

UZP/DKD/WKZ/421/38()/14/KSR
KNZ/23/14/DKD
dot. KZ/806/11

**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:	Miasto Jelenia Góra Plac Ratuszowy 58 58-500 Jelenia Góra
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	przebudowa fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i Wolności w Jeleniej Górze – zamówienie uzupełniające
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 6 w ustawy Prawo zamówień publicznych.
Wartość zamówienia:	849 514,99 zł. (221 285,49 euro)
Środki UE:	Brak

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń

W dniu 1 czerwca 2011 r. Zamawiający – poprzez przekazanie zaproszenia do udziału w negocjacjach firmie ANTI S. A. z siedzibą w Wysokiej – wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”. Przedmiotem postępowania było zamówienie pn. Przebudowa fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i ul. Wolności w Jeleniej Górze – zamówienie uzupełniające do zamówienia pn. Uatrakcyjnienie turystyczne Uzdrowiska Cieplice poprzez rewitalizację parków zdrojowych – Etap I Rewitalizacja Parku Zdrojowego. Umowa z wybranym Wykonawcą, tj. firmą ANTI S. A. z siedzibą w Wysokiej została zawarta w dniu 11 lipca 2011 r. (umowa nr IZP.272.51.2011). Przedmiot zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmował, zgodnie z załącznikiem nr 5 do zaproszenia do negocjacji:

- budowę fontanny składającej się z dwóch niecek żelbetowych pokrytych kostką granitową;
- oświetlenie tryskającej wody energooszczędnymi, podwodnymi oprawami;
- budowę nawierzchni terenu z kostki granitowej;
- budowę elementów małej architektury oraz nowe nasadzenia;
- rozbudowę skarpy w północno-wschodnim rejonie działki wraz z rozbudową istniejących murków z granitu;
- przebudowę istniejącego, podziemnego pokoju technicznego;
- budowę instalacji elektrycznej i montaż opraw oświetleniowych typu parkowego.

Zamawiający wskazał, iż zamówienie podstawowe zostało udzielone po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego Wykonawcy – firmie ANTI S. A. na podstawie umowy nr IZP.341-9/2010 z dnia 4 maja 2010 r. Zgodnie z treścią pkt 4 części 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego, przedmiotem zamówienia były roboty budowlane przy realizacji projektu wpisanego do rejestru zabytków pn.: Uatrakcyjnienie turystyczne Uzdrowiska Cieplice poprzez rewitalizację parków zdrojowych – etap I Rewitalizacja Parku Zdrojowego w zakresie obejmującym:

- rewaloryzację dróg i ścieżek – ok. 25 tys. m²;
- renowację zieleni parkowej – wykonanie trawników – ok. 5 ha;
- usuwanie drzew i nasadzenia;

- wykonanie infrastruktury parkowej: sieci wod.-kan.; oświetlenia parkowego, trzech fontann, małej architektury oraz ogrodzenia parkowego o dł. ok. 2 km.

Projekt rewitalizacji przewidywał, iż prace będą wykonywane na obiekcie objętym ochroną konserwatorską poprzez wpis do rejestru zabytków, położonego w strefie uzdrowskiej.

Zamawiający wyjaśnił, iż uprzednio, tj. przed wszczęciem postępowania z wolnej ręki, w celu realizacji zadania pn.: Przebudowa fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i ul. Wolności w Jeleniej Górze przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (ogłoszenie w BZP nr 102252-2011 z dnia 6 maja 2011 r.). Postępowanie to zostało unieważnione w dniu 27 maja 2011 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż cena najkorzystniejszej oferty (1 100 027,07 zł) przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (612 200,00 zł brutto).

