



PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Warszawa,

2022 roku

DKZP.WKZ3.442.14.2022.OL
KND/14/22

Burmistrz Gminy i Miasta Jastrowie

uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 603 ust. 1 w zw. z art. 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), przeprowadził kontrolę doraźną w sprawie udzielenia przez Zamawiającego - Gminę i Miasto Jastrowie zamówienia publicznego na **Administrację i zarządzanie cmentarzami na terenie Gminy Jastrowie**.

Zgodnie z art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w załączeniu przesyłam informację o wyniku ww. kontroli.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.



Warszawa,

2022 roku

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DKZP.WKZ3.442.14.2022.OL

KND/14/22

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli

Zamawiający:	Gmina i Miasto Jastrowie ul. Gdańska 79 64-915 Jastrowie
Rodzaj zamówienia:	usługa
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	administracja i zarządzanie cmentarzami na terenie Gminy Jastrowie
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp
Wartość zamówienia:	150 000 zł, co stanowi równowartość 35 134,56 euro
Wszczęcie kontroli:	na wniosek
Wszczęcie postępowania:	22.03.2021 r.
Środki unijne:	nie

Informacja o stwierdzonych naruszeniach lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 309 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu przedmiotowego zamówienia.

UZASADNIENIE

Ad. 1

W dniu 22 marca 2021 r. Zamawiający wszczął poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji , postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp na usługę *administracji i zarządzania cmentarzami na terenie Gminy Jastrowie*.

W dniu 31 marca 2021 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym - Gmina i Miasto Jastrowie a Wykonawcą umowa w sprawie zamówienia publicznego w przedmiocie *administracja i zarządzanie cmentarzami na terenie Gminy Jastrowie* w łącznej kwocie 156 965,40 zł brutto.

W pkt 5 protokołu postępowania Zamawiający w uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał, iż *Zamawiający postanawia udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, Spółce , w której Gmina: posiada 100 % udziałów, sprawuje nadzór nad organem zarządzającym, ma prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.*

Spółka została powołana dla zaspokajania potrzeb Gminy i wypełniania jej zadań własnych w zakresie świadczenia usług komunalnych. Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym w art. 7 ust. 1 pkt 13) stanowi, iż zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy: 13) cmentarzy gminnych. Na podstawie art. 9 ust. 1 ww. ustawy, w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. Z kolei ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej w art. 2 stanowi, iż „gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego”. Gmina Jastrowie dla zaspokajania potrzeb w zakresie wykonywania niektórych zadań własnych powołała do tego celu przedsiębiorstwo komunalne, które uzbroidła w odpowiednie mienie majątkowe i finansowe, stwarzając możliwości wykonywania tych zadań. Powołana Spółka ”

posiada zapisany w Statucie Spółki zakres zadań i odpowiedzialności, w tym m.in. zajmuje się:

- odbiorem i oczyszczaniem ścieków (dysponuje 3 oczyszczalniami ścieków/kolektorami kanalizacyjnymi),
- wywozem nieczystości stałych i płynnych (dysponuje samochodem specjalistycznym oraz ciągnikami z przyczepami i beczką asenizacyjną),
- oczyszczaniem kratek ściekowych i udrażnianiem kanalizacji sanitarnej i burzowej (dysponuje mobilnym urządzeniem DIBO),
- utrzymaniem terenów zielonych,
- usługami pogrzebowymi na terenie cmentarzy w Jastrowiu, w Sypniewie oraz w Brzeźnicy,
- sprzedażą trumien, utensylii pogrzebowych, pojemników oraz innych materiałów,
- remontowaniem ulicy, chodników i placów.

Mając na względzie ujednolicenie wykonywania zadania własnego w zakresie utrzymania cmentarzy gminnych), uzasadnionym jest aby Spółka objęła również usługi związane z administrowaniem i zarządzaniem cmentarzy komunalnych w miejscowościach Jastrowie, Sypniewie, Brzeźnicy i Nadarżycach. Usługi administrowania i zarządzania polegają mają na utrzymaniu porządku na cmentarzach, dozór cmentarzy i domu pogrzebowego w Jastrowiu, usuwanie odpadów gromadzonych z okazji Święta Zmarłych i na bieżąco, prowadzenie robót konserwacji i remontów budynku domu pogrzebowego, naprawa zainstalowanych urządzeń i instalacji, dostawa wody na cmentarze. Do zadań Spółki będzie należało również przycinanie drzew lub ich usuwanie, wywóz różnych odpadów z terenów cmentarzy. Spółka posiada odpowiednio przygotowane służby, administrację, jest wyposażona w urządzenia i pojazdy specjalne do wykonywania kompleksowej obsługi cmentarzy. Zlecenie wykonywania przez Spółkę administrowania i zarządzania cmentarzami jest racjonalnie uzasadnione, za czym przemawia posiadane duże doświadczenie w administrowaniu obiektami i robotami, posiadane wyposażenie techniczne gwarantujące kompleksowe zarządzanie cmentarzami i obiektami na nich wybudowanymi. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki Spółce komunalnej Gminy jest uzasadnione z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze i jest to najbardziej rozsądne rozwiązanie. Podzielenie zamówienia na części (cmentarze) nie ma racjonalnego uzasadnienia i stanowiłoby utrudnienie zarówno organizacyjne i techniczne zwłaszcza, że Spółka Gminy jest jedynym dostawcą wody i jedynym odbiorcą ścieków i odpadów komunalnych.

Pismem z dnia 4 lutego 2022 r. (wpływ do Urzędu za pomocą poczty elektronicznej w tym samym dniu) Zamawiający powtórzył wcześniejszą argumentację dotyczącą udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wskazał m.in., że niniejsza umowa została zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający postanowił udzielić zamówienia Administracja i zarządzanie cmentarzami na terenie Gminy Jastrowie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 213 ust. 1 ustawy Pzp *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 Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 214 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 305 pkt 1 ustawy Pzp *zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1-5 i 7-14 ustawy Pzp*. Jednocześnie w myśl art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp *Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze - jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia*.

Stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu jest uzależnione zatem od kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe, pod warunkiem że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Należy zauważyć, iż orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „ETS”), sądów krajowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”) dotyczące interpretacji przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki: „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” dokonane na gruncie wcześniej obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych pozostaje również aktualne w obecnym stanie prawnym - art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zastosowanie trybu z wolnej ręki „z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” uwarunkowane jest szczególnym charakterem danego zamówienia, istnieniem jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie, czyli istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw (tak orzeczenie ETS z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 Komisja przeciwko Republice Włoskiej opubl. Zbiory orzecznictwa TE 1995 r., str. I-01249).

KIO w uchwale z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18, stwierdziła, że „warunkiem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ZamPublU jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez wybranego Wykonawcę. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, Zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych. Skorzystanie z trybu wyboru Wykonawcy z wolnej ręki, w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ZamPublU, jest uzależnione od szczególnego charakteru danego zamówienia - jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku

nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Natomiast przedmiotowych przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez Zamawiającego Wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom Zamawiającego, ani to czy dany Wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym, w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami czy zaniechaniami dokonanymi przez samego Zamawiającego. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek państw członkowskich Unii Europejskiej, zaś taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny”.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż zamawiający niesłusznie uznał, iż w niniejszej sprawie zachodzą okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania i wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego wynika, że Zamawiający nie przeprowadził analizy rynku w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia (usługa administrowania i zarządzania cmentarzami gminy), pod kątem możliwości realizacji zamówienia przez innych wykonawców działających w tym segmencie rynku. Zatem podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania z wolnej ręki, nie kierował się przesłankami obiektywnymi, a jedynie własnym subiektywnym przekonaniem, że udzielenie przedmiotowego zamówienia własnej spółce komunalnej jest racjonalnie uzasadnione ze względu na posiadane przez nią doświadczenie w administrowaniu obiektami i robotami, posiadane wyposażenie techniczne gwarantujące kompleksowe zarządzanie cmentarzami i obiektami na nich wybudowanymi oraz okolicznością, że spółka ta jest jedynym dostawcą wody i jedynym odbiorcą ścieków i odpadów komunalnych. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z sytuacją faktycznego monopolu wykonawcy, ale celowym działaniem Zamawiającego i jego subiektywnym przekonaniem, że takie rozwiązanie jest racjonalnie uzasadnione. Taka ocena zdarzeń nie upoważnia jednak do przyjęcia, że zamówienie może być udzielone na podstawie omawianej przesłanki w trybie z wolnej ręki.

Należy wskazać, że obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie, że tylko wybrany wykonawca jest w stanie zamówienie wykonać i jednocześnie nie istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je zrealizować.

„Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki muszą być interpretowane ściśle dlatego też Zamawiający powinien wskazać przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, które 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” (tak KIO w uchwale z dnia 5 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 79/16), a istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego.

Podane przez Zamawiającego argumenty wskazują, że Zamawiający przy wyborze omawianej przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki kierował się wyłącznie wewnętrznym przekonaniem, że z uwagi na przyczyny organizacyjne Spółka będzie w stanie najlepiej wykonać niniejsze zamówienie. Uzasadnieniem do zastosowania omawianej przesłanki nie może być również potrzeba ujednolicenia zadań własnych gminy i w konsekwencji udzielenie przedmiotowego zamówienia własnej spółce komunalnej. Nadto należy wskazać, że usługa administrowania i zarządzania cmentarzem stanowi usługę powszechnie dostępną, a tym samym na rynku są firmy, które mogą ją świadczyć.

Zarówno orzecznictwo jak i uchwały KIO jednoznacznie wskazują, że przyczyny organizacyjne, na które powołał się Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu postępowania (pkt 5 protokołu postępowania), nie mogą być podstawą zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne czy gospodarcze, które nie mają tu zastosowania. KIO w uchwale z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO/KD 54/20 podkreśliła, że „przyczyn technicznych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ZamPublU nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi czy też społecznymi” (tak też KIO w uchwale z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18).

Zatem, należy uznać, iż w niniejszej sprawie nie zachodziły okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Podsumowując, należy stwierdzić naruszenie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Wykonawca , któremu udzielono przedmiotowego zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Ad. 2

Zamawiający w pkt 18 ppkt 2 protokołu postępowania nie wskazał, że ogłoszenie o wyniku postępowania zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych i nie załączył do protokołu postępowania dowodu zamieszczenia ogłoszenia w tym publikatorze.

W piśmie z dnia 24 września 2022 r. Zamawiający wyjaśnił, że *dokumenty [przedmiotowego postępowania] nie zawierały kopii ogłoszenia o wyniku postępowania. Ogłoszenie o wyniku postępowania na skutek przeoczenia nie zostało sporządzone. Ogłoszenie to nie wchodzi w zakres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które kończy się z chwilą podpisania umowy z Wykonawcą.*

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Zgodnie z art. 309 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania zawierające informację o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania.

Tym samym należy wskazać, że Zamawiający miał obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu zamówienia w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia tj. w terminie 30 dni od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując, Zamawiający poprzez zaniechanie zamieszczenia ww. terminie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu zamówienia naruszył przepis art. 309 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.