



Warszawa, 16.06.2015 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/PWKZ/421/15(4)/15/AI
KND/8/15

Pan
Eugeniusz Jasiewicz
Burmistrz
Gmina Wolin
ul. Zamkowa 23
72 – 510 Wolin

Szanowny Panie Burmistrzu,

uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), przeprowadził na wniosek kontrolę doraźną postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.:

„Wykonanie interwencyjnych badań archeologicznych w obszarze realizacji inwestycji pn. Budowa sieci wodociągowych na trasach Wolin-Płocin, Ładzin-Rabiaż, Rabieź-Kolonia Domysłów, Wolin-Darżowice-Unin w Gminie Wolin”.

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w załączeniu przesyłam informację o wyniku kontroli.

Z z powrotem
Wp. Perese UZP
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Wiąsicki
Daniel Wiąsicki



Warszawa, dnia 16.06 2015 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/KND/8/15

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

Zamawiający:	Urząd Gminy Wolin ul. Zamkowa 23 72 – 510 Wolin
Rodzaj zamówienia:	usługi
Przedmiot zamówienia:	Wykonanie interwencyjnych badań archeologicznych w obszarze realizacji inwestycji pn. Budowa sieci wodociągowych na trasach Wolin-Płocin, Ładzin-Rabiaż, Rabież-Kolonia Domysłów, Wolin-Darżowice-Unin w Gminie Wolin (cz. 1 i 2)
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy
Wartość zamówienia:	szacunkowa wartość zamówienia: 118.000,00 zł (29.356,15 euro)
Data wszczęcia postępowania:	28.10.2013 r.

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

W wyniku wszczętej na wniosek kontroli niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, należy stwierdzić, iż doszło do następujących naruszeń ustawy:

1. Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Wykonanie interwencyjnych badań archeologicznych w obszarze realizacji inwestycji pn. Budowa sieci wodociągowych na trasach Wolin-Płocin, Ładzin-Rabiaż, Rabież-Kolonia Domysłów, Wolin-Darzowice-Unin w Gminie Wolin” będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W wyjaśnieniach z dnia 14 lipca 2014 r. Zamawiający wskazał, iż „przeprowadzenie procedury wyboru podmiotu posiadającego odpowiednie kwalifikacje do prowadzenia interwencyjnych badań archeologicznych, w trybach przetargowych lub innych niż zamówienie z wolnej ręki, na podst. art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, wykluczało realność uzyskania decyzji niezbędnych do otrzymania dofinansowania w ramach środków unijnych, w terminie do 04.12.2013 r. Oznaczałoby to stratę dla budżetu Gminy Wolin w kwocie 3.213.000,00 zł (wnioskowana kwota pomocy).”

Jednocześnie, Zamawiający podniósł, że został wezwany przez Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego pismem z dnia 20 września 2013 r. do uzupełnienia wniosku o przyznanie pomocy na realizację zadania pn. Budowa sieci wodociągowych na trasach Wolin-Płocin, Ładzin-Rabiaż, Rabież-Kolonia Domysłów, Wolin-Darzowice-Unin w Gminie Wolin poprzez przedłożenie pozwoleń na wykonanie robót na terenach zabytkowych archeologicznych od Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków.

W związku z powyższym, w celu otrzymania ww. pozwoleń Zamawiający wystąpił w dniu 7 października 2013 r. do Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Szczecinie o wydanie szczegółowych wytycznych konserwatorskich w zakresie prowadzenia robót związanych z realizacją ww. inwestycji.

W tym miejscu należy wskazać, iż Zamawiający podkreślał, że „na podstawie wytycznych konserwatorskich istnieje możliwość ustalenia rozmiaru przyszłych prac archeologicznych i wybór na tej podstawie ich wykonawcy.” W dniu 28 października 2013 r. Zamawiający otrzymał przedmiotowe wytyczne.

Zarówno w wyjaśnieniach z dnia 14 lipca 2014 r., jak i w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia Zamawiający podniósł, iż na podstawie powtórnego (ostatniego) wezwania do uzupełnienia wniosku o przyznanie pomocy, został zobowiązany w terminie do 4 grudnia 2013 r. o uzupełnienie pozwoleń na wykonanie robót na terenach zabytkowych archeologicznych.

W związku z powyższym, Zamawiający w celu uzyskania przedmiotowych pozwoleń był zobowiązany złożyć wniosek do Zachodniopomorskiego Urzędu Ochrony Zabytków ze wskazaniem „osoby posiadającej odpowiednie kwalifikacje do prowadzenia robót oraz przygotowanie programu badań archeologicznych”.

