

UZP/DKUE/KD/117/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający: Gmina Stara Kiszewa
ul. Ogrodowa 1
83-430 Stara Kiszewa

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: wykonanie robót dodatkowych do umowy podstawowej nr UG.ZP.342/15/2010 na Budowę kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej obejmującej miejscowości Nowe Polaszki, Stare Polaszki, Wilcze Błota i części Starej Kiszewy

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki - art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Wartość zamówienia: 236 707,10 zł (58 888,22 euro)

Środki UE: brak środków

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień zamawiającego ustalono, iż postępowanie na wykonanie robót dodatkowych do umowy podstawowej nr UG.ZP.342/15/2010 na *Budowę kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej obejmującej miejscowości Nowe Polaszki, Stare Polaszki, Wilcze Błota i części Starej Kiszewy* przeprowadzono w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zakres kontrolowanego zamówienia obejmował:

- a) Przyłącza kanalizacyjne D=160 – 190 mm;
- b) Przyłącza wodociągowe D=40 – 678 mm;
- c) Roboty ziemne – 1 kpl.

Jak wynika ze sporządzonego przez zamawiającego protokołu konieczności, „wykonanie ww. prac dodatkowych leży w interesie lokalnej społeczności, pozwoli na zwiększenie zakładanego efektu ekologicznego, podłączenie posesji do lokalnego układu kanalizacji i wodociągu i jest korzystne ze względów technicznych.”

Szacunkowa wartość zamówienia dodatkowego wynosi 236 707,10 zł, co stanowiło równowartość 58 888,22 euro.

Umowa Nr UG.RG/31/2012 w sprawie udzielenia zamówienia została zawarta w dniu 15.11.2012 r. z wykonawcą zamówienia podstawowego – EKOMEL Sp. z o.o. na kwotę 218 846,88 zł brutto.

Uzasadniając zastosowanie w przedmiotowej sprawie trybu zamówienia z wolnej ręki, zamawiający w piśmie z dnia 04.04.2016 r. (znak: RG-I.7011.35.2016) wskazał, że „(...) od momentu opracowania projektu budowlanego (tj. maj 2009 r.) do czasu wykonywania robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego (tj. październik 2010 r. do grudzień 2012 r.) na obszarze objętym inwestycją powstała nowa zabudowa mieszkaniowa, którą należało włączyć do nowo budowanej sieci wodno – kanalizacyjnej. Ponadto w trakcie wykonywania robót budowlanych przy modernizacji istniejącego wodociągu okazało się, że stare przyłącza wodociągowe na istniejącym wodociągu z rur stalowych ocynkowanych należało wymienić z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania. Roboty dodatkowe nie były ujęte przez zamawiającego w projekcie budowlano – wykonawczym zamówienia podstawowego, gdyż na etapie opracowywania tejże dokumentacji zamawiający nie był w stanie przewidzieć zaistniałej sytuacji.”

Ponadto w dalszych wyjaśnieniach skierowanych do Prezesa Urzędu przy pismach z dnia 27.04.2016 r. oraz 08.06.2016 r. zamawiający wskazał, iż wartość szacunkowa robót dodatkowych obejmujących podłączenie nowopowstałej zabudowy mieszkaniowej, pierwotnie nie ujętej w dokumentacji projektowej, została ustalona na kwotę 194 022,21 zł netto (tj. 48 269,03 euro). Zamawiający wyjaśnił, iż „1. Lokalizacja nowopowstałej zabudowy mieszkaniowej pierwotnie nie ujętej w dokumentacji projektowej dotyczy miejscowości Wilcze Błota i Stare Polaszki. 2. Projekty budowlane nowopowstałej zabudowy były sporządzone w latach 2008 - 2011, a prace budowlane rozpoczęto w latach 2010 – 2012.” Jednocześnie do ww. wyjaśnień zamawiający dołączył decyzje zatwierdzające projekt budowlany oraz pozwolenie na budowę dla poszczególnych budynków mieszkalnych, z których wynika, że ww. decyzje wydane zostały na przestrzeni lat 2008 – 2012, tj.:

- decyzja nr AB.7351-281(2)/08 z dnia 29.04.2008 r.,
- decyzja nr AB.7351-543(2)08 z dnia 25.09.2008 r.,
- decyzja nr AB.7351-143(1)/09 z dnia 20.05.2009 r.,
- decyzja nr AB.7351-181/2/2010 z dnia 20.04.2010 r.,
- decyzja nr AB.6740.771.2.2011 z dnia 15.12.2011 r.,
- decyzja nr AB.6740.66.2.2012 z dnia 21.02.2012 r.

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień złożonych przez zamawiającego oraz ustalonego w toku postępowania wyjaśniającego stanu faktycznego należy zauważyć, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp, 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 enumeratywnie wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający może udzielić 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:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Z powyższego wynika, że możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącnego zaistnienia wszystkich wskazanych poniżej okoliczności, zwanych dalej przesłankami obligatoryjnymi:

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

Spełnienie przez zamawiającego ww. przesłanek nie powoduje jeszcze jednak, iż może on udzielić zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki. Muszą bowiem w danym stanie

faktycznym zachodzić również okoliczności wymienione w lit. a) lub lit. b) artykułu 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Udzielenie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego. Konieczność jego udzielenia musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji podstawowego zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Zamówienie dodatkowe będzie występowało zawsze wtedy, kiedy bez jego wykonania niemożliwym będzie zrealizowanie zamówienia podstawowego. Sytuacja ta nie powinna być jednak wynikiem zaniedbań lub niestaranności zamawiającego. Nie będzie zatem zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego¹.

