

Sygn. akt: KIO/KD 70/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 8 sierpnia 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 3 lipca 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Gmina Miasto Ełk
ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 4
19-300 Ełk**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 czerwca 2014 r. (znak: UZP/DKUE/KD/11/2014)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na: „Dokończenie robót związanych z wykonaniem i uruchomieniem wentylacji mechanicznej oraz instalacji wod-kan w budynkach Techno-Parku w Ełku w ramach wykonawstwa zastępczego Umowy Nr 1/ZI/2011 z dnia 4.01.2011 r. zawartej pomiędzy Gminą Miasto Ełk a Zenonem Szyłakiem Zakład Instalacyjny WOD-Kan i C.O. Ełk.”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Lubomira Matczuk-Mazuś
	Grzegorz Matejczuk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dokończenie robót związanych z wykonaniem i uruchomieniem wentylacji mechanicznej oraz instalacji wod-kan w budynkach Techno-Parku w Ełku w ramach wykonawstwa zastępczego Umowy Nr 1/ZI/2011 z dnia 4.01.2011 r. zawartej pomiędzy Gminą Miasto Ełk a Zenonem Szyłakiem Zakład Instalacyjny WOD-Kan i C.O. Ełk”. Wraz z pismem (znak UZP/DKUE/W3/421/12(4)/14/JB(22139) z dnia 25 czerwca 2014 r. została przesłana do zamawiającego: Gminy Miasta Ełk - Informacja o wyniku ww. kontroli (znak: UZP/DKUE/KD/11/2014).

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ustawy Pzp z powodu braku spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki oraz naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych w terminie ponad 4 miesiące od daty zawarcia umowy.

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji ustalono, że zamawiający przeprowadził postępowanie (wszczęte w dniu 5 listopada 2010 r.) w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę budynków w Miejskiej Strefie Rozwoju Techno-Parku w Ełku – Etap I w ramach zadania Rozbudowa Techno-Parku w Ełku”. W dniu 4 stycznia 2011 r. zamawiający zawarł umowę nr 1/ZI/2011 z wybranym wykonawcą: Zakładem Instalacyjnym WOD-KAN i CO Zenon Szyłak z ceną 10 142 165,34 zł (brutto). W umowie wskazano termin 7 maja 2012 r., jako termin zakończenia robót, natomiast umowa o dofinansowanie projektu z RPO Warmia i Mazury określała termin zakończenia ww. zadania na dzień 1 września 2012 r.

W kwietniu 2012 r. realizacja zamówienia napotkała problemy spowodowane opóźnieniem w przyłączeniu obiektu do sieci elektrycznej, co było przedmiotem robót wykonywanych przez innego wykonawcę (niewchodzących w zakres przedmiotu niniejszego zamówienia). Opóźnienie powyższe uniemożliwiło wykonawcy przeprowadzenie prób urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych. W dniu 27 kwietnia 2012 r. spisano Protokół konieczności, w którym ustalono konieczność zmiany terminu zakończenia robót. W dniu 4 maja 2012 r. podpisano Aneks do umowy, na mocy którego przedłużono termin do zrealizowania zamówienia do dnia 30 czerwca 2012 r.

W dniu 27 lipca 2012 r. wykonawca przesłał do zamawiającego pismo z informacją o braku możliwości kontynuowania prac ze względu na problemy finansowe. Zamawiający dokonał odbioru robót z listą niedoróbek i usterek. W dniu 2 sierpnia 2012 r. sporządzono Protokół wykonanych robót, w którym stwierdzono, że zamawiający zleci wykonanie prac opisanych w Protokole usterek i niedoróbek w ramach wykonawstwa zastępczego, z wykorzystaniem środków finansowych pozostałych po rozliczeniu ww. umowy.