Zatem, Zamawiający wyjaśnił, iż „wybór wykonawcy stał się możliwy dopiero po uzyskaniu wytycznych konserwatorskich, które określają zakres i sposób realizacji badań, tj. po dniu 28.10.2013 r., przy czym Gmina Wolin była zobowiązana przedstawić stosowne pozwolenia do dn. 04.12.2013 r.”

Dodatkowo, Zamawiający wskazał, iż „nie mógł powziąć informacji o konieczności uzyskania pozwoleń na prowadzenie robót w obszarze objętym ochroną konserwatorską, na etapie ubiegania się o przyznanie pomocy, przed złożeniem wniosku o przyznanie pomocy, z uwagi na to, że instrukcja wypełniania wniosku, nie definiuje tego typu załącznika, a w kontekście realizacji robót – pozwolenia takie są wymagane dopiero na etapie przystąpienia do robót budowlanych.” Jednocześnie, Zamawiający określił, iż było wymagane natychmiastowe wykonanie zamówienia poprzez uzyskanie pozwoleń na prowadzenie badań archeologicznych i nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zgodnie z art. 10 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w pozostałych trybach, w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki uzależnione jest od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie. Z uwagi na to, 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 udowodnić.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki 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.

Dodatkowo pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej warunkami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Zamawiający w przesłanych wyjaśnieniach i dokumentach nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia zostały spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy, tj. w szczególności przesłanki wymienione powyżej w pkt b-d.

Po pierwsze, nie można uznać, że konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia nie można było przewidzieć. Jak wskazano w piśmie z dnia 14 lipca 2014 r. Zamawiający został wezwany do uzupełnienia wniosku o przyznanie pomocy poprzez przedłożenie pozwoleń na wykonanie robót na terenach zabytkowych archeologicznych, o których mowa w pozwoleniach na budowę: Starosty Kamieńskiego nr 131/2013 z dnia 10 kwietnia 2013 r.; Starosty Kamieńskiego nr 777/2010 z dnia 15 grudnia 2010 r.; Starosty Kamieńskiego nr 372/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. Zatem od sierpnia 2008 r. Zamawiający miał świadomość o konieczności wystąpienia do Zachodniopomorskiego Urzędu Ochrony Zabytków z wnioskiem o pozwolenie na prowadzenie badań archeologicznych.

Jednocześnie, należy podkreślić, iż fakt, że pozwolenia na wykonanie robót na terenach zabytkowych archeologicznych, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, wymagane są dopiero na etapie przystąpienia do robót budowlanych, nie wypełnia przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 3, tj. sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć.

Ponadto, należy wskazać, iż w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zdarzeniami, których nie można było wcześniej przewidzieć są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. W świetle powyższego nie stanowi takiej okoliczności fakt, że zamawiający nie posiadał „informacji o konieczności uzyskania pozwoleń na prowadzenie robót w obszarze objętym ochroną

konserwatorską, na etapie ubiegania się o przyznanie pomocy, przed złożeniem wniosku o przyznanie pomocy, z uwagi na to, że instrukcja wypełniania wniosku, nie definiuje tego typu załącznika, a w kontekście realizacji robót – pozwolenia takie są wymagane dopiero na etapie przystąpienia do robót budowlanych”.

Mając powyższe na uwadze oraz wezwanie do uzupełnienia wniosku o przyznanie pomocy w wyznaczonym terminie należy wskazać, iż nie można uznać za nieprzewidywalne działania lub zaniechania organów publicznych w przypadku, gdy realizacja danego zamówienia uzależniona jest od spełnienia pewnych dodatkowych obowiązków, np. uzyskania pozwolenia lub zatwierdzenia przez inne organy publiczne, które ponadto mogą czasami również wyznaczyć termin realizacji zamówienia. Jednocześnie, potrzeba udzielenia zamówienia publicznego nie może być wywołana działaniem lub zaniechaniem organów państwa.

Dodatkowo, należy zauważyć, że możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie jest jedynie uprawnieniem, nie ma charakteru obligatoryjnego. Dlatego też, chęć skorzystania z takiej możliwości nie może powodować ominięcia wyrażonej w art. 7 ustawy zasady uczciwej konkurencji, poprzez odejście od podstawowych trybów udzielania zamówienia.

Ponadto, jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne, zmierzające do udzielenia zamówienia publicznego są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich wynikających z prawa obowiązków związanych z udzielaniem zamówienia.¹

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na kolejną okoliczność, której wystąpienie umożliwia skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jest nią konieczność natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych konsekwencji. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie

¹ *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki* (opracowane przez Urząd Zamówień Publicznych), str. 18.

szkodzie w majątku i ochronę środowiska. W przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności.

Dodatkowo, w tym miejscu należy podkreślić, iż w przedmiotowej sprawie termin realizacji zamówienia został określony od 30 października 2013 r. do 31 grudnia 2014 r., a Zamawiający powołując się na okoliczność natychmiastowego wykonania zamówienia wskazał konieczność wyboru podmiotu posiadającego odpowiednie kwalifikacje do prowadzenia badań archeologicznych.

Mając powyższe na uwadze, warto zwrócić uwagę na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt. KIO/KD 70/14), w której Izba stwierdziła, że „istotne jest (...) odróżnienie przesłanki „pilności udzielenia zamówienia publicznego” od przesłanki „konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia”. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego ich wykonania. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia wynika najczęściej z konieczności przeciwdziałania lub 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.”

Zatem, należy stwierdzić, iż termin wykonania przedmiotowego zamówienia określony na ok. 14 miesięcy nie potwierdza spełnienia przesłanki natychmiastowego wykonania zamówienia, tj. bezzwłocznego wykonania zamówienia.

Należy także wskazać, że chęć uzyskania dofinansowania ze środków Unii Europejskiej, nie stanowi również ww. interesu. Nie można przyjąć, że uzupełnienie dokumentacji w wyznaczonym terminie w ramach wniosku o przyznanie pomocy finansowej służyło „natychmiastowej” ochronie życia lub zdrowia lub innych ważnych interesów takich jak zapobieganie szkodzie w majątku lub ochronie środowiska.

W tym miejscu należy wskazać na opinię Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którą ryzyko utraty środków przyznawanych w szczególności w formie dotacji nie mogło stanowić podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki z zastosowaniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (Wyrok WSA w W-wie z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 3123/08).

Ponadto, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego w zakresie ewentualnej straty dla budżetu Gminy Wolin, należy ponownie podkreślić, iż przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy znajduje zastosowanie w przypadkach, gdy Zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej

do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia np. zabezpieczenie majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach. Zatem, muszą być to sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego.

W tym miejscu należy wskazać, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający powołał się na okoliczności (brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, stratę dofinansowania), które mają charakter organizacyjny lub gospodarczy. Biorąc pod uwagę powyższe, okoliczności te nie mogą tym samym uzasadniać odstępstwa od zasad określonych w ustawie oraz ograniczania praw podmiotów funkcjonujących na rynku do konkurencyjności o udzielenie zamówienia na równych warunkach.

Biorąc pod uwagę fakt, iż możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy występuje wyłącznie w przypadku spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie, fakt niespełnienia niektórych z tych przesłanek powoduje, iż analiza spełnienia pozostałych staje się zbędna.

Reasumując, stwierdzić należy, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępstwo od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz zasadę prymatu trybów konkurencyjnych, o której mowa w art. 10 ustawy Pzp.

2. Z protokołów z przeprowadzonych negocjacji w dniu 29 października 2013 r. wynika, iż „na podstawie telefonicznego zaproszenia z dn. 28.10.2013 r., przeprowadzono negocjacje.”

Ponadto, z wniosku w sprawie zatwierdzenia trybu zamówienia publicznego oraz składu Komisji Przetargowej z dnia 28 października 2013 r. wynika, że zwrócono się (poprzez skontaktowanie się z wykonawcą) do Instytutu Archeologii i Etnologii Polskiej Akademii Nauk z prośbą o złożenie ustnej oferty na wykonanie badań archeologicznych na podstawie wytycznych:

- 1) znak ZArch.5152.64.1.2013.ET z dnia 18 października 2013 r.
- 2) znak ZArch.5152.241.1.2013.ET z dnia 25 października 2013 r.
- 3) znak ZArch.5152.242.1.2013.ET z dnia 28 października 2013 r.

Zgodnie z art. 66 ustawy, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

Z treści art. 68 ust. 1 ustawy wynika zaś, iż wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy.

Należy podkreślić, iż w dokumentacji przedmiotowego postępowania brak jest zaproszenia do negocjacji, a wyżej przywołane dokumenty potwierdzają jedynie kontakt telefoniczny w sprawie negocjacji.

Powyższe działanie Zamawiającego narusza zasadę pisemności (art. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych) a brak przekazania wraz z zaproszeniem do negocjacji istotnych dla stron postanowień czy wzoru umowy narusza przepis art. 68 ust. 1 ustawy.

3. Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, iż umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia zostały zawarte w dniu 30 października 2013 r. Z kolei ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 marca 2014 r. pod numerem 74770 – 2014.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Choć przepis ten określając termin zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia posługuje się zwrotem niedookreślonym („niezwłocznie po zawarciu umowy”) nie sposób uznać za jego dochowanie zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w terminie czterech miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym zaniechanie niezwłocznego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu przedmiotowego zamówienia publicznego stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy.

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

z up. Prese UZP
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Wiński
Danuta Wińska