Zamawiający wyjaśnił, iż wobec cen ofertowych znacznie przewyższających kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, jego intencją było przeprowadzenie postępowania w trybie negocjacyjnym, gdyż tylko taki tryb pozwalał na wprowadzenie zmian projektowych w zakresie standardów stosowanych materiałów, bez konieczności sporządzania zamiennej dokumentacji projektowej. Zamawiający podkreślił, iż celem powyższych działań było wykonanie przedmiotowego zadania w 2011 r. co – w ocenie Zamawiającego – byłoby niemożliwe z uwagi na niezbędny dodatkowy czas i środki na opracowanie kolejnego projektu uwzględniającego wnioskowane zmiany oraz przeprowadzenie kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym, które potrwałoby min. 22 dni, a także warunki klimatyczne Jeleniej Góry (obszar podgórski) i trwający krótko sezon budowlany. Z uwagi na fakt, iż w tym samym czasie finalizowano roboty budowlane w ramach zamówienia podstawowego, których zakres obejmował również przebudowę fontann, Zamawiający po przeanalizowaniu przesłanek wynikających z treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki zapraszając w dnia 1 czerwca 2011 r. do negocjacji Wykonawcę zamówienia podstawowego. Dodatkowym argumentem przedstawionym przez Zamawiającego były rzetelność Wykonawcy oraz dysponowanie przez niego (w miejscu realizacji zadania) zorganizowanym zapleczem sprzętowym i osobowym, co dawało – w ocenie Zamawiającego – gwarancję należytego wykonania zamówienia w wymaganym terminie.

Uzasadniając wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający wskazał, że wartość udzielonego zamówienia uzupełniającego nie przekroczyła 50% wartości zamówienia podstawowego, możliwość udzielenia zamówień uzupełniających była przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, jego przedmiot obejmował powtórzenie tego samego rodzaju zamówień, jednocześnie

zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający zaznaczył, że zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, w którego zakres wchodziło m. in. wykonanie fontann.

Zamawiający podkreślił, iż przesłanki ustawowe dają możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy, który został wyłoniony w trybie konkurencyjnym, aby wykonał świadczenie o tożsamym zakresie, gdyż dysponuje wiedzą i doświadczeniem udokumentowanym w czasie realizacji zamówienia podstawowego. Ponadto wynegocjowane warunki realizacji zamówienia, w kontekście ofert złożonych w postępowaniu konkurencyjnym potwierdziły, iż wynegocjowana cena jest konkurencyjna w stosunku do najniższej złożonej we wcześniejszym postępowaniu.

Zamawiający podkreślił również, iż przedmiot zamówienia określa sam zamawiający kodami CPV. Kody te nie mają odniesienia do miejsca realizacji zamówienia, lecz czynności wykonywanych w ramach zamówienia, zaś tożsamość czasu i miejsca jest warunkiem określonym przez ustawodawcę w katalogu przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy (zamówienie dodatkowe).

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 66 ustawy, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, 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.

Mając na uwadze, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić¹. Udzielając zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający podejmuje rokowania tylko z jednym wykonawcą i z nim zawiera umowę. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, określonych ustawowo sytuacjach.

Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, jeżeli łącznie zaistniały następujące okoliczności: udzielenie zamówienia uzupełniającego powierza się dotychczasowemu wykonawcy w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, wartość zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane nie przekracza łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego, zamówienie

¹ Orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13, oraz orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III EN 16/01, wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt. II SA 2064/01.

polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Wystarczy żeby jedna z przywołanych przesłanek nie została wypełniona aby uznać, że Zamawiający niezasadnie zastosował przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Analizując dokumenty przekazane przez Zamawiającego, stwierdzić należy, że zamówienie uzupełniające powierzone zostało temu samemu podmiotowi, który wykonywał zamówienie podstawowe – ANTI S. A. z siedzibą w Wysokiej, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego (zamówienie podstawowe zostało udzielone 4 maja 2010 r., zaś zamówienie uzupełniające 11 lipca 2011 r.). Zamówienie podstawowe udzielone zostało w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, a Zamawiający w sekcji II pkt 1.4 ogłoszenia o zamówieniu dla zamówienia podstawowego przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających (w kwocie nieprzekraczającej 20 % zamówienia podstawowego). Wartość zamówienia uzupełniającego wynosząca 849 514,99 zł. nie stanowiła więcej niż 20 % wartości zamówienia podstawowego, którego wartość została ustalona na kwotę 14 267 180,32 zł.

Należy wskazać, że zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, zamówienie uzupełniające musi być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Jednocześnie, w myśl art. 31 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114), będącego podstawą implementacji na grunt prawa polskiego przepisów o zamówieniach uzupełniających, wskazano, że *roboty budowlane lub usługi muszą pozostawać w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia*. Zgodnie z treścią pkt 4 części 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego, przedmiotem zamówienia były roboty budowlane przy realizacji projektu wpisanego do rejestru zabytków pn. Uatrakcyjnienie turystyczne Uzdrowiska Cieplice poprzez rewitalizację parków zdrojowych – etap I Rewitalizacja Parku Zdrojowego w zakresie obejmującym:

- rewaloryzację dróg i ścieżek – ok. 25 tys. m²;
- renowację zieleni parkowej – wykonanie trawników – ok. 5 ha;
- usuwanie drzew i nasadzenia;
- wykonanie infrastruktury parkowej: sieci wod.-kan.; oświetlenia parkowego, trzech fontann, małej architektury oraz ogrodzenia parkowego o dł. ok. 2 km.

Prace te miały być wykonane w Zabytkowym Parku Zdrojowym w Jeleniej Górze - Cieplicach Zdroju, zlokalizowanym w centralnej części miasta, w strefie uzdrowiskowej.

Zatem, w SIWZ zamówienia podstawowego Zamawiający określił zarówno zakres robót jak i miejsce ich wykonywania. W konsekwencji, nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż wykonanie zamówienia uzupełniającego polegającego na realizacji robót budowlanych dotyczących przebudowy fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i ul. Wolności w Jeleniej Górze było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, czy też zgodne z podstawowym projektem jak przewiduje to cytowany wyżej przepis dyrektywy. Nie jest wystarczające dla możliwości udzielenia zamówień uzupełniających sam fakt, iż przedmiot zamówienia obejmuje analogiczny zakres prac jak udzielone uprzednio zamówienie podstawowe. Przedmiot zamówienia uzupełniającego musi być zgodny z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ, w konsekwencji dla spełnienia w niniejszej sprawie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy konieczne jest powiązanie prac realizowanych w ramach zamówienia uzupełniającego z określonym zamierzeniem inwestycyjnym realizowanym w ramach zamówienia podstawowego. Należy w tym momencie podnieść, że w ocenie Prezesa Urzędu wykonanie zamówień uzupełniających nie musi odbywać się w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe. W ocenie Prezesa Urzędu, w sytuacji, w której zakres zamówienia podstawowego został ograniczony do rewitalizacji Zabytkowego Parku Zdrojowego w Jeleniej Górze - Cieplicach Zdroju, zlokalizowanego w centralnej części miasta, w strefie uzdrowiskowej, udzielenie zamówienia uzupełniającego polegającego na przebudowie fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i ul. Wolności, położonego poza obszarem Parku Zdrojowego oraz strefy uzdrowiskowej, nie może być uznane za dopuszczalne. Zakresu przedmiotu zamówienia uzupełniającego nie można zatem powiązać z zamierzeniem inwestycyjnym realizowanym w ramach projektu uatrakcyjnienia turystycznego Uzdrowiska Cieplice, gdyż miejsce realizacji prac objętych postępowaniem z wolnej ręki znajduje się poza granicami strefy ochrony uzdrowiskowej. Tym samym, nie można uznać, iż Zamawiający uprawniony był do zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż zamówienie uzupełniające nie jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Powyższa ocena jest zgodna ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w uchwale z dnia 1 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 25/14).

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki był częścią szerszego projektu, czy przedsięwzięcia budowlanego, w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe, a tym samym aby było ono zgodne z zamówieniem podstawowym. W związku z powyższym należy uznać, iż w przedmiotowej

sprawie w chwili wszczęcia postępowania nie zachodziły przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, a Zamawiający – poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych – naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

Jednocześnie informuję, że 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.