

UZP/DKD/WKZ/421/36()/15/KG
KNZ/17/15

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający: Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o.o.
ul. Chałubińskiego 3a
02 – 004 Warszawa
Kierownictwo Zespołu Budów w Nowym Dworze Mazowieckim
ul. Paderewskiego 6
05 – 100 Nowy Dwór Mazowiecki

Rodzaj zamówienia: robota budowlana

Przedmiot zamówienia: wykonanie instalacji klimatyzacji dla potrzeb przebudowywanego budynku administracyjnego Nr 9 przy ul. Żwirki i Wigury 103/105 w Warszawie

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 1.493.086,47 zł (353.401,61 euro)

Środki UE: nie

2. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

Pismem z dnia 15 lipca 2014 r. (znak: ZRB/KZB/NDM/7725-44-3/2014) Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o.o. Kierownictwo Zespołu Budów w Nowym Dworze Mazowieckim, zwany dalej: „Zamawiającym”, przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, dalej: „Prezes Urzędu”, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą”, którego przedmiotem było *wykonanie instalacji klimatyzacji dla potrzeb przebudowywanego budynku administracyjnego Nr 9 przy ul. Żwirki i Wigury 103/105 w Warszawie.*

Z ustalonego stanu faktycznego sprawy wynika, że Stołeczny Zarząd Infrastruktury, dalej: „SZI”, wybrał po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Konserwacji Zabytków ARCUS Spółka z o.o. z siedzibą w Lublinie, dalej: „ARCUS”, na wykonawcę robót budowlanych w przedmiocie *dostosowania budynków nr 7 i 9 do obowiązujących przepisów przeciwpożarowych w kompleksie wojskowym przy ul. Wawelskiej 7A w Warszawie* (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 maja 2013 r. pod numerem 94193 - 2013). Wykonawca ten ogłosił upadłość i nie wykonał całości zleconych robót budowlanych. Z odpisu aktualnego Krajowego Rejestru Sądowego spółki ARCUS wynika, że Sąd Rejonowy Lublin-Wschód z siedzibą w Świdniku ogłosił upadłość spółki w dniu 25 kwietnia 2014 r. SZI (działając na podstawie umowy o świadczenie usług zawartej pomiędzy Ministrem Obrony Narodowej a Wojskową Agencją Mieszkaniową z dnia 29 listopada 2010 r., zmienionej umową z dnia 22 sierpnia 2012 r.), pismem z dnia 3 czerwca 2014 r. poinformował Zamawiającego o zleceniu mu kontynuacji robót na zadaniu inwestycyjnym nr 01226 *Dostosowanie budynków 7 i 9 do obowiązujących przepisów p.poż. w DG RSZ K-3656 w Warszawie.* SZI wskazał, że z uwagi na konieczność dotrzymania terminów ustalonych w umowie z poprzednim wykonawcą, wynikających z potrzeb użytkownika, realizację robót w budynku nr 9 należy wykonać w trybie pilnym. W dniu 3 czerwca 2014 r. odbyły się negocjacje warunków realizacji zadania, w wyniku których SZI i Zamawiający zawarli umowę z dnia 3 czerwca 2014 r. nr 403/003/2014/01226 na *wykonanie robót budowlanych związanych z zakończeniem robót w zakresie dostosowania do obowiązujących przepisów p.poż. w budynku nr 9, K-3656 w Warszawie.* Termin odbioru końcowego przedmiotu ww. umowy ustalono na dzień 30 października 2014 r.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 11 lipca 2014 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie [REDAKTOWANE]

██████████. Umowa na *dostosowanie budynku nr 9 do obowiązujących przepisów ppoż., K-3656 w Warszawie (instalacja klimatyzacji)* została zawarta w dniu 17 lipca 2014 r.

Zamawiający poinformował, że w związku z brakiem możliwości wykonania prac w zakresie instalacji klimatyzacji przez załogę Zamawiającego (brak wykwalifikowanych pracowników) zdecydował o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy firmie ██████████. Wyjaśnił, że firma ta rozpoczęła realizację powyższych robót jako podwykonawca firmy ARCUS. Dodał, że wartość zamówienia nie przekracza wartości zlecenia, które wykonawca otrzymał jako podwykonawca firmy ARCUS. Uzasadniał, że wykonawca przebywa na placu budowy, jego pracownicy zostali przeszkoleni przez użytkownika, co pozwoli na pominięcie skomplikowanych i długotrwałych procedur wejścia na teren Dowództwa Generalnego Rodzajów Sił Zbrojnych. Zamawiający zwrócił również uwagę na konieczność wykonania przez Inwestora Centralnego Planu MON, w którym ujęta była realizacja przedmiotowej inwestycji w 2014 roku oraz zapewnienia stałej gotowości bojowej jednostki MON. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, zlecenie realizacji robót wybranej po przeprowadzeniu negocjacji w trybie z wolnej ręki firmie ██████████, uzasadnione było także potrzebą utrzymania gwarancji na dotychczas wykonane przez tą firmę roboty.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

W ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniającej do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu wskazuje, iż Zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu w celu uzasadnienia wszczęcia postępowania w trybie niekonkurencyjnym. Należy podkreślić, iż na procedurę udzielania zamówień publicznych nie mogą mieć wpływu działania lub zaniechania innych podmiotów określających terminy wykonania zamówienia. Tym samym w ocenie Prezesa Urzędu okoliczność zlecenia przez SZI Zamawiającemu wykonania robót w budynku nr 9 w trybie pilnym nie uzasadniała wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki w zakresie robót związanych z wykonaniem instalacji klimatyzacji w tym budynku.

