowo: obniżenie kosztów z tytułu zmniejszenia powierzchni frezowania oraz kosztów z tytułu dostosowania studni do wysokości remontowanej drogi.

Zamawiający poinformował, że budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Rudno realizowana była w ramach Funduszu Spójności, beneficjentem środków, Zamawiającym oraz prowadzącym inwestycję był Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli. Na całym odcinku ul. Nowosolskiej zabudowa mieszkaniowa znajduje się po jednej stronie drogi (po drugiej jest pas lasu). Kanalizacja sanitarna została zaprojektowana i wykonana po stronie zabudowanej - blisko krawędzi nawierzchni asfaltowej (3/4 szerokości nawierzchni asfaltowej nie zostało naruszone), jednak zgodnie z ustaleniami poczynionymi na etapie przygotowania dokumentacji budowy kanalizacji sanitarnej odtworzono nawierzchnię asfaltową do połowy szerokości pasa jezdni, tj. w zakresie większym niż pas prowadzonych robót. Ponadto z informacji przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż stan nawierzchni drogi był zły już przed budową kanalizacji i wymagał nie tylko odtworzenia (przywrócenia stanu sprzed budowy kanalizacji) ale również pogrubienia (o 5 cm) i wykonania nowej jednolitej nawierzchni ścieralnej na całej szerokości drogi. Dodatkowo, Zamawiający wyjaśnił, że jako zarządca drogi przy ul. Nowosolskiej w Rudnie już 2007 r. wydał pozwolenie na lokalizację projektowanej sieci kanalizacyjnej w pasie dróg w miejscowości Rudno, zaś o realizacji inwestycji pod nazwą Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Rudno dowiedział się w dniu 02.06.2010 r. po potwierdzeniu przez Komisję Europejską przyznania środków na realizację projektu pn.: Gospodarka wodno - ściekowa miasta Nowa Sól i gmin ościennych.

W powyższym stanie faktycznych w Informacji o wyniku kontroli Prezes UZP podkreślił na wstępie, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym Zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy. Kontrolujący przywołał w tym zakresie poglądy orzecznictwa, wskazując, że zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta.

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

„Względy techniczne”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, 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 nieprzewidywalny. Dla zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp nie jest zatem wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względu np. na specyficzne cechy techniczne zamówienia jest zdolny do realizacji zamówienia. W przeciwnym razie zamawiający winien podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy niezbędne jest ponadto zaistnienie przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które wprost uniemożliwiają powierzenie realizacji zamówienia innemu wykonawcy. Przepis ten nie może więc znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. Konieczne jest obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją jacykolwiek inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. „Przyczyny techniczne” muszą nie tylko dotyczyć aspektów technicznych danych usług, robót budowlanych lub

towarów, które mają być przedmiotem zamówienia publicznego, ale również mieć taki charakter, aby w sposób obiektywny wskazywały jedynie na jeden podmiot jako na potencjalnego wykonawcę zamówienia. Zdaniem TSWE (C-199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) sama złożoność przedmiotu zamówienia od strony technicznej nie wystarcza do wykazania zaistnienia przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki.

Powyższe, potwierdza wskazywany wcześniej wyrok sądu (NSA z dnia 11.09.2000 r. sygn. akt II SA 2074/00, Wokanda 2001/1/39), dotyczący stosowania ww. przesłanki. Wedle stanowiska Naczelnego Sądu Administracyjnego przekonanie wnioskującego o zatwierdzeniu 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. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Pogląd powyższy podzielił również Sąd Najwyższy, stwierdzając w uzasadnieniu wyroku z 6 lipca 2001 r. III RN 16/01 (OSNCP 2001/22/657), że skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne wtedy, gdy okoliczność, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca ma charakter obiektywny, a nie opiera się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego tylko znanego mu już wcześniej wykonawcy.

