



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Hubert Nowak

DKZP.WKZ3.442.5.2023.LB
KND/4/23/DKZP

Warszawa,12.2023 r.

Pan
Piotr Hajduk
Wójt Gminy Pcim
Pcim 563
32 – 432 Pcim

W odpowiedzi na pismo z dnia 20 listopada 2023 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 23 listopada 2023 r.) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki pn.: **„Zimowe utrzymanie dróg gminnych i wewnętrznych na terenie Gminy Pcim w sezonie 2022/2023”**, przeprowadzonego przez Gminę Pcim, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 305 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: „ustawa Pzp”) w związku z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 oraz art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, jak również naruszeń wskazanych w art. 262 ust. 2 ustawy Pzp oraz w art. 309 ust. 1 ustawy Pzp wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 listopada 2023 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.5.2023.LB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów:

1. art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 oraz art. 129 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo nieziszczenia się przesłanek wyboru tego trybu, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych;
2. art. 262 ustawy Pzp poprzez niezawiadomienie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu w trybie podstawowym, o wszczęciu kolejnego postępowania w trybie z wolnej ręki, które obejmowało ten sam przedmiot zamówienia, czym naruszył zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości;
3. art. 309 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie ogłoszenia o wyniku postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych po upływie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Pismem z dnia 20 listopada 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

Ad. 1. Odnośnie zarzutu pierwszego, udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo braku podstawy do zastosowania tego trybu - składający zastrzeżenia wskazuje, że w jego ocenie udzielenie zamówienia w tym trybie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający zwrócił uwagę na stanowisko organu kontrolującego, że (...) w wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych sformułowano zarzut, iż Zamawiający naruszył art. 305 ust. 1 w związku z art. 215 ust. 1 pkt 5. W argumentacji kontrolujący podnosi, iż Zamawiający mógł przewidzieć wystąpienie okoliczności związanych z porą roku oraz przez wzgląd na powyższe mógł zachować terminy określone dla innych terminów zastrzeżonych w PZP.

W uzasadnieniu wniesionych zastrzeżeń Zamawiający wskazał, m.in., że (...) wszczynając postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zastosował stosowne wyprzedzenie terminu uwzględniając charakterystykę klimatyczną regionu. Zamawiający nie twierdzi, iż wyjątkową sytuacją były zbliżające się warunki pogodowe. Co więcej Zamawiający zdając sobie sprawę i posiadając wiedzę nt. cyklicznego możliwego wystąpienia opadów śniegu w określonych porach roku wszczął postępowanie na tyle wcześniej, aby jego rozstrzygnięcie nastąpiło z odpowiednim wyprzedzeniem. Zamawiający podjął powtórny próbę realizacji postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym po unieważnieniu pierwszego postępowania. Należy podkreślić, iż szacowanie zamówienia zostało dokonane z należytą starannością. Zatem, wyjątkową sytuacją nie były przewidywania meteorologiczne, a dwukrotna konieczność unieważnienia postępowania. Powodem unieważnień postępowań było to, że składane w trybie zamówienia oferty znacznie przewyższały przeznaczone przez Zamawiającego na ten cel środki finansowe. Zamawiający nie był w stanie przewidzieć, opierając się na prawidłowo przeprowadzonym szacowaniu, iż nie uzyska w toku postępowania oferty, która odpowiadałaby jego szacunkom finansowym. Dwukrotne postępowanie uwzględniające wszystkie możliwe terminy nieprzewidywalnie skróciły czas w jakim Zamawiający mógł uzyskać usługę. Należy podkreślić, iż Zamawiający wszczynając postępowanie zakłada jego zakończenie wyborem Wykonawcy a nie jego unieważnieniem. Zatem czas wszczęcia postępowania jest planowany tak aby zabezpieczyć wykonanie usługi w terminie oczekiwanym przez Zamawiającego. Zakładając, iż Zamawiający winien przewidywać unieważnienie każdego postępowania i jego wielokrotne powtarzanie Zamawiający nie byłby w stanie określić odpowiedniego terminu wszczęcia postępowania bo nie mógłby przewidzieć liczby unieważnionych kolejno po sobie postępowań. W ocenie Zamawiającego, wszczęcie kolejnego postępowania przetargowego przy założeniu przeznaczenia na ten cel podobnych środków finansowych doprowadziłoby zapewne do kolejnego unieważnienia postępowania. Uwzględniając fakt, iż okolicznością kreującą sytuację wyjątkową była konieczność dwukrotnego unieważnienia postępowania w trybie podstawowym, jak również to że było to nieprzewidywalne oraz niezaplanowane przez Zamawiającego, należy uznać, iż przesłanki pozwalające na zastosowanie szczególnego rodzaju trybu, tj. trybu z wolnej ręki zostały spełnione w tym przypadku.

Zdaniem Zamawiającego (...) takie postępowanie miało na celu wyłonienie Wykonawcy na realizację zadania związanego z zimowym utrzymaniem dróg na terenie Gminy, przy jak największej oszczędności środków publicznych. Zadanie to zostało wykonane prawidłowo, bo oferenci którzy przystąpili do negocjacji zaproponowali ceny na które mógł zgodzić się Zamawiający bez zbędnego przekroczenia zaplanowanego na ten cel budżetu zadania. Zatem działanie Zamawiającego nakierowane było na korzyść finansów Gminy. Podkreślenia wymaga również okoliczność, że żaden z oferentów startujących w przetargach nie złożył jakichkolwiek zastrzeżeń czy zarzutów zarówno do unieważnionych przetargów jak i do trybu z wolnej ręki.

Ad.2. Odnośnie zarzutu niezawiadomienia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym o wszczęciu kolejnego postępowania składający zastrzeżenia wskazuje, że w jego ocenie zawiadomienie miało miejsce, zatem zarzut ten jest bezprzedmiotowy.

Zamawiający wyjaśnił w treści wniesionych zastrzeżeń, że (...) wszyscy ubiegający się o zamówienie w trybie podstawowym zostali zawiadomieni o unieważnieniu obu przetargów oraz zostali zaproszeni publicznie do przystąpienia do przetargu w trybie z wolnej ręki. Miało to miejsce podczas transmisji on- line na jednym z portali społecznościowych, gdzie temat ośnieżania dróg na terenie gminy był jednym z tematów dyskusji.

Dodał, że (...) powyższa informacja dotarła do wszystkich dotychczasowych oferentów lub z łatwością mogła dotrzeć – w tym również do Pana Janickiego. Z nieznanych dla Zamawiającego powodów jeden z dotychczasowych oferentów nie przystąpił do trybu z wolnej ręki (w załączeniu notatka z dnia 25 listopada 2022 r. – przesłana do Państwa wraz z wcześniejszymi wyjaśnieniami).

Mając to na uwadze w ocenie Zamawiającego wymóg informacji o kolejnym etapie (trybie z wolnej ręki) został spełniony, zatem zarzut jego naruszenia jest bezzasadny.

Wobec powyższego Zamawiający wnosi o reasumpcję przesłanej Informacji, gdyż wszystkie podejmowane przez Zamawiającego działania miały na celu zapewnienie prawidłowej realizacji zadania zimowego utrzymania dróg na terenie Gminy Pcim oraz oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Działania Zamawiającego nie były nakierowane na ograniczenie konkurencji, w tym w szczególności na naruszenie zasad uczciwej konkurencji i prymatu trybów przetargowych. Wszystkie działania Zamawiającego odbywały się jawnie i nastawione były do dobro mieszkańców i ograniczenie wydatków gminnych. W ocenie Zamawiającego, próba ogłoszenia kolejnego przetargu, w trybie podstawowym, doprowadziłaby do sytuacji niemożności wywiązania się zadania zimowego utrzymania dróg, co mogłoby rodzić niebezpieczne sytuacje dla użytkowników dróg gminnych w okresie zimowym. Mając to na uwadze Zamawiający podjął decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu informuje, co następuje.

Zamawiający w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej zakwestionował zarzut naruszenia art. 305 ust. 1 w związku z art. 215 ust. 1 pkt 5 oraz art. 262 ustawy Pzp. Nie odniósł się natomiast do zarzutu wynikającego z art. 309 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zamieszczenia ogłoszenia o wyniku postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych po upływie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia 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. Dla oceny zasadności udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki przez Zamawiającego, koniecznym była analiza okoliczności faktycznych pod kątem łącznego wystąpienia przesłanek, o których mowa art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający argumentując wniesione zastrzeżenia od wyniku kontroli podniósł m.in., iż (...) wszczynając postępowanie (...) zastosował stosowne wyprzedzenie terminu uwzględniając charakterystykę klimatyczną regionu. Dodał, iż (...) powodem unieważnień postępowań było to, że składane w trybie zamówienia oferty znacznie przewyższały przeznaczone przez Zamawiającego na ten cel środki finansowe. (...) Uwzględniając fakt, iż okolicznością kreującą sytuację wyjątkową była konieczność dwukrotnego unieważnienia postępowania w trybie podstawowym, jak również to że było to nieprzewidywalne oraz niezaplanowane przez Zamawiającego, należy uznać, iż przesłanki pozwalające na zastosowanie szczególnego rodzaju trybu, tj. trybu z wolnej ręki zostały spełnione w tym przypadku.

Prezes Urzędu podtrzymuje wyrażone w Informacji o wyniku kontroli stanowisko, że charakter wystąpienia sytuacji wyjątkowej nie ma sytuacji, w której Zamawiający udziela zamówienia w trybie z wolnej ręki w związku z unieważnieniem uprzednio prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia z uwagi, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa

kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Należy podkreślić, iż prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia Zamawiający musi liczyć się z możliwością wystąpienia zdarzeń warunkujących konieczność unieważnienia postępowania, co oznacza, iż co do zasady nie można potraktować ich jako zdarzeń stanowiących podstawę do udzielenia zamówienia w analogicznym przedmiocie w trybie z wolnej ręki zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej odwołano się do utrwalonego już orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, dopuszczającego możliwość udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie ustawy Pzp. Przykładowo w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 stycznia 2015 r. (sygn. KIO/KD 115/14), wskazano, iż *cechę wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji*. Zatem, uznanie unieważnienia postępowania, za wyjątkowe oraz nieprzewidywalne stanowiłoby znaczne poszerzenie zakresu wyjątku, który nie powinien być traktowany rozszerzająco.

O nieprzewidywalności określonych okoliczności można mówić w sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby mało prawdopodobne. Zasadniczo nieprzewidywalne będą przypadki obejmujące zdarzenia losowe, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, powodzie, pożary, trzęsienia ziemi itp. Natomiast nie można uznać za przesłankę do zastosowania ww. trybu unieważnienie uprzednio przeprowadzonych postępowań na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi, iż cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie można bowiem takiej sytuacji uznać, że jest to zdarzenie wyjątkowe, którego nie dało się wcześniej przewidzieć przy dochowaniu należytej staranności. Zatem, nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż stopień nieprzewidywalności uzależniony jest od ilości unieważnionych postępowań o udzielenie zamówienia. Należy wskazać, iż zgodnie z utartym poglądem orzecznictwa możliwość przewidzenia przez Zamawiającego wyjątkowej sytuacji, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, powinna być określona w sposób obiektywny.

Jeszcze raz podkreślić należy, iż Zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp 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, które jest świadczeniem realizowanym przez Zamawiającego corocznie (a tym samym cyklicznie) w polskich warunkach atmosferycznych.

Należy w tym miejscu także podnieść, iż twierdzenie Zamawiającego, że (...) *szacowanie zamówienia zostało dokonane z należytą starannością* nie znajduje uzasadnienia w świetle okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy, tj. dwukrotnym unieważnieniem postępowania prowadzonym w trybie podstawowym z uwagi, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie należy mieć też na uwadze, iż zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość zwiększenia kwoty pokrycia finansowego w związku z wyborem oferty. Decyzja o zwiększeniu tej kwoty jest oparta na swobodnym uznaniu zamawiającego. Wyrażenie „może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty” należy interpretować jako uprawnienie zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel.

Prezes Urzędu nie kwestionuje intencji Zamawiającego, tj. kierowania się *oszczędnością środków publicznych*. Należy jednak zauważyć, iż powyższe nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki i pozostaje bez wpływu na dokonaną kwalifikację istoty wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie, kontrola Prezesa Urzędu przeprowadzana jest wyłącznie w zakresie kryterium legalności, tj. zgodności procedury udzielenia zamówień z przepisami ustawy Pzp a nie kontroli prowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i udzielenia zamówienia w kontekście celowości czy gospodarności.

Nie może również ująć uwadze fakt, iż Zamawiający uzasadniając możliwe straty finansowe nie powołuje się na żadne dokumenty oraz szczegółowe wyliczenia w tym zakresie, jak również nie przedstawia dowodów, poza ogólnikowymi stwierdzeniami, z których wynikałaby realna oszczędność środków publicznych.

W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający podniósł, iż 2 zarzut niezawiadomienia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym o wszczęciu kolejnego postępowania (...) jest bezprzedmiotowy, ponieważ w jego ocenie zawiadomienie miało miejsce. Z załączonej do zastrzeżeń notatki z dnia 25 listopada 2022 r. wynika, że cyt. w dniu 25 listopada 2022 r. do Urzędu Gminy Pcim zgłosiły się podmioty, które zaoferowały wykonanie usługi zimowego odśnieżania na terenie Gminy Pcim. Było to wynikiem przeprowadzonej transmisji on – line dostępnej na jednym z portali społecznościowych, gdzie został ten temat poruszony. W ocenie Zamawiającego, powyższa okoliczność wskazuje, że (...) wszyscy ubiegający się o zamówienie w trybie podstawowym zostali zawiadomieni o unieważnieniu obu przetargów oraz zostali zaproszeni publicznie do przystąpienia do przetargu w trybie z wolnej ręki.

Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się pisemnie, zatem czynność ta powinna zostać udokumentowana przez Zamawiającego w postaci zawiadomienia o unieważnieniu postępowania i wszczęciu kolejnego wraz ze stosowną informacją dla uczestników uprzednio prowadzonego postępowania. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2022 r. (sygn. KIO 1597/22) Izba wskazała, że powyższe wskazanie nie jest jedynie zbędnym formalizmem ustawodawcy, lecz ma dwie istotne funkcje: dowodową oraz, związaną z nią, zachowania przejrzystości postępowania przetargowego. Poza tym korespondencja pisemna ma charakter oficjalnych stanowisk piszących, natomiast trudno stwierdzić, jaki charakter ma rozmowa telefoniczna, jak też – co konkretnie podczas niej wskazano lub ustalono.

Tym samym, wskazać należy iż treść przedmiotowego dokumentu, tj. notatki z dnia 25 listopada 2022 r. nie daje podstawy do wywiedzenia wniosku o możliwości skutecznego zawiadomienia wykonawców o wszczęciu kolejnego postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki jak wymaga tego przepis art. 262 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem uznać, iż aby przeprowadzenie transmisji on-line stanowiło skuteczny sposób powiadomienia wszystkich wykonawców o unieważnieniu i wszczęciu kolejnego postępowania. Potwierdza to również Zamawiający w treści wniesionych zastrzeżeń, cyt. *informacja dotarła do wszystkich dotychczasowych oferentów lub z łatwością mogła dotrzeć (...) z nieznanymi dla Zamawiającego powodów jeden z dotychczasowych oferentów nie przystąpił do trybu z wolnej ręki.*

Mając powyższe na uwadze poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, Zamawiający naruszył art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady prymatu trybów przetargowych, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 oraz art. 129 ust. 2 ustawy Pzp. Brak zawiadomienia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o wszczęciu kolejnego postępowania w trybie z wolnej ręki, które dotyczyło tego samego przedmiotu zamówienia stanowiło naruszenie art. 262 ustawy Pzp. Natomiast zaniechanie przez zamawiającego zamieszczenia ogłoszenia o wyniku postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych w ustawowym terminie stanowiło naruszenie art. 309 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 11 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 19/23) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględni zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia pn. „*Zimowe utrzymanie dróg gminnych i wewnętrznych na terenie Gminy Pcim w sezonie 2022/2023*”.

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 19/23).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 19/23).