

UZP/DKD/WKZ/421/73 /14/KS
KNZ/35/14
dot. SK/654/12/DKD

**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 Poznań reprezentowane przez
Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu
w imieniu i na rzecz których działa
Inwestor Zastępczy – Infrastruktura Euro Poznań 2012 sp. z o. o.
(obecnie Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o. o.)
Al. Niepodległości 27
61-714 Poznań

Rodzaj zamówienia: usługi

Przedmiot zamówienia: pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa trasy tramwajowej os. Lecha – Franowo w Poznaniu” – zamówienie dodatkowe do umów wykonawczych nr 4 i 6

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) w ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wartość zamówienia: 205 660,41 zł (51 164,40 euro)

Środki UE: Brak

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń

Pełnomocnik Zamawiającego – Infrastruktura Euro Poznań 2012 sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu (obecnie „Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o. o.”) działający jako Inwestor Zastępczy w imieniu i na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu, reprezentującego Miasto Poznań w dniu 27 czerwca 2012 r. udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”, na „*pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa trasy tramwajowej os. Lecha – Franowo w Poznaniu” – zamówienie dodatkowe do umów wykonawczych nr 4 i 6*”. Zamówienie na kwotę 205 660,41 zł netto zostało udzielone Konsorcjum SAFEGE/ SYSTRA (dalej „Wykonawca”). Wartość przedmiotowego zamówienia dodatkowego (205 660,41zł – 15,97 % wartości realizowanego zamówienia podstawowego) nie przekracza łącznie z pozostałymi zamówieniami dodatkowymi (580 660,43 zł – 45,08 % wartości realizowanego zamówienia podstawowego) 50 % wartości realizowanego zamówienia (644 000 zł).

Pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, iż w dniu 9 lipca 2007 r. zawarta została z Wykonawcą umowa ramowa nr NP/06/2007, której przedmiotem było *pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu pod nazwą „Budowa trasy tramwajowej od osiedla Lecha do pętli tramwajowej Franowo wraz z pętlą i zajezdnią tramwajową Franowo”*.

W ramach umowy ramowej w dniu 20 sierpnia 2010 r. zawarta została z Wykonawcą umowa wykonawcza na zadania nr 4 i 6 (umowa nr RU-61/IE/10/GM/ZAD4i6) (dalej „umowa podstawowa”). Przedmiot umowy podstawowej obejmował:

Zadanie nr 4:

- a) Przeprowadzenie postępowania przetargowego, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, na wyłonienie wykonawcy trasy tramwajowej wraz z pętlą tramwajową;
- b) Nadzór, zgodnie z Prawem budowlanym, nad wykonaniem trasy tramwajowej;
- c) Odbiór wykonanej trasy tramwajowej wraz z pętlą i przekazanie ich wraz z kompletem dokumentacji Zamawiającemu.

Zadanie nr 6:

Rozliczenie środków finansowych z wykonania całości przedmiotu zamówienia i przekazanie pełnej dokumentacji Zamawiającemu.

Pełnomocnik Zamawiającego uzasadniając udzielenie zamówienia będącego przedmiotem niniejszej kontroli w trybie zamówienia z wolnej ręki wskazał, iż zamówienie podstawowe obejmowało określony i wyceniony termin wykonania usługi kończący się 30 kwietnia 2012 r. i nie obejmowało koniecznego nadzoru i rozliczeń po tym okresie. W ocenie pełnomocnika Zamawiającego nieudzielenie zamówienia dodatkowego uniemożliwiłoby

zakończenie i odbiór całej inwestycji oraz jej rozliczenie, a konieczność zlecenia nadzoru i rozliczeń po 30 kwietnia 2012 r. w momencie zawierania umowy ramowej i umowy podstawowej była niemożliwa do przewidzenia. Ponadto nie ma możliwości oddzielenia nadzoru i rozliczeń w przedłużonym okresie od świadczonej usługi, gdyż wprowadzenie innego podmiotu świadczącego usługi nadzoru i wykonania rozliczeń w niezakończonyj inwestycji byłoby niezgodne z prawem budowlanym oraz nieracjonalne ekonomicznie, gdyż podniosłoby koszty. Pełnomocnik Zamawiającego wskazał również, iż bez wykonania nadzoru i rozliczeń w przedłużonym okresie wykonywania robót budowlanych nie jest możliwe zakończenie i odebranie zamówienia głównego, tj. wykonania robót budowlanych.

