

**Sygn. akt: KIO/KD 35/15**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 29 czerwca 2015 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 1 czerwca 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Uniwersytet Medyczny w Łodzi**  
**Al. Kościuszki 4**  
**90-419 Łódź**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 maja 2015 r.,  
(znak: UZP/DKD/WKZ/421/16(3)/15/AM)

w przedmiocie postępowania na:

Wykonanie zabezpieczeń przeciwpożarowych stropów i przepustów na poziomach od 03 do 6 i na poziomie 17 budynku wysokościowego A-1 szpitala Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Marek Szafraniec
Członkowie:	Robert Skrzyszewski
	Małgorzata Stręciwilk

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Łodzi – odwołując się do przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, przeprowadził w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie zabezpieczeń przeciwpożarowych stropów i przepustów na poziomach od 03 do 6 i na poziomie 17 budynku wysokościowego A-1 szpitala Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi”. W pisemnym protokole postępowania, uzasadniając powody zastosowania tego właśnie trybu udzielenia zamówienia Zamawiający wskazał, że w trakcie realizacji umowy ZP/60/2012 zawartej ze wspólnie występującymi wykonawcami: Climatic sp. z o.o. w Regułach oraz Zakładem Remontowo-Budowlanym „Rem-Bud” ██████████, ██████████ sp. j. w Płocku, zwanymi dalej konsorcjum Climatic, w wyniku ekspertyzy zleconej przez Zamawiającego jeszcze w trakcie postępowania przetargowego oraz ekspertyzy zleconej przez powołane konsorcjum, zaszła konieczność wykonania robót dodatkowych w zakresie zabezpieczeń przeciwpożarowych. Wcześniej podejmowane przez Zamawiającego z konsorcjum Climatic negocjacje dotyczące wykonania prac na poziomie 7 i 8 nie doprowadziły do porozumienia stron, z uwagi na zbyt wysoką cenę jakiej zażądał wykonawca. W takiej sytuacji Zamawiający podjął decyzję o podjęciu negocjacji z podwykonawcą konsorcjum Climatic – wykonawcą: Jack-Service Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Warszawie. Wskazał on, że wykonanie powołanych prac jest niezbędne do kontynuowania i zakończenia prac objętych umową ZP/60/2012 oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku, co potwierdzają wykonane ekspertyzy i opinie rzeczoznawców ds. przeciwpożarowych. Wszystko to uzasadniało zdaniem Zamawiającego powołanie się na art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP lub Kontrolującym, przeprowadził kontrolę doraźną tegoż postępowania w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. W jej wyniku stwierdził on, że Zamawiający powołując się na przepis art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp wszczął i przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, do czego w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie był uprawniony (w przekazanych Kontrolującemu dokumentach nie wykazał, zdaniem Prezesa UZP, zaistnienia okoliczności uzasadniających skorzystanie z tegoż trybu udzielenia zamówienia), tym samym bezpodstawnie odstąpił od stosowania trybów podstawowych, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazywał, iż zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp 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 zamówienia z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

1. wyjątkowa sytuacja,
2. przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
3. sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
4. wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
5. nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Wymienione powyżej przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie, a pomiędzy nimi powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy. Prezes UZP, w oparciu o ustalenia dokonane podczas kontroli, stwierdził, iż Zamawiający nie wykazał zaistnienia wszystkich przywołanych powyżej przesłanek skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Mając na celu uzasadnienie powyższych twierdzeń, Prezes UZP podnosił, iż Zamawiający nie wykazał, że sytuacja, w jakiej się znalazł, jest sytuacją wyjątkową. W jego ocenie „*cechę wyjątkowości należy bowiem przypisywać, zgodnie z zasadą ścisłej interpretacji wyjątków, 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.*” Kierują się tym przekonaniem Prezes UZP uznał, że „*należy odmówić okoliczności nieosiągnięcia porozumienia przez strony negocjacji w trybie z wolnej ręki, charakteru zdarzenia wyjątkowego. Prowadzenie negocjacji, co do wykonania przez Wykonawcę zamówienia dodatkowego jest sytuacją określoną w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych regulujących tryby negocjacyjne. Natomiast samo prowadzenie negocjacji wiąże się z uzyskaniem przez strony porozumienia lub brakiem osiągnięcia wspólnego zaakceptowanego przez strony porozumienia. Tym samym jeśli – jak w badanym stanie faktycznym strony nie doszły do porozumienia, co do postanowień umowy, które były przedmiotem negocjacji nie sposób potraktować tej sytuacji jako obiektywnie nadzwyczajnej.*”

Za sytuację wyjątkową Kontrolujący nie uznał również „*otrzymania przez Zamawiającego ekspertyzy ppoż. obejmującej ocenę stanu technicznego stropów w budynku szpitala*

*Centrum Kliniczno Dydaktycznego UM w Łodzi.*” Uznał on bowiem, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga wystąpienia nagłego i wyjątkowego zdarzenia. Samo zaś opracowanie ekspertyzy, czy też przekazanie jej Zamawiającemu nie miało, w ocenie Prezesa UZP, takiego charakteru: *„Ekspertyza nie kreuje bowiem sytuacji nadzwyczajnej i wyjątkowej, lecz potwierdza nieprawidłowości już istniejące, w tym przypadku w zakresie wykonania zabezpieczeń ppoż. stropów i przepustów w budynku szpitala Centrum Kliniczno Dydaktycznego UM w Łodzi.”*

Zaistniały w sprawie stan faktyczny, nie mógł zostać, zdaniem Prezesa UZP, uznany za sytuację *„obiektywnie nieprzewidywalną”* – *„Dwukrotne fiasko negocjacji podjętych z firmą Climatic Sp. z o.o. odnośnie wykonania robót dodatkowych w zakresie zabezpieczeń ppoż. zakończone unieważnieniem postępowań nie stanowi sytuacji nieprzewidywalnej. Unieważnienie postępowania jest bowiem przewidziane w procedurach dotyczących udzielenia zamówień. Zamawiający musi więc brać pod uwagę konieczność unieważnienia postępowania w razie wystąpienia jednej z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 ustawy (w tym przypadku art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy). Określenie w ustawie przesłanek obligatoryjnego unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, wyklucza uznanie unieważnienia postępowania za okoliczność niemożliwą do przewidzenia. Również fakt, iż Zamawiający powołując się na tę samą ekspertyzę ppoż. z dnia 22 października 2012 r. – dwukrotnie udzielał wcześniej zamówień dodatkowych na wykonanie zabezpieczeń ppoż. stropów, świadczy o braku możliwości uznania tej sytuacji za nieprzewidywalną.”* W kontekście powołanej ekspertyzy, Prezes UZP zauważył, że *„rzeczoznawca dokonując kontroli stanu technicznego stropów posiłkował się dokumentacją techniczną dotyczącą bezpieczeństwa pożarowego budynku Centrum Kliniczno Dydaktycznego UM w Łodzi sporządzoną dla Zamawiającego”,* przy czym przywołał zapisy pisma w sprawie odporności ogniowej stropów z marca 2010 r., a także pkt 3 załącznika nr 4 do Porozumienia z dnia 20 kwietnia 2012 r. stanowiącym wykaz prac niezbędnych do zakończenia kontraktu 706/2006. Pozwoliło to Kontrolującemu przyjąć, że *„przed udzieleniem przedmiotowego zamówienia istniały przesłanki, które wskazywały na nieprawidłowe wykonanie zabezpieczeń ppoż. stropów. Trudno zatem uznać, iż przytoczone przez Zamawiającego okoliczności udzielenia niniejszego zamówienia miały charakter nieprzewidywalnych.”*

W świetle okoliczności faktycznych sprawy, zdaniem Prezesa UZP, nie można było też uznać, że *„mamy do czynienia z sytuacją niezależną od Zamawiającego. Należy wskazać, iż Zamawiający jest nie tylko odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, lecz również za nadzór nad jego wykonaniem. Niezasadne jest zatem powoływanie się przez Zamawiającego na działania podmiotów*

*realizujących zamówienie, jako na okoliczność zaistnienia sytuacji niezależnej od Zamawiającego. Niedochowanie przez Zamawiającego należytej staranności w nadzorze nad realizacją zamówienia nie może stanowić podstawy do zastosowania zamówienia z wolnej ręki.”*

*Ponadto, w ocenie Kontrolującego, Zamawiający nie wykazał także, że „zaistniała sytuacja wymagała konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Zamawiający w toku kontroli nie przedstawił okoliczności, które wskazywałyby na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, czy też określałby krótki termin wykonania niniejszego zamówienia. Za taką okoliczność na pewno nie może być uznane stanowisko Ministerstwa Zdrowia, iż udzielenie niniejszego zamówienia musi nastąpić w 2012 r. 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 musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat takich postępowań lub braku wypełnienia zobowiązań i nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.”*

*Podsumowując swój wywód, Prezes UZP stwierdził, że „w przedmiotowym stanie faktycznym tryb z wolnej ręki został wykorzystany do osiągnięcia określonego zamierzenia inwestycyjnego, a nie jak tego wymaga przepis art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy do potrzeby natychmiastowego zrealizowania zamówienia, w wyniku zaistnienia wyjątkowej sytuacji, której Zamawiający nie był w stanie przewidzieć. Ponadto stan faktyczny sprawy wskazuje, iż nie było przeszkód by wykonanie zabezpieczenia ppoż. stropów nastąpiło z zachowaniem terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, które gwarantowałyby zachowanie zasady konkurencyjności.” Kierując się tym przekonaniem Kontrolujący uznał, że „przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia*

*z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.”*

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami, określonymi w ustaleniach kontrolnych, Prezes UZP wraz z pismem z dnia 21 maja 2015 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/16(3)/15/MA), przekazał je Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń do wyników kontroli.

Pismem z dnia 29 maja 2015 r., doręczonym Prezesowi UZP w dniu 1 czerwca 2015 r., Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający wyjaśniał, że w dniu 1 lutego 2007 r. zawarł umowę nr 706/2006, na podstawie której powierzył Grupie 3J S.A., jako Generalnemu Wykonawcy, opracowanie dokumentacji projektowej i dokończenie budowy szpitala – Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi. Zamawiający przyznał, że w toku realizacji powołanego obiektu szpitalnego pojawiały się pytania w zakresie dotyczącym bezpieczeństwa przeciwpożarowego, w szczególności w zakresie wytrzymałości ogniowej stropów. Kierował je on do powołanego wykonawcy i był przez niego zapewniany, że nie zachodzi potrzeba realizacji dodatkowych prac w tym zakresie. Zaznaczył przy tym, że inwestycja była prowadzona w części obiektu, na kondygnacjach 03-9, a na piętrze 17 zlokalizowano instalacje techniczne, w zakresie 2/3 szerokości obiektu. Kondygnacje od 10 do 16 w całości, a pozostałe na szerokości 1/3 obiektu, miały pozostać na obecnym etapie niewykończone.

Zamawiający stał na stanowisku, że z przyczyn leżących po stronie wykonawcy: Grupa 3J S.A. znalazł się w sytuacji wyjątkowej – dysponował bowiem oświadczeniami uprawnionych służb technicznych wykonawcy i projektanta, potwierdzających prawidłowe zabezpieczenie przeciwpożarowe. Uważał on, że ujawnienie nieprawidłowości w zakresie takiego zabezpieczenia wymagało natychmiastowego wykonania zamówienia *„albowiem brak realizacji tych prac uniemożliwił dokończenie szpitala, a nade wszystko stanowił niebezpieczeństwo zarówno dla obiektu, jak i osób, które w tym czasie w nim przebywały.”* Zamawiający podkreślał, że Kontrolujący nie uwzględnił faktu nagłego pojawienia się informacji o istnieniu zagrożenia, a także nieprawidłowo utożsamiał odrębne i niezwiązane ze sobą potrzeby zrealizowania zabezpieczeń przeciwpożarowych na poziomie X i XVII z zabezpieczeniami przeciwpożarowymi stropów i przepustów na poziomach 03-6 i na poziomie 17. Te pierwsze służyć miały oddzieleniu części budynku, które pozostały niewykończone do dnia dzisiejszego z uwagi na brak środków finansowych.

Zamawiający podkreślał, że opinia z dnia 22 października 2012 r. wskazywała na absolutną konieczność wykonania kompleksowych natrysków przeciwpożarowych na całych

powierzchniach stropów i przejść tj. ok. 2400 m<sup>2</sup> na każdym piętrze, czego nie przewidywały projekty.

O wyjątkowości zaistniałej sytuacji, świadczyć miało, zdaniem Zamawiającego, to, że po ponad 30 latach trwania inwestycji okazało się, iż istniejące stropy i przejścia nie spełniają norm ochrony przeciwpożarowej. Przyczyny jej powstania nie leżały po stronie Zamawiającego, ponieważ tak wykonawca Grupa 3J S.A., jego służby techniczne i projektowe, zapewniali go o dobrym stanie stropów, a ponadto projekt stanowiący opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu ZP/60/2012 również potrzeby spornych robót nie przewidywał. Stan ten powodował również to, że Zamawiający nie mógł przewidzieć potrzeby wykonania takich prac. Ich zaś realizacja miała skutecznie zapobiec grożącemu niebezpieczeństwu pożarowemu, a także, było niezbędne dla realizacji prac objętych zamówieniem ZP/60/2012. Zamawiający podkreślał, że koniecznym było natychmiastowe zrealizowanie tychże prac – jeszcze przed zakończeniem robót wykonywanych na podstawie powołanego zamówienia ZP/60/2012. Z uwagi na brak możliwości porozumienia z generalnym wykonawcą zamówienia ZP/60/2012 – konsorcjum Climatic, Zamawiający był zmuszony powierzyć wykonanie spornych robót podmiotowi już funkcjonującemu na obiekcie – podwykonawcy konsorcjum Climatic, tj. wykonawcy: Jack-Service Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Warszawie. Jak twierdził Zamawiający, zatrzymanie prac realizowanych w ramach zamówienia ZP/60/2012, na miesiąc przed zakończeniem okresu finansowania tej inwestycji, spowodowałoby wstrzymanie procesu inwestycyjnego, a tym samym zatrzymanie na wiele lat budowy szpitala.

Mając to wszystko na uwadze, Zamawiający uważał, że w zaistniałej sytuacji miał podstawy do udzielenia kontrolowanego zamówienia w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 15 czerwca 2015 r. (znak: UZP/DKD/WZK/421/16(6)/15/AM), Prezes UZP zastrzeżeń nie uwzględnił, przekazując je, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP ustaliła, co następuje.

Pierwszą, istotną dla rozstrzygnięcia sprawy okolicznością jest ustalenie przez Izbę zakresu regulacji art. 167 nowej ustawy Pzp. W świetle przepisu art. 167 ust. 1 ustawy Pzp,

Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej. Dalej, zgodnie z art. 167 ust. 3 nowej ustawy Pzp, Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż rozstrzygając o zasadności wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń zobowiązana jest uwzględnić informację o stwierdzeniu naruszenia wraz z aktami kontroli oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że Zamawiający w dniu 18 grudnia 2012 r. zaprosił do negocjacji wykonawcę: Jack-Service Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Warszawie (sygn. akt ZP/167/2012), aby następnie w dniu 24 grudnia 2012 r., po przeprowadzeniu na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, zawrzeć z powołanym wykonawcą umowę nr ZP/167/2012, której przedmiotem było m.in. wykonanie natrysków stropów w sposób wymagany protokołem „ustaleń z czynności objętych wewnętrzną kontrolą w budynku Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi przy ul. Pomorskiej 251 w aspekcie obowiązujących przepisów przeciwpożarowych przed przystąpieniem do procedur odbiorowych części budynku w kondygnacjach 03-9 w osiach 8-24 autorstwa rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych magistra inż. ██████████” (§ 1 ust. 1-4 umowy ZP/167/2012).

W aktach sprawy, do powołanej umowy, załączony został tak opisany protokół, opatrzony datą 19 września 2012 r. Zgodnie z jego treścią (str. 2) został on opracowany „na zlecenie głównego wykonawcy Climatic sp. z o.o.” Na pierwszej stronie kopii tegoż dokumentu, poświadczonego za zgodność z oryginałem z datą 15 lipca 2014 r., znajduje się dekretacja poczyniona przez Dyrektora Biura Inwestycji Uniwersytetu Medycznego w Łodzi opatrzona datą 2 (ewentualnie 12 – zapis nieczytelny) października 2012 r. Ponadto zauważenia wymaga, że w znajdującej się również w aktach dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia o numerze ZP/155/2012 znalazła się kopia pisma Grupy 3J S.A. z dnia 9 października 2012 r. (taka też wpisana na nim data wpływu do Zamawiającego), zgodnie z którym wykonawca ten przekazuje Zamawiającemu opracowanie wykonane przez ██████████. Pozwoliło to Izbie przyjąć, że najpóźniej w tej dacie (9, ewentualnie 12, października 2012 r.) treść tego dokumentu była znana Zamawiającemu. Okoliczność ta, w ocenie Izby, poddaje w wątpliwość wiarygodność twierdzeń Zamawiającego, zgodnie z którymi o konieczności wykonania natrysków miał dowiedzieć się dopiero w dniu 16 listopada 2012 r. po otrzymaniu pisma od konsorcjum Climatic,



szczególnie wobec faktu, że na czwartej stronie (strony nienumerowane) protokołu z dnia 19 września 2012 r. rzeczoznawca ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych mgr inż. ██████████ stwierdza co następuje: *„W zakresie stanu technicznego stropów potwierdziły się uwagi projektantów, aby z powodu licznych pęknięć, rys, dziur, widocznych prętów zbrojeniowych stropów żelbetowych oraz szczelin pomiędzy płytami stropowymi zabezpieczyć stropy na całej powierzchni od poziomu 8 do 01 natryskiem zapewniającym szczelność i izolacyjność w klasie odporności ogniowej elementu REI 60.”* Co istotne, to ten właśnie dokument (tak opisany tytuł protokołu) został przywołany w treści umowy nr ZP/167/2012 (umowa zawarta w wyniku przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objętego kontrolą Prezesa UZP) z dnia 24 grudnia 2012 r., jako opisujący zakres i sposób realizacji zleczonych prac (§ 1 ust. 1-4).

W aktach sprawy znajdował się ponadto *„Protokół z czynności objętych wewnętrzną kontrolą wykonania przejść instalacyjnych oraz stanu technicznego stropów budynku Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi przy ul. Pomorskiej 251 według projektu budowlanego (przegrody p.poż.)”* opracowany w dniu 22 października 2012 r. przez rzeczoznawcę ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych magistra inż. ██████████ na zlecenie *„podwykonawców do porozumienia do umowy nr 706 z dnia 1 lutego 2007 r. (CKD) zawartej pomiędzy Uniwersytetem Medycznym w Łodzi, a Grupą 3J S.A. z dnia 20 kwietnia 2012 r.”* poświadczony za zgodność z oryginałem z datą 15 lipca 2014 r., na którym znajduje się dekretacja poczyniona przez Dyrektora Biura Inwestycji Uniwersytetu Medycznego w Łodzi opatrzona datą 19 listopada 2012 r. Co istotne, w dokumencie tym, na stronach 5 i n., znalazły się cytaty z przedstawionych do wglądu wystawcy powołanej ekspertyzy dokumenty *„mające wpływ na rozwiązania techniczne dotyczące bezpieczeństwa pożarowego budynku Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi przy ul. Pomorskiej 251”*. W pkt 2 znalazło się tam odniesienie do pisma w sprawie odporności ogniowej stropów z marca 2010 r. i zapis zaprezentowany jako cytat, czy też parafraza, treści tegoż dokumentu. Zestawienie tegoż zapisu z treścią, znajdującego się w aktach, pisma z dnia 1 marca 2010 r. sporządzonego w imieniu Architekton sp. z o.o., pozwala przypuszczać, iż tenże cytat (parafraza) zaczerpnięty jest właśnie z tego pisma, przy czym ostatni trzeci akapit powołanego zapisu nie znajduje odzwierciedlenia w powołanym piśmie z dnia 1 marca 2010 r. Zauważyć przy tym należy, że w piśmie tym powołane są cztery załączniki, których nie przedstawiono Izbie w aktach kontroli. Niemniej jednak, konstrukcja powołanego zapisu (zaprezentowana jako cytat, czy też parafraza) zdaje się sugerować, że Zamawiający już w marcu 2010 r. mógł wiedzieć o faktach tam przywołanych, a zapisano tam: *„Niemniej jednak podczas czynności kontrolnych stwierdzono duże ubytki w stropie (dziury, przekucia). Strop w tych miejscach nie spełnia szczelności*

oraz izolacyjności ogniowej. Jest to niezgodne przy założeniach, że każda kondygnacja jest odrębną strefą pożarową.” W kontekście rozpoznawanych zastrzeżeń i sformułowanych tam twierdzeń, że tak powołany zapis, jak i pismo z marca 2010 r. odnosi się jedynie do kondygnacji 9 i 17, a zatem tych, które nie były objęte kontrolowanym zamówieniem, dostrzec należy, że Zamawiający nie wskazał, aby wnioski takie można było wysnuć z treści powoływanego zapisu ze strony 5 przywoływanej tu ekspertyzy opracowanej w dniu 22 października 2012 r., ani też z treści powoływanego pisma z dnia 1 marca 2010 r., jak również pisma z dnia 2 marca 2010 r. sporządzonego w imieniu Grupy 3J S.A.

Ponadto w aktach sprawy znajdowało się również pismo z dnia 16 listopada 2012 r. pochodzące od konsorcjum Climatic, zgodnie z którego treścią wykonawca ten przekazał Zamawiającemu „*ekspertyzę stanu zabezpieczeń przeciwpożarowych*”. Wraz z powołanym pismem w aktach znajduje się „*Protokół z czynności objętych wewnętrzną kontrolą wykonania przejść instalacyjnych oraz stanu technicznego stropów budynku Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi przy ul. Pomorskiej 251 według projektu budowlanego (przegrody p.poż.)*”, a zatem dokument opisany takim samym nagłówkiem jak powoływany wcześniej protokół wykonany na zlecenie podwykonawców. Opatrzony on jest również tą samą datą, tj. 22 października 2012 r. Zgodnie z jego treścią został on wykonany na zlecenie „*głównego wykonawcy Climatic sp. z o.o.*” Na czwartej stronie tegoż opracowania (strony nienumerowane) znalazła się uwaga o tej samej treści, co w powoływanym wyżej protokole z dnia 19 września 2012 r. – także w tym dokumencie rzeczoznawca ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych mgr inż. ██████████ stwierdza co następuje: „*W zakresie stanu technicznego stropów potwierdziły się uwagi projektantów, aby z powodu licznych pęknięć, rys, dziur, widocznych prętów zbrojeniowych stropów żelbetowych oraz szczelin pomiędzy płytami stropowymi zabezpieczyć stropy na całej powierzchni od poziomu 8 do 01 natryskiem zapewniającym szczelność i izolacyjność w klasie odporności ogniowej elementu REI 60.*”

Mając powyższe pod uwagę, Izba uznała, że nawet gdy przyjąć, że jeśli nie w marcu 2010 r., to najpóźniej w dniu 9 (ew. 12) października 2012 r. Zamawiającemu wiadomym było, że rzeczoznawca ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych mgr inż. ██████████, w sporządzonym przez siebie opracowaniu, zaleca zabezpieczenie stropów odpowiednimi natryskami. Stąd też w ocenie Izby niemożliwym było przyjęcie, że Zamawiający, jak to zostało przedstawione w zastrzeżeniach, dopiero na miesiąc przed zakończeniem okresu finansowania tej inwestycji (a zatem końcem roku 2012 r. – zgodnie z pismem Ministerstwa Zdrowia powoływanym w zastrzeżeniach), powziął wiedzę o konieczności podjęcia realizacji spornych prac. Mając na uwadze datę podpisania umowy

(24 grudnia 2012 r.) oraz termin realizacji zleczanych prac (28 lutego 2013 r. – zgodnie z § 3 ust. 1 lit. b umowy nr ZP/167/2012), oraz przywoływany przez Zamawiającego okres 75 dni potrzebnych na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym, można było przyjąć, że poczynawszy jedynie od dnia zapoznania się przez Zamawiającego z treścią protokołu z dnia 19 września 2012 r. możliwym było udzielenie zamówienia w innym, niż zamówienie z wolnej ręki, trybie.

W tym kontekście, podkreślić również należy, że wiarygodność stanowiska Zamawiającego co do daty, w której dowiedział się on o konieczności wykonania powoływanych natrysków, poddaje również w wątpliwość treść uzasadnienia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki zawartego w protokole postępowania ZP/167/2012. Zgodnie z tym uzasadnieniem konieczność wykonania dodatkowych prac w zakresie zabezpieczeń przeciwpożarowych zaszła m.in. „w wyniku [ekspertyzy] zleconej przez Zamawiającego jeszcze w trakcie postępowania przetargowego” – tj. sprawy ZP/60/2012 – umowa, będąca zwieńczeniem tegoż postępowania, zawarta została przez Zamawiającego z konsorcjum Climatic w dniu 22 października 2012 r. Zapis ten pozwala przyjąć, że przed dniem podpisania powołanej umowy, Zamawiający posiadał już wiedzę, która co najmniej poddawała w wątpliwość stan zabezpieczenia przeciwpożarowego obiektu, a przynajmniej do tego stopnia, aby zlecić wykonanie odpowiedniej ekspertyzy. Co istotne, w samych zastrzeżeniach Zamawiający nie powołuje się na żadną ekspertyzę wykonaną na jego zlecenie, pomimo faktu przywołania jej w uzasadnieniu zawartym w protokole postępowania.

W kontekście zgłaszanego w zastrzeżeniach braku możliwości porozumienia się z konsorcjum Climatic co do ceny realizacji prac związanych z wykonaniem dodatkowego zabezpieczenia przeciwpożarowego, dostrzeżenia wymaga, że w odniesieniu do poziomów od 03 do 6 oraz na poziomie 17, Zamawiający nie podejmował prób negocjowania warunków realizacji robót przez konsorcjum Climatic, a przynajmniej takie jego działania nie znajdują potwierdzenia w aktach kontroli przekazanych Izbie wraz z zastrzeżeniami. W aktach znalazły się jedynie protokoły postępowań ZP/155/2012, ZP/158/2012, ZP/160/2012 oraz ZP/164/2012, które to postępowania odnosiły się do prac mających być zrealizowanymi na poziomie 7 i 8.

Dodatkowo niezrozumiałą, w kontekście twierdzeń Zamawiającego zawartych w zastrzeżeniach, jest treść pisma z dnia 6 grudnia 2012 r. sporządzonego w imieniu Climatic sp. z o.o., zgodnie z którym wykonawca ten, w związku z realizacją umowy ZP/60/2012, w dniu 5 grudnia 2012 r. podpisał z „firmą Jack-Service”, jako z podwykonawcą.

Na mocy tej umowy miało zostać wykonane zabezpieczenie „p.poż. metodą natryskową w budynku A1 w zakresie” poziomów 02, 00, 1, 2, 3, 5 i 7.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba, oceniając zasadność zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, podzieliła argumentację przedstawioną przez Prezesa UZP i uznała ją za słuszną. Podzielając stanowisko Prezesa UZP, Izba uznała, iż Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w informacji o stwierdzeniu naruszenia. Nie wykazał on bowiem, że w rozpatrywanej sprawie istniały okoliczności, uzasadniające skorzystanie ze szczególnego trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3) 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.

Jak to zostało ustalone przez Izbę, nie zostało przez Zamawiającego wykazane, że przed datą wszczęcia kontrolowanego postępowania nie mógł on przewidzieć konieczności wykonania dodatkowego zabezpieczenia przeciwpożarowego – jak zostało przez Izbę przyjęte, Zamawiający najpóźniej w dacie 9 (ew. 12) października 2012 r. mógł się zapoznać z ekspertyzą, która stała się później załącznikiem do umowy ZP/167/2012 zawartej w wyniku przeprowadzenia kontrolowanego przez Prezesa UZP postępowania. Biorąc zaś pod uwagę tę datę, nie sposób przyjąć, że Zamawiający najpóźniej w dacie 9 (ew. 12) października 2012 r. nie mógł zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, bardziej otwartych na konkurencję, aniżeli tryb zamówienia z wolnej ręki.

Mając na uwadze poczynione przez Izbę ustalenia co do ekspertyzy opatrzonej datą 22 października 2012 r. i przywoływanych w niej pism z marca 2010 r., mało wiarygodne wydają się również twierdzenia mające świadczyć o tym, że znalazł się on sytuacji wyjątkowej, której nie dało się przewidzieć, tzn. takiej, której zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, a przewidywalność jej zaistnienia określona zostałaby w sposób obiektywny. Tak jak to było już podnoszone, z powołanych pism z marca 2010 r. nie wynika, aby odnosiły się one tylko do dwóch wybranych pięter obiektu, nie zaś do wszystkich, które objęte były robotami zleconymi umową ZP/167/2012. Zamawiający dowodów pozwalających przyjąć odmienne ustalenia nie przedstawił.

Na marginesie także należy zauważyć, że okoliczność upływu terminu na sfinansowanie określonej inwestycji czy przedsięwzięcia sama w sobie nie może stanowić o wypełnieniu się przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Przesłankę tę należałoby wykazać w kontekście obiektywnych okoliczności wskazujących na potrzebę uzyskania i wykorzystania określonego efektu prac objętych zawartą umową w sprawie zamówienia publicznego, niezależnie oczywiście od konieczności wykazania innych przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przywołanych powyżej (w tym choćby braku przewidywalności wykonania prac na wcześniejszym etapie).

Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający, na etapie przeprowadzania postępowania, nie uzasadnił w sposób dostateczny skorzystania z trybu udzielenia zamówienia zastrzeżonego do wyjątkowych, enumeratywnie wyliczonych przypadków. Uzasadnienie zawarte w protokole postępowania nie może zostać uznane za wystarczające. Podobnie argumentacja Zamawiającego zaprezentowana na etapie zastrzeżeń do informacji o wyniku kontroli doraźnej nie umożliwia uznania tychże zastrzeżeń za zasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, iż słusznie Prezes UZP wskazywał, że Zamawiający nie wykazał, iż w zaistniałym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia określony przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż okoliczności naruszeń wskazanych przepisów ustawy ponoszone przez Prezesa UZP znalazły potwierdzenie w aktach kontroli.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....