Na podstawie opisanego powyżej stanu faktycznego należy przyjąć, że w stosunku do części robót dodatkowych wynikających z konieczności wymiany starych przyłączy wodociągowych z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania, spełnione zostały przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W szczególności, ich wykonanie stało się konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Należy bowiem stwierdzić, że dochowując należytej staranności zamawiający przed wszczęciem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, nie był w stanie przewidzieć, iż stare przyłącza wodociągowe na istniejącym wodociągu z rur stalowych ocynkowanych były zużyte i zbyt silnie skorodowane. Ponadto, były one niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

Mając jednocześnie na uwadze wyjaśnienia złożone przez zamawiającego odnośnie wartości dodatkowych robót budowlanych, z których wynika, że wartość robót dodatkowych obejmujących roboty budowlane wynikające z konieczności wymiany starych przyłączy wodociągowych wynosiła 42 684,89 zł netto (tj. 10 619,19 euro), należy wskazać, że zamawiający mógł je zlecić wykonawcy do realizacji bez obowiązku stosowania ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14.000,00 euro.

Z kolei odnośnie pozostałych robót obejmujących podłączenie nowopowstałych obiektów budowlanych, pierwotnie nie ujętych w dokumentacji projektowej, o wartości 194 022,21 zł netto (tj. 48 269,03 euro) należy wskazać, iż nie została spełniona przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którą udzielenie zamówienia dodatkowego musi być niezbędne do

¹ Wyrok NSA z dnia 22 marca 2000 r. sygn. akt II SA 2169/99

prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, tzn. takiego wykonania tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego. Udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówienia dodatkowe nie mogą służyć jedynie poprawieniu parametrów zamówienia podstawowego, czy rozszerzeniu jego zakresu o elementy, bez których zamówienie podstawowe może funkcjonować. Tymczasem wykonanie przyłączy do nowej zabudowy mieszkaniowej, która powstała już po wszczęciu postępowania o zamówienie podstawowe, stanowiło rozszerzenie inwestycji o nowe roboty dotyczące nowych budynków. Przyłączenie tych nowych budynków do sieci nie było niezbędne dla realizacji zamówienia podstawowego w jego pierwotnym kształcie. Wykonanie zamówienia w zakresie przyłączy do ww. nowej zabudowy mieszkaniowej było w istocie udzieleniem nowego zamówienia z pominięciem zasad konkurencji.

Ponadto, w odniesieniu do części obejmującej budynki mieszkalne, dla których przed wszczęciem postępowania na zamówienie podstawowe (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP w dniu 19.05.2010 r. pod nr 128745) wydano decyzje zatwierdzające projekt budowlany oraz pozwolenie na budowę nie została spełniona także przesłanka, zgodnie z którą konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowywania specyfikacji zamówienia podstawowego przy zachowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Nie jest zatem uzasadnieniem dla udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie wolnej ręki fakt, że zamawiający go nie przewidział, ale musi być nim fakt, że zamawiający nie był w stanie go przewidzieć. Z ww. przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki mamy zatem do czynienia w sytuacji, gdy konieczność wykonania zamówienia dodatkowego wynika z okoliczności obiektywnie niezależnych od zamawiającego, których zamawiający w ogóle nie mógł przewidzieć przystępując do przygotowywania inwestycji. Klasycznym przykładem dopuszczającym, co do zasady, możliwość udzielania zamówień dodatkowych jest ujawnienie koniecznych do wykonania robót już na etapie wykonawczym np. niezewidencjonowane instalacje, nieprzewidziane kolizje z sieciami kanalizacyjnymi, znacznie gorsze parametry gruntu w stosunku do przewidywanych lub zbadanych na etapie przygotowania dokumentacji zamówienia podstawowego etc. Tymczasem cztery pierwsze z ww. decyzji o pozwoleniu na budowę zostały wydane przed wszczęciem postępowania o zamówienie podstawowe, a zatem powinny być znane zamawiającemu, który mógł uwzględnić zakres wynikających z nich robót w zamówieniu podstawowym. Nie były to zatem roboty nieprzewidywalne.

Reasumując, w przedmiotowej sprawie wykonanie robót dodatkowych w zakresie podłączenia nowych obiektów mieszkalnych nie było:

- 1) niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego – możliwe było bowiem wykonanie zamówienia podstawowego bez wykonania zamówienia dodatkowego. Brak wykonania zamówienia dodatkowego nie spowodowałby niemożności wykonania zamówienia w jego

pierwotnym zakresie, w tym także nie wpłynęłyby na jego funkcjonalność zakładaną w podstawowym zakresie. Zamówienie dodatkowe służyło rozszerzeniu zakresu zamówienia podstawowego o dodatkowe elementy, bez których zamówienie podstawowe może funkcjonować.

- 2) konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia - przynajmniej 4 z 6 nowopowstałych budynków mieszkaniowych posiadały pozwolenie na budowę w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, tj. 19.05.2010 r., a ich ewentualne przyłączenie do realizowanej przez zamawiającego kanalizacji było możliwe do przewidzenia na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

Powyższe oznacza, że w okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy nie zostały spełnione przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym należy wskazać, że zamawiający naruszył ww. przepis.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.