Kontrolujący wskazał, że przykładem wystąpienia przyczyn technicznych uzasadniających zastosowanie trybu z wolnej ręki może być sytuacja, w której dany wykonawca dysponuje konkretną technologią nie znajdującą się w posiadaniu innych podmiotów lub też koniecznością zachowania tych samych norm, standardów, czy parametrów technicznych, jeżeli ich niepowtarzalność i charakter nie pozwalają na jakiegokolwiek odstępstwa (możliwość powołania się na te przepisy będzie wyłączona, jeżeli jednak istnieją zbliżone parametry czy też normy jakości).

Odnosząc powyższe do okoliczności kontrolowanego postępowania Prezes UZP wskazał, że z analizy dokumentów, wyjaśnień zgromadzonych w toku postępowania kontrolnego wynika, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia obejmującego remont nawierzchni drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie, nie zachodziła sytuacja, w której przedmiotowe zamówienie mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. W związku z powyższym wyłonienie wykonawcy zamówienia powinno zostać poprzedzone stosowną weryfikacją rynku w dziedzinie robót budowlanych. Nie można arbitralnie zakładać, iż zorganizowanie postępowania przetargowego gwarantującego zachowanie konkurencyjności, nie doprowadziłoby do wyłonienia wykonawcy gotowego zrealizować przedmiotowe zamówienie na korzystniejszych warunkach, niż oferowane przez wskazaną firmę, zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Jako uzasadnienia dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, nie można też uznać argumentów Zamawiającego, iż z przyczyn technicznych *udzielenie zamówienia wykonawcy robót kanalizacyjnych jest w pełni uzasadnione, gdyż spowoduje oszczędności finansowe, przyspieszy roboty, a także zabezpieczy JRP i Gminę przed utratą gwarancji*. W ocenie Kontrolującego, należy bowiem wyraźnie odróżnić przyczyny techniczne od przyczyn organizacyjnych i gospodarczych. Zamawiający w przedstawionym stanie faktycznym powołał się na przyczyny organizacyjne, które to same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Zamawiający poprzez swoje działania nie może kreować monopolu powołując się na „przyczyny organizacyjne”, które uzasadniają w jego ocenie zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Jak zostało to wyżej wskazane „przyczyny techniczne” muszą mieć bowiem charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z subiektywnej decyzji Zamawiającego.

W ocenie Prezesa UZP zakres kontrolowanego zamówienia nie stanowił robót budowlanych tak specyficznych pod względem technicznym, aby mogły być realizowane wyłącznie przez Wykonawcę, który wykonywał na danym terenie roboty kanalizacyjne („w ramach zamówienia z wolnej ręki wykonano nową, dodatkową warstwę ścieralną zwiększającą grubość asfaltu o 5 cm”). W przypadku wykonania remontów nawierzchni drogi powszechną praktyką jest przeprowadzenie postępowań przetargowych. Rynek usług związanych z robotami budowlanymi, polegającymi m. in. na wykonaniu dodatkowej warstwy ścieralnej zwiększającej grubość asfaltu jest rynkiem konkurencyjnym. Istnieje wiele podmiotów, które posiadają zarówno możliwości techniczne, jak i doświadczenie, aby zrealizować przedmiot zamówienia, objęty niniejszą kontrolą. Zwłaszcza, że Zamawiający nie wskazał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak również w przesyłanych wyjaśnieniach żadnych szczególnych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie tego konkretnego zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot niż Wykonawca robót kanalizacyjnych. Wręcz przeciwnie z dokumentacji nadesłanej przez Zamawiającego wynika, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z robotami stanowiącymi standardowe i powszechnie dostępne rozwiązania, wykorzystywane przy tego typu inwestycjach.

Ponadto, ustawa Pzp pozostawia Zamawiającemu szeroką swobodę w formułowaniu wymagań odnośnie szczegółowych potrzeb, czy pożądaných parametrów technicznych przy opisie przedmiotu zamówienia. Wykorzystując rozwiązania ustawowe Zamawiający miał możliwość takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który zapewniłby mu pozyskanie pożądanego efektu na najkorzystniejszych warunkach dzięki pełnej weryfikacji rynku w drodze przeprowadzonego postępowania przetargowego. Podstawy do rezygnacji

z tej metody działania nie może stanowić subiektywne przekonanie Zamawiającego, iż w związku z wcześniej zawartą umową z danym Wykonawcą na budowę sieci kanalizacyjnej jest on jedynym podmiotem, który może wykonać zamówienie będące przedmiotem niniejszej kontroli. Taka okoliczność nie stanowi w żadnym przypadku przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, dotyczącego jednoczesnego wykonywania budowy kanalizacji i remontu drogi („wykonanie remontu nawierzchni drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie w czasie budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowości Rudno w Gminie Nowa Sól”) należało odróżnić potrzebę wykonania zamówienia (zły stan nawierzchni drogi) 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. Również argument finansowy przywołany przez Zamawiającego („obniżenie kosztów z tytułu zmniejszenia powierzchni frezowania, czy też zmniejszenie kosztów z tytułu dostosowania studni do wysokości remontowanej drogi”) nie stanowi podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie ww. przepisu. Jak zostało wskazane wcześniej uzasadnieniem zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy jest brak innego wykonawcy, który mógłby zrealizować zamówienie. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie.

Za przyczynę techniczną, na którą powołuje się Zamawiający nie może być uznany również argument społeczny oraz utrata gwarancji na które powołał się Zamawiający. Powoływanie się przez Zamawiającego na możliwość utraty gwarancji na wykonaną sieć kanalizacyjną i odtworzoną nawierzchnię drogi w przypadku powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy innemu niż Wykonawca zamówienia podstawowego, nie wypełnia przesłanki określonej w art. 67 ust 1 pkt 1 lit a) ustawy, gdyż *„konieczność powierzenia realizacji zamówienia konkretnemu wykonawcy nie może być konsekwencją postanowień uprzednio zawartych umów z wykonawcą, w tym związanych z warunkami gwarancji jakości”* (...) *„Także kwestia kosztów związanych z utratą gwarancji nie stanowi przyczyny o charakterze technicznym”* (por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2011 r., sygn. akt KIO/KD 81/11).

Kontrolujący wskazał ponadto, że zły stan drogi, a tym samym konieczność remontu nawierzchni jezdni przy ulicy Nowosolskiej w Rudnie była znana Zamawiającemu jeszcze przed przeprowadzeniem postępowań przetargowych przez Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. dotyczących budowy kanalizacji. Zamawiający jako zarządca drogi już w 2007 r. wydał Miejskiemu Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. pozwolenie na lokalizację projektowanej sieci kanalizacji w pasie dróg w miejscowości Rudno. Zamawiający wiedział, zatem zarówno o planowanej lokalizacji sieci kanalizacyjnej, jak również o terminie realizacji inwestycji.

Nie było również przeszkód, aby Zamawiający, udziałowiec Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. i zarządca drogi, podjął działania by inwestycja będąca przedmiotem zamówienia z wolnej ręki została ujęta w ramach postępowań przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, tj. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Rudno i Lubieszów w Gminie Nowa Sól oraz w m. Modrzyca w Gminie Otyń” (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr 2011/S 81-133124) lub „Budowa sieci wodno -kanalizacyjnych w Nowej Soli, Gminie Nowa Sól i Gminie Otyń” (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr 2009/S 114-164471) jako wydatek niekwalifikowany.

W konsekwencji, Prezes UZP uznał, że informacje przekazane przez Zamawiającego nie stanowią, w okolicznościach faktycznych sprawy, obiektywnych przyczyn technicznych uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Reasumując, w ocenie Prezesa UZP Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Zamawiający w piśmie z dnia 23.06.2014 r. (znak: ZP.271.9.2011/3.2014), zgłosił Kontrolującemu zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli. Zamawiający nie zgodził się z ocenę w zakresie naruszenia art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wskazano, że Gmina Nowa Sól była uprawniona do udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, gdyż prawidłowo zinterpretowała przesłankę udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) Pzp. Zamawiający podkreślił, że zaistniały stan faktyczny spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań Zamawiającego. Wskazano, że remont nawierzchni drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie mógł być wykonany tylko przez jednego Wykonawcę Konsorcjum Firm: Szosa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Budownictwo Drogowo - Sanitarne Fuchs Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu. Wykonawca ten wykonywał kanalizację sanitarną w ramach Kontraktu JRP/7/2009 Budowa Kanalizacji sanitarnej w miejscowości Rudno w Gminie Nowa Sól, w Projekcie współfinansowanym z Funduszu Spójności a realizowanym przez Jednostkę Realizującą Projekt - MZGK Sp. z o.o. w Nowej Soli. Zamawiający zwrócił się do Jednostki Realizującej Projekt z pytaniem o możliwość zrealizowania zadania dotyczącego wykonania remontu nawierzchni drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie w ramach realizowanego kontraktu, gdyż w trakcie tworzenia i składania wniosku do Komisji Europejskiej o dofinansowanie Projektu „Gospodarka wodno-ściekowa miasta Nowa Sól i gmin ościennych” w jego ramach nie istniała możliwość wykonania remontu dróg. Odpowiedź była jednoznaczna i wskazywała na konsekwencje zrealizowania powyższego zamówienia publicznego w trybie innym niż zamówienie z wolnej ręki oraz przez innego wykonawcę niż realizujący Kontrakt JRP/7/2009.



W odpowiedzi Prezes UZP – pismem z dnia 4 lipca 2014 r., znak pisma: UZP/DKD/WKZ/421/36(5)/14/MA – nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, informując jednocześnie o przekazaniu zastrzeżeń do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Kontrolujący wskazał, że argumenty Zamawiającego odnośnie aspektów technicznych dotyczyły jedynie konieczności odsłonięcia studzienek kanalizacyjnych i dostosowania ich wysokości do remontowanej drogi. Zamawiający w zastrzeżeniach zwrócił także uwagę na względy społeczne oraz trudności organizacyjne i finansowe (w tym utrata gwarancji) jakie wiązałyby się z udzieleniem przedmiotowego zamówienia innemu wykonawcy. W odniesieniu do przedmiotowej argumentacji Prezes UZP wskazał, że możliwość zastosowania przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy jest uzależniona od łącznego spełnienia dwóch przesłanek, tj. istnienia szczególnych przyczyn technicznych oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenia zamówienia innemu wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. Żaden z przedstawionych w zastrzeżeniach argumentów nie uzasadniał zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzieleniu zamówienia dotychczasowemu wykonawcy robót kanalizacyjnych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Niemożliwe do zaakceptowania jest stanowisko Zamawiającego, aby utożsamiać przyczyny społeczne, organizacyjne i finansowe z przyczynami technicznymi. Przyjęcie argumentacji Zamawiającego prowadziłoby bowiem do ograniczenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek okoliczności nie wynikających z ww. przepisu. Ponadto, Kontrolujący podkreślił, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty nie zostały poparte żadnymi dowodami (dokumentacją z analizy rynku, symulacją finansową itp.) stanowią zatem przejaw subiektywnych przekonań Zamawiającego, a nie istnienia obiektywnych przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Wskazano ponadto, że zakres niniejszego zamówienia nie stanowił robót budowlanych tak specyficznych pod względem technicznym, aby mogły być realizowane wyłącznie przez wykonawcę, który wykonywał na danym terenie roboty kanalizacyjne. Odnosząc się do możliwości objęcia przedmiotowego zamówienia Kontraktem JRP/7/2009, podkreślono, że Kontrolujący dwukrotnie na etapie prowadzonego postępowania wyjaśniającego zwracał się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie informacji: dlaczego remont nawierzchni drogi ul. Nowosolskiej w Rudnie nie został ujęty w ramach Kontraktu JRP/7/2009 pn.: Budowa Kanalizacji Sanitarnej w miejscowości Rudno w Gminie Nowa Sól. Zamawiający w przekazanych odpowiedziach nie odniósł się jednak do powyższego. Jednocześnie Prezes UZP wskazał, że z przekazanego w zastrzeżeniach pisma MZGiK Sp. z o.o. z dnia 16.11.2010 r. będącego odpowiedzią na pismo Zamawiającego z dnia 05.10.2010 r., wynika, że zarówno prośba Zamawiającego, jak również udzielona przez MZGiK Sp. z o.o. odpowiedź nastąpiły już w trakcie realizacji Kontraktu JRP/7/2009.

Tymczasem zgodnie z „Wytycznymi w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 - 2013” ocena kwalifikowalności projektu jest dokonywana na etapie oceny wniosków o dofinansowanie (Rozdział 4 Podrozdział 1 pkt 1). Dodatkowo zgodnie z ww. Wytycznymi w ramach przygotowywanych projektów Projektodawcy określają zarówno wydatki kwalifikowane jak również niekwalifikowane (Rozdział 4 Podrozdział 1 pkt 3). Ze stanu faktycznego sprawy nie wynika natomiast, aby Zamawiający na etapie przygotowywania wniosku o dofinansowanie ze środków unijnych starał się o uwzględnienie niniejszego zamówienia w ramach inwestycji planowanej przez MZGiK Sp. z o.o. O tym, że Zamawiający wiedział o planowaniu ww. inwestycji świadczy też między innymi porozumienie międzygminne zawarte w dniu 29.01.2007 r. między miastem Nowa Sól a gminami Nowa Sól i Otyń, zgodnie z którym beneficjent - MZGiK Sp. z o.o. - stał się właścicielem i operatorem infrastruktury uruchomionej w ramach realizacji projektu. Tym samym, Prezes UZP podtrzymał pogląd zawarty w informacji o wyniku kontroli, iż nie było przeszkód by przedmiotowe zamówienie zostało ujęte w ramach postępowań przetargowych jako wydatek niekwalifikowany.

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

Izba uznaje ustalenia Prezesa UZP poczynione w niniejszej sprawie za prawidłowe i przyjmuje je za własne. Izba w całości podziela także wywody i argumentację prawną przedstawioną przez Prezesa UZP w odniesieniu do poczynionych ustaleń oraz stwierdzonych naruszeń.

Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Przedmiotem kontroli Prezesa UZP była ocena zgodności zastosowania trybu z wolnej ręki z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W niniejszym postępowaniu dotyczyło to wypełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. W tym też zakresie Izba uprawniona była to przeprowadzenia oceny zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego.

Mając na uwadze normę prawną zawartą w ww. przepisie należy w pierwszej kolejności wskazać, że nie jest wystarczającym, ani w zasadzie odnoszącym się do istoty warunku przewidzianego w ww. przepisie, odwołanie się do okoliczności organizacyjnych, gospodarczych, czy społecznych. Utrata gwarancji jest przy tym czynnikiem o charakterze prawnym, a nie obiektywną przesłanką techniczną wykluczającą inne podmioty z ubiegania się o zamówienie (tak: uchwała KIO z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/KD 16/09). Uzasadnieniem zastosowania trybu z wolnej ręki nie może być też przeświadczenie, że udzielenie zamówienia danemu wykonawcy będzie dla zamawiającego rozwiązaniem najmniej skomplikowanym i czasochłonnym.

W konsekwencji okoliczności nie odnoszące się do zakresu objętego hipotezą normy prawnej zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie mogły podważyć zasadności stwierdzonych w toku kontroli naruszeń. Prezes UZP trafnie wskazał, że niemożliwym jest utożsamianie tego rodzaju kwestii z przyczynami technicznymi, o których stanowi przedmiotowy przepis. Izba podziela także stanowisko, że zaakceptowanie argumentacji Zamawiającego pozostawałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i oznaczałoby uznanie, jako uzasadnienie dla zastosowania w ww. przepisu, okoliczności które nie są objęte jego treścią.

Przytaczanych z kolei przez Zamawiającego względów technicznych nie cechował ani obiektywny charakter, o którym stanowi przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, ani nie stanowiły one podstawy do przyjęcia stanowiska, że w kontrolowanym postępowaniu faktycznie przedmiot zamówienia mógł zostać wykonany tylko przez jednego wykonawcę, a tym samym, że Zamawiający był uprawniony do zastosowania trybu szczególnego w postaci udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Należy podkreślić, że ustawa Prawo zamówień publicznych ustanawia prymat trybów konkurencyjnych w procesie udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z art. 10 ust. 1 Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Inne tryby, w tym zamówienie z wolnej ręki, Zamawiający może stosować tylko w przypadkach określonych w ustawie. Udzielenie zamówienia w tym trybie należy traktować jako wyjątek, dla uzasadnienia którego muszą zaistnieć ściśle określone przesłanki, tym bardziej, że zamówienie z wolnej ręki stanowi tryb najbardziej ingerujący w zasadę konkurencyjności. W orzecznictwie Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreślono, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta (podobnie TSUE w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01 oraz w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Podstawą prawną swoich działań Zamawiający uczynił art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem przedmiotowego przepisu, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Oznacza to, że w danym miejscu i czasie dane zamówienie może zrealizować tylko jeden wykonawca, a źródła zaistniałego stanu rzeczy należy poszukiwać w przyczynach technicznych, z zastrzeżeniem, że muszą mieć one charakter obiektywny. Ciężar wykazania zaistnienia przesłanek określonych w ww. przepisie ciąży na zamawiającym. To zamawiający zobowiązany jest wykazać zaistnienie owych "przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze", które uniemożliwiają udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi, przy czym powołanie się na tą przesłankę musi być poparte

rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia. Okolicznością uzasadniającą zastosowanie tej przesłanki nie może być subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję wykonania tego konkretnego zamówienia. "Przesłanka prawna jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki 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 dwóch lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi (...)" (wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01).

W Informacji o wyniku kontroli w sposób rzeczowy wskazano, że przedmiot zamówienia nie stanowił robót budowlanych tak specyficznych pod względem technicznym, aby mogły być realizowane wyłącznie przez jednego wykonawcę. Rynek usług związanych z robotami budowlanymi, polegającymi m.in. na wykonaniu dodatkowej warstwy ścieralnej zwiększającej grubość asfaltu jest rynkiem konkurencyjnym. Istnieje wiele podmiotów, które posiadają zarówno możliwości techniczne, jak i doświadczenie, aby zrealizować tego rodzaju przedmiot zamówienia. Dla zastosowania trybu z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp konieczne jest natomiast, by w danej sytuacji rzeczywiście nie istnieli w odniesieniu do konkretnego zamówienia alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał tych okoliczności, a to na nim spoczywał ciężar dowodowy w tym zakresie. Trafnie wskazał Kontrolujący, że Zamawiający nie wskazał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak również w przesyłanych wyjaśnieniach żadnych szczególnych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie tego konkretnego zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot niż wykonawca robót kanalizacyjnych. Wręcz przeciwnie z dokumentacji nadesłanej przez Zamawiającego wynikało, że w niniejszej sprawie przedmiot zamówienia obejmował roboty stanowiące standardowe i powszechnie dostępne rozwiązania, wykorzystywane przy tego typu inwestycjach.

Reasumując, należy podzielić stanowisko Prezesa UZP, iż Zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z trybu, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, czym dopuścił się naruszenia art. 10 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W toku kontroli, jak też w zastrzeżeniach od ich wyniku, Zamawiający nie wskazał rzeczowych wyjaśnień, ani nie przedstawił dowodów, które potwierdziłyby spełnienie przesłanek uzasadniających udzielenie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ww. przepis i które mogłyby podważyć zasadność stwierdzonych naruszeń.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....