Zamawiający podjął negocjacje z podwykonawcami realizującymi część robót, jednak wykonanie zamówienia nie zostało im powierzone, gdyż zaoferowana cena znacznie przewyższała wysokość środków, którymi dysponował zamawiający. W konsekwencji zamawiający postanowił udzielić zamówienia na: „Dokończenie robót związanych z wykonaniem i uruchomieniem wentylacji mechanicznej oraz instalacji wod-kan w budynkach Techno-Parku w Ełku w ramach wykonawstwa zastępczego Umowy Nr 1/ZI/2011 z dnia 4.01.2011 r. zawartej pomiędzy Gminą Miasto Ełk a Zenonem Szyłakiem Zakład Instalacyjny WOD-Kan i C.O. Ełk” w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W dniu 27 sierpnia 2012 r. została zawarta umowa z wykonawcą PPUH „DAR-TECH” Dariusz Szrejter przewidująca zakończenie prac do dnia 28 września 2012 r. Ustalenie tego terminu było możliwe dzięki przedłużeniu terminu zakończenia projektu z umowy o dofinansowanie do dnia 1 października 2012 r., natomiast finansowego zakończenia projektu do dnia 15 października 2012 r. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, dalsze przesunięcie terminu zakończenia projektu nie było już możliwe ze względu na konieczność osiągnięcia do końca roku określonych wskaźników realizacji celów projektu.

Zamawiający, przedstawiając uzasadnienie do zastosowania trybu z wolnej ręki (pismo z dnia 4 marca 2013 r.), stwierdził, że konieczność jego zastosowania wynikała z wyjątkowej sytuacji, której przyczyny nie leżały po stronie zamawiającego, tzn. niewykonania umowy przez wykonawcę oraz koniecznością dotrzymania terminu zakończenia prac budowlanych, określonego w umowie o dofinansowanie i terminu uruchomienia obiektu, co mogłoby spowodować utratę nieporównywalnie większych wartości niż wartość pozostałej niewykonanej części umowy, stanowiącej około 5% całego zamówienia. Zamawiający podniósł, że przygotowanie procedury przetargowej i jej przeprowadzenie wymagałoby okresu co najmniej 2 miesięcy, natomiast dokończenie prac budowlanych wg opinii inspektorów nadzoru - około 1,5 miesiąca, co łącznie trwałoby około 4 miesięcy, a zatem zakończenie robót mogłoby nastąpić dopiero w końcu listopada. Zamawiający wskazał także na, wynikającą z umowy o dofinansowanie, konieczność osiągnięcia do końca 2012 r. określonych wskaźników realizacji celów projektu.

W powyższym stanie faktycznym Prezes UZP zważył, co następuje.

Zastosowanie trybu z wolnej ręki do udzielenia zamówienia publicznego jest uzależnione od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie Pzp, które podlegają ścisłej interpretacji, a ich wystąpienie musi być udowodnione przez podmiot, który się na nie powołuje.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli wystąpiły łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- d) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Ponadto pomiędzy powyżej wskazanymi warunkami musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UZP stwierdził, że przedstawione przez zamawiającego wyjaśnienia nie dają podstaw do uznania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przyjmuje się, że natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji szybciej niż pilnie, czyli właściwie z dnia na dzień. Odróżnić zatem należy „pilne udzielenie zamówienia”, o którym mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp od „natychmiastowego wykonania zamówienia”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 nie dotyczy udzielania zamówień, których wykonanie trwa dłużej niż natychmiast, np. trwa miesiąc, jak w niniejszej sprawie. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych skutków zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Musi ona wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidzianych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na wykonanie zamówienia. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę życia i zdrowia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. Zagrożenie niedotrzymania terminów określonych w umowie o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej nie stanowi interesu w powyższym rozumieniu, co zostało potwierdzone w orzecznictwie sądowo-administracyjnym (patrz wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 3123/08, Lex 507731).

Niedochowanie wymogów określonych w zakresie osiągnięcia do końca 2012 r. określonych wskaźników realizacji celów projektu, ustalonych w umowie o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej, stanowiące podstawę do rozwiązania umowy przez Instytucję Zarządzającą nie mogło nastąpić w okolicznościach tej sprawy, ponieważ było uzależnione od wystąpienia przyczyn leżących po stronie Beneficjenta, co w tym przypadku nie miało miejsca, ponieważ niewykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Na podstawie § 17 ust. 1 umowy o dofinansowanie zamawiający był uprawniony zwrócić się do Instytucji Zarządzającej z wnioskiem o dokonanie zmiany umowy w zakresie terminu zakończenia projektu.