Powyższy sposób interpretacji został potwierdzony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W uchwale z dnia 11 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 107/12) stwierdzono, iż *przesłanki uprawniające do udzielenia zamówienia z wolnej ręki wynikające z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy mają charakter zobiektywizowany, a stwierdzenie ich zaistnienia nie może się sprowadzać i ograniczać do powołania się przez zamawiającego na datę powierzenia mu udzielenia zamówienia przez organy wyższego stopnia.*

Zgodnie z przepisem art. 15 ust. 1 ustawy za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania odpowiedzialny jest Zamawiający. Zawarcie w dniu 3 czerwca 2014 r. z SZI umowy na wykonanie robót budowlanych związanych z zakończeniem robót w zakresie dostosowania do obowiązujących przepisów p.poż. w budynku nr 9, K-3656 w Warszawie spowodowało, iż konsekwencje związane z realizacją przedmiotu umowy obciążają Zamawiającego. W ocenie Prezesa Urzędu, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań podmiotów publicznych, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, *władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów, czy uzyskania zatwierdzenia projektu. (...) Zamawiający (...) nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.*

Należy stwierdzić, iż wskazane przez Zamawiającego okoliczności: konieczność realizacji przebudowy budynku administracyjnego Nr 9 z uwagi na zawarcie umowy z SZI, czy też brak możliwości wykonania prac we własnym zakresie, nie mogą zostać uznane za wyjątkowe. Cechę wyjątkowości należy bowiem przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Ponadto należy dodać, iż w niniejszej sprawie nie mieliśmy do czynienia z wystąpieniem sytuacji, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Trudno bowiem mówić o okolicznościach nieprzewidywalnych w sytuacji kiedy sam Zamawiający przyjął na siebie – umową z dnia 3 czerwca 2014 r. – zobowiązanie wykonania zamówienia, określając warunki wykonania prac oraz cenę.

Zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy nie wykazał także spełnienia przesłanki dotyczącej konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Spełnienie ww. przesłanki wymaga konieczności realizacji zamówienia „szybciej niż pilnie”, czyli „z dnia na dzień”. Jest to zatem przesłanka, która zostaje spełniona w sytuacjach wyjątkowych wymagających od Zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Z okoliczności faktycznych sprawy wynika, iż ogłoszenie upadłości firmy ARCUS stanowiło okoliczność ze względu na którą SZI zdecydował o uruchomieniu procedury określonej w umowie o świadczenie usług zawartej pomiędzy Ministrem Obrony Narodowej a Wojskową Agencją Mieszkaniową z dnia 29 listopada 2010 r., zmienionej umową z dnia 22 sierpnia 2012 r. i zleceniu Zamawiającemu zakończenia robót w budynku nr 9. Należy jednak zauważyć, że ogłoszenie upadłości nastąpiło w dniu 25 kwietnia 2014 r., podczas gdy polecenie realizacji robót w budynku nr 9 w trybie pilnym wpłynęło do Zamawiającego w dniu 3 czerwca 2014 r., czyli po upływie ponad miesiąca od ogłoszenia upadłości. Jednocześnie Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 11 lipca 2014 r., czyli po upływie miesiąca od zawarcia umowy z SZI. Z dokumentacji postępowania nie wynika także, aby w tym czasie były podejmowane czynności związane z natychmiastowym wykonaniem zamówienia.

Należy też dodać, że konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia nie można wywodzić z działań Zamawiającego w postaci zawarcia z SZI umowy z krótkim terminem jej realizacji. Umówiony przez strony termin realizacji inwestycji nie może być podstawą do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Jednocześnie z ustalonego stanu faktycznego sprawy nie wynika, aby od momentu podpisania ww. umowy do dnia wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki wystąpiło jakiegokolwiek nieprzewidywalne zdarzenie

o charakterze losowym, awaria, klęska żywiołowa, które wymagałyby podjęcia przez Zamawiającego natychmiastowych działań. Należy podkreślić, że *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* (uchwała KIO z dnia 27 stycznia 2015 r., sygn. KIO/KD 2/15).

W okolicznościach faktycznych sprawy nie można też uznać, aby zaistniała sytuacja była obiektywnie niezależna od Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie termin i warunki wykonania umowy na zakończenie robót w budynku nr 9 zostały uzgodnione w trakcie negocjacji Zamawiającego z SZI. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający od początku wiedział, że nie jest w stanie samodzielnie wykonać robót w zakresie instalacji klimatyzacji ze względu na brak odpowiednio wykwalifikowanego personelu oraz mając możliwość ustalenia warunków umowy, należy stwierdzić, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie mieliśmy do czynienia z sytuacją niezależną od Zamawiającego.

Jednocześnie wskazane przez Zamawiającego okoliczności, iż wybrany w trybie z wolnej ręki wykonawca firma [REDAKTOWANE] rozpoczął realizację robót jako podwykonawca firmy ARCUS, przebywał na placu budowy, czy też posiadał przeszkolonych przez użytkownika pracowników, mają jedynie charakter organizacyjny, który to sam w sobie nie stanowi o wypełnieniu przesłanek wskazanych w omawianym przepisie. Podobnie należy ocenić konieczność utrzymania gwarancji na dotychczas wykonane roboty.

Reasumując, w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.