Pełnomocnik Zamawiającego wskazał, iż realizując obowiązki nałożone ustawą, w szczególności związane z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równym traktowaniem wykonawców, a przede wszystkim obowiązkiem jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając wiedzę o ewentualnej możliwości czy konieczności wykonania zleconych usług po 30 kwietnia 2012 r., przewidziałby odpowiedni zakres świadczenia w przygotowywanym zamówieniu podstawowym. Jednak w zaistniałym stanie faktycznym pełnomocnik Zamawiającego nie posiadał wiedzy dotyczącej możliwości wystąpienia takich okoliczności, a tym bardziej przewidywał na temat formalnych, uprawdopodobnionych i mających oparcie w faktach, bądź dokumentach okoliczności, które pozwalałyby określić możliwość czy konieczność zlecenia przedmiotowej usługi w okresie dłuższym niż do 30 kwietnia 2012 r. oraz zapisać taką możliwość w istotnych warunkach realizacji zamówienia podstawowego.

Pełnomocnik Zamawiającego podkreślił, iż przygotowując udzielenie zamówienia podstawowego był ograniczony i związany (podobnie jak Wykonawca) warunkami, założeniami i ofertą Wykonawcy – ustalonymi na etapie zawarcia umowy ramowej. Umowa ramowa została zawarta w 2007 r. po postępowaniu wszczętym w 2006 r. i warunki tego postępowania wyznaczyły istotne ramy realizacji zamówienia kończącego się w 2012 r., a więc po 6 latach i nie stwarzały możliwości do rozszerzenia czy zaplanowania świadczenia usługi w najbardziej kosztochłonnym etapie – na okres dłuższy niż planowany – bez możliwości zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy czy przerzucenia na niego kosztów świadczenia usługi w dłuższym okresie. Konsekwencją powyższego, mógłby być – w ocenie pełnomocnika Zamawiającego – brak oferty Wykonawcy dotyczącej umowy wykonawczej bądź złożenie oferty uwzględniającej ewentualne wydłużenie terminu świadczenia usługi lub ryzyko jego wystąpienia, a przez to z wyższą ceną co byłoby niemożliwe do przyjęcia, gdyż oferta Wykonawcy dot. umowy wykonawczej nie mogła być mniej korzystna niż na etapie zawierania umowy ramowej.

Pełnomocnik Zamawiającego podniósł również, iż od momentu zawarcia umowy ramowej doszło do bardzo znaczących zmian w przepisach środowiskowych, rzutuujących w szczególności na wysoką kosztochłonność i skalę wybranego wariantu realizacyjnego inwestycji, co w bardzo znaczącym stopniu ograniczyło rentowność oferty Wykonawcy złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, a jednocześnie maksymalnie ograniczyło

możliwości pełnomocnika Zamawiającego związane z ewentualnością przerwania na Wykonawcę jak największego zakresu ryzyka, w tym związanego z ewentualnym przedłużeniem inwestycji.

Pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że umowa ramowa została zawarta przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu w celu zrealizowania standardowej inwestycji, opierającej się na następujących po sobie harmonogramach częściowych zleczanych przez jeden podmiot. W trakcie realizacji doszło do włączenia po stronie zamawiającego w części zakresu realizacji Inwestora – Miasta Poznań, które reprezentował Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu, a w kolejnym okresie – Infrastruktura Euro Poznań 2012 sp. z o. o., działająca jako pełnomocnik Zamawiającego. W ocenie pełnomocnika Zamawiającego nieuzasadnione jest przypisywanie końcowemu zamawiającemu odpowiedzialności czy wymaganie kompletnej wiedzy na temat ściśle zaplanowanych i obwarowanych harmonogramów, w sytuacji gdy nie brał on udziału w przygotowaniu pierwotnych procedur i ich założeń. Z założenia podmiot ten nie mógł przewidywać czy planować konieczności świadczenia usługi Inżyniera Kontraktu w okresie dłuższym niż do 30 kwietnia 2012 r., gdyż byłoby to sprzeczne z ideą powołania spółki, a faktyczna konieczność świadczenia usługi Inżyniera Kontraktu zaistniała (dała się przewidzieć) dopiero w ostatnich miesiącach kończącej się umowy.

Na poparcie powyższego stanowiska pełnomocnik Zamawiającego przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO/68/11), w którym skład orzekający potwierdził i uznał za wiążące oświadczenie Zamawiającego, wskazującego, że dla prowadzonej inwestycji, jedynym możliwym i zgodnym z prawem terminem wykonania jest 30 kwietnia 2012 r., bez możliwości przewidywania, planowania czy zapisania dopuszczalności zakończenia realizacji inwestycji po tym terminie. Zgodnie z ww. wyrokiem „(...) *Niniejsze zamówienie [Budowa trasy tramwajowej os. Lecha – Franowo] zostało ujęte w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 29 grudnia 2009 r. w sprawie wykazu przedsięwzięć Euro 2012 (Dz. U z 2010 r. Nr 8, poz. 52),. Uchwalenie specustawy i wykazanie przedsięwzięć dotyczących organizacji turnieju, wskazuje na jedyny możliwy termin wykonania zamówienia. Rozpiętość terminów realizacji przedmiotowego zamówienia wynika z celu publicznego, dla realizacji którego wszczęto przedmiotowe postępowanie, a którym jest uruchomienie komunikacji na linii tramwajowej do Franowa w terminie wymaganym dla przedsięwzięć Euro 2012. Dotrzymanie daty końcowej jest warunkiem sine qua non prowadzenia i zakończenia realizacji całego przedsięwzięcia. Niemożność dotrzymania terminu końcowego realizacji inwestycji spowoduje, iż cel publiczny, dla realizacji którego wszczęto przedmiotowe postępowanie, nie będzie mógł być osiągnięty. Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że termin realizacji zamówienia jest realny i możliwy do spełnienia. Umowa jest wykonalna pod warunkiem odpowiedniej optymalizacji organizacji robót, nakładu pracy i czasu pracy (...)*”. Mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcie pełnomocnik Zamawiającego podkreślił, iż nie mógł przewidzieć konieczności dokonania nadzoru i rozliczeń w ramach usługi Inżyniera Kontraktu po 30 kwietnia 2012 r.

Jednocześnie pełnomocnik Zamawiającego wskazał, iż miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, iż działa zgodnie z ustawą, czego potwierdzeniem miało być upublicznienie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

W ocenie Prezesa Urzędu, w przedmiotowej sprawie nie wykazano spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Tym samym, możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy uzależniona jest od łącznego zaistnienia następujących okoliczności:

- wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy,
- przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane,
- zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,
- wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,
- wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Dodatkowo konieczne jest alternatywne spełnienie jednej z dwóch przesłanek:

- z przyczyn technicznych i gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów;
- wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania dodatkowego.

Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy zamówieniem dodatkowym może być wyłącznie zamówienie nie przewidziane w zakresie zamówienia podstawowego. Nie znaczy to jednak, iż każde rozszerzenie zakresu zamówienia podstawowego można uznać za zamówienie dodatkowe. Pełnomocnik Zamawiającego nie wykazał, iż zakres umowy

dodatkowej, nie jest objęty umową podstawową. Przeciwnie – w sprawie objętej niniejszą kontrolą w zakres przedmiotowy zamówienia podstawowego i zamówienia dodatkowego wchodzi te same usługi. Konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki w przedmiotowej sprawie wynika wyłącznie z potrzeby wydłużenia czasu realizacji kontraktu i odpowiedniego zwiększenia wynagrodzenia, a nie powstałej potrzeby świadczenia usługi nieprzewidzianej na etapie udzielenia zamówienia. Nie można bowiem uznać, iż wraz z wydłużeniem czasu realizacji zamówienia występuje konieczność wykonania innych, nieprzewidzianych usług. Zakres czynności świadczonych przez Wykonawcę pozostaje bez zmian, natomiast wyłącznym celem udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest w badanym stanie faktycznym umożliwienie pełnienia nadzoru oraz rozliczenia finansowego wykonania zamówienia w późniejszym terminie za dodatkowym wynagrodzeniem. Tym samym, nie można uznać, iż spełnione zostały przesłanki przewidziane w art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy pozwalające na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Powyższe stanowisko potwierdza również uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2011 r. (sygn. KIO/KD 51/11).

W ocenie Prezesa Urzędu, w kontrolowanym postępowaniu nie zaistniała sytuacja, w której wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Potrzeba udzielenia zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, tj. prawidłowa realizacja zamówienia podstawowego musi być uwarunkowana wykonaniem zamówienia dodatkowego. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją, gdyż wykonanie zamówienia dodatkowego polegające na wydłużeniu pracy Inżyniera Kontraktu nie ma wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego, w zakresie ustalonym z wykonawcą w umowie podstawowej.

Pełnomocnik Zamawiającego nie wykazał również, aby w opisanym stanie faktycznym zachodziła sytuacja, w której konieczność wykonania przedmiotowej usługi powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Jak wynika z wyjaśnień przedłożonych przez Zamawiającego, argumentem przemawiającym za rozszerzeniem zakresu pierwotnego umowy jest fakt wydłużenia się terminu realizacji zamówienia na roboty budowlane. Nieprzewidywalność sytuacji, powodująca konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego powinna mieć natomiast charakter obiektywny i bezwzględny. Co do zasady mamy z nią do czynienia w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń losowych, powodujących konieczność wykonania zamówień dodatkowych (uchwała KIO/KU 4/08 z dnia 9 września 2008 r.). Przedłużenie terminu zakończenia robót budowlanych nie należy do rzadkości. Zamawiający znając specyfikę i charakter udzielanego zamówienia powinien liczyć się z możliwością wystąpienia utrudnień w trakcie realizacji projektu, które mogą spowodować wydłużenie terminu jego realizacji. Konieczność wydłużenia terminu realizacji usług Inżyniera Kontraktu z tego powodu nie może być traktowana jako zdarzenie niemożliwe wcześniej do przewidzenia, albowiem nie można uznać za wyjątkowej sytuacji, w której następuje konieczność wydłużenia terminu wykonania robót budowlanych. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, „doświadczenie życiowe

wskazuje, iż wydłużenie się terminu realizacji jest to typowe dla robót budowlanych. Stąd też zamawiający działający z należytą starannością powinien już na etapie przetargu podstawowego przewidzieć odpowiednie klauzule w kontrakcie, które pozwoliłyby na rozliczenie tego typu usług. Tym samym, wystąpienie sytuacji wydłużenia robót budowlanych oraz brak odpowiednich klauzul w przetargu i umowie podstawowej nie może stanowić obiektywnych przyczyn uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki” (wyrok KIO/KD 51/11). Ponadto należy zaznaczyć, iż jednym z zadań Wykonawcy, określonych w umowie podstawowej w ramach nadzoru nad wykonywaniem trasy, była kontrola postępu robót budowlanych w odniesieniu do harmonogramu.

O braku możliwości przewidzenia przedłużenia realizacji inwestycji nie świadczy również użyta przez pełnomocnika Zamawiającego argumentacja odwołująca się do celu publicznego, któremu inwestycja miała służyć, tj. organizacji turnieju finałowego EURO 2012, jak również ideę powołania spółki. Nie można było bowiem przyjąć, iż przedmiotowa inwestycja (budowa trasy tramwajowej) służyć miała tylko i wyłącznie na potrzeby turnieju, zaś w wypadku przekroczenia tego terminu jej prowadzenie będzie bezcelowe. Zaistnienie sytuacji przedłużenia realizacji inwestycji była zatem – wbrew twierdzeniom pełnomocnika Zamawiającego – możliwa do przewidzenia i przyjęcie takiej możliwości oraz uwzględnienie jej w istotnych warunkach realizacji zamówienia, nie niweczyło zasadności jej prowadzenia.

W ocenie Prezesa Urzędu bez znaczenia dla oceny zasadności zastosowania trybu z wolnej ręki ma przywoływany w wyjaśnieniach moment zawarcia umowy ramowej czy też dokonywana przez pełnomocnika Zamawiającego ocena rentowności oferty Wykonawcy złożonej na etapie zawierania umowy ramowej. Warunki jej realizacji oraz związane z tym ryzyka były Wykonawcy znane w chwili składania oferty oraz zawierania umowy ramowej, która nie wskazywała precyzyjnie momentu udzielenia zamówienia na usługi stanowiące przedmiot zamówienia podstawowego. Tym samym, nieuzasadnione jest w przedmiotowej sprawie zastosowanie trybu z wolnej ręki z uwagi na zmienione, czy też nieprzewidywalne warunki realizacji całego przedsięwzięcia, w tym również zmiany po stronie podmiotu występującego w charakterze Zamawiającego.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, nie wykazano spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

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.