Zamawiający nie wykazał również zaistnienia nieprzewidzianych okoliczności, na które zamawiający nie mógł mieć żadnego wpływu. Zamawiający posiadał bowiem wiedzę o nienależyтым wykonywaniu umowy przed złożeniem przez wykonawcę oświadczenia z dnia 27 lipca 2012 r. o braku możliwości kontynuacji robót budowlanych, co potwierdza wpis Kierownika budowy w Dzienniku budowy z dnia 26 czerwca 2012 r. Posiadane informacje pozwalały zamawiającemu na podjęcie odpowiednich czynności zmierzających do przywrócenia prawidłowości sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę. Zaprzeszanie wykonywania zamówienia nie stanowiło zatem okoliczności nagłej i nieprzewidywalnej.

Ponadto, z danych zawartych w Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r. wynika, że przeciętny czas trwania postępowania o wartości nieprzekraczającej progów UE, liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy wynosił 31 dni. W przypadku przetargu nieograniczonego na roboty budowlane czas ten wynosił w 2012 r. – 38 dni. Gdyby zatem zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego w BZP w połowie lipca 2012 r., to z końcem sierpnia mógłby zawrzeć umowę z wykonawcą z zachowaniem zasad konkurencji. Powyższe potwierdza, że nie wystąpiła w okolicznościach niniejszej sprawy przesłanka niemożności dochowania terminów właściwych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W tych okolicznościach Prezes UZP stwierdził naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz art. 10 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania w toku kontroli ustalono także, że umowa w sprawie niniejszego zamówienia została zawarta w dniu 27 sierpnia 2012 r. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w BZP pod nr 533716-2012 w dniu 31 grudnia 2012 r. Zgodnie natomiast z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający był zobowiązany zamieścić ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w BZP niezwłocznie po zawarciu umowy. Nie sposób przy tym uznać za „niezwłoczne” zamieszczenie ogłoszenia o zawarciu umowy w terminie ponad 4 miesięcy od daty jej zawarcia.

W danych okolicznościach stwierdzono wobec powyższego, że zamawiający naruszył przepis art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 3 lipca 2014 r. (znak: BK.1710.11.2014), które wpłynęło do Prezesa UZP w dniu 9 sierpnia 2014 r. zamawiający – Gmina Miasto EŁK - zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w wyjaśnieniach przekazanych w toku kontroli do Prezesa UZP, dotyczących zaistnienia okoliczności spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że wyjątkowość sytuacji w przedmiotowej sprawie polegała na fakcie, iż wykonawca robót wyłoniony w trybie przetargu nieograniczonego zgłosił nieoczekiwanie w końcówce realizacji obiektu brak możliwości jego zakończenia z powodów przez niego zawinionych.

Zamawiający wskazał, że w okresie poprzedzającym złożenie tego oświadczenia przez wykonawcę nic nie wskazywało, że wykonawca nie zdoła zakończyć prac budowlanych, a wręcz przeciwnie prace wykończeniowe nabrały tempa i wszystko wskazywało na to, że prace zakończą się, co prawda z lekkim opóźnieniem, ale w całości. Zarzut jakoby zamawiający miał wiedzę o problemach wykonawcy już w czerwcu 2012 r. został oparty na podstawie jednego asekuracyjnego wpisu nowopowołanego Kierownika budowy p. Radosława Zięciny, który, pozostając w ostrym konflikcie personalnym z poprzednim Kierownikiem budowy - p. j. Tadejko, dokonał nieuprawnionych zapisów, pozwalając sobie na subiektywną ocenę p. Tadejki w Dzienniku budowy. Zamawiający wskazał, że między innymi za powyższe działania p. Radosław Zięcina został prawomocnie skazany przez Sąd Cywilny z powództwa p. Tadejki w 2013 r. Ponadto, inwestor nie potwierdził w Dzienniku budowy wpisu p. Zięciny, gdyż nie odzwierciedlał on stanu faktycznego na dzień wpisu, natomiast pouczył go, że personalne rozgrywki nie powinny być przedmiotem wpisu w Dziennik budowy. Kolejne wpisy nie potwierdzają już pierwszego wpisu p. Zięciny w Dzienniku budowy.

Zamawiający wyjaśnił, iż rozważał na tym etapie rozwiązanie umowy, jednak stan zaawansowania robót (do 95% całości zamówienia) umożliwił dokonanie odbioru z listą niedoróbek. Podjęte zostały natychmiastowe działania odbiorowe.

Zamawiający wyjaśnił, że brał pod uwagę różne warianty wykonawstwa zastępczego w celu zakończenia prac na obiekcie. Przystąpienie jednak do trybu przetargowego wiązało się ze zbyt długim okresem wdrażania. Według doświadczeń zamawiającego w realizacji tego typu specjalistycznych zamówień, okres przetargowy trwałby minimum 57 dni, zakładając, że nie byłoby protestów i odwołań ze strony wykonawców, co przy założonym

okresie realizacyjnym (ok. 1,5 miesiąca) spowodowałyby zakończenie prac montażowych po ponad 100 dniach, tj. w drugiej połowie listopada.

W związku z ustalonym na dzień 17 października 2012 r. terminem uroczystego otwarcia obiektu z udziałem krajowych i zagranicznych gości oraz podpisaniem umów intencyjnych z przyszłymi użytkownikami obiektu, podjęto działania umożliwiające dochowanie tych terminów. Wszczęto bezskuteczne negocjacje z podwykonawcami Generalnego Wykonawcy, a następnie z firmą „Dar Tech”, która specjalizuje się w tego typu robotach na rynku lokalnym.

W przypadku zleconych specjalistycznych robót nie było możliwości ich zrealizowania „z dnia na dzień”, natomiast wymagane było natychmiastowe zlecenie prac, gdyż po doliczeniu okresu niezbędnego do zakończenia ich realizacji (ok. 1,5 miesiąca) zastosowanie w trybie pilnym procedury przetargowej wiązałoby się z niedotrzymaniem umów z powyższymi użytkownikami, z którymi podpisano listy intencyjne.

Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, że ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało umieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z opóźnieniem, niemniej jednak ujęte w sprawozdaniach z realizacji zamówień publicznych za 2012 r.

Pismem z dnia 23 lipca 2014 r. Prezes UZP poinformował zamawiającego, iż nie uwzględnił zgłoszonych zastrzeżeń oraz podtrzymał stanowisko w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 oraz art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, wyrażonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 25 czerwca 2014 r.

Odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego, Prezes Urzędu stwierdził, co następuje:

1. W ocenie Prezesa UZP, w oparciu o wpisy Kierownika budowy w Dzienniku budowy z dnia 26 i 28 czerwca 2012 r. zamawiający powziął informacje, iż pomimo przedłużenia terminu zakończenia robót do dnia 30 czerwca 2012 r. realizacja znacznej części prac doznała opóźnienia. Roboty nie zostały zakończone w zaplanowanym terminie, który został wcześniej przedłużony przez strony o prawie dwa miesiące (do dnia 30 czerwca 2012 r.). Podważając wiarygodność wpisów dokonanych w Dzienniku budowy przez Kierownika budowy p. R. Zięcinę, zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych okoliczności, które potwierdzałyby brak zgodności informacji zawartych w Dzienniku budowy ze stanem rzeczywistym.

Prezes UZP podkreślił, że zamawiający, kierując swoje zastrzeżenia co do stwierdzonej przez Prezesa UZP możliwości dochowania terminów dla przetargu nieograniczonego, nie wziął pod uwagę faktu, że wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego mogło mieć miejsce już na początku lipca 2012 r., tj. zaraz po złożeniu pisma przez wykonawcę o niezakończeniu robót w wyznaczonym terminie. Zawarcie umowy

mogłoby nastąpić wówczas pod koniec sierpnia, podczas gdy zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki nastąpiło w dniu 27 sierpnia 2012 r., tj. w tym samym czasie.

W odniesieniu do podniesionej w zastrzeżeniach konieczności „natychmiastowego zlecenia prac” Prezes Urzędu wskazał, że tryb postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji, w których to realizacja zamówienia musi być dokonana niezwłocznie ze względu na konieczność ochrony interesu, który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na wykonanie zamówienia. Nie dotyczy natomiast sytuacji, gdy natychmiastowość odnosi się do zlecenia prac, nie zaś ich realizacji, co przyznał sam zamawiający. Dla zamówień udzielanych w trybie pilnym, ale nie wymagającym podejmowania działań natychmiastowych, ustawodawca przewidział inny tryb niż wolna ręka (negocjacje bez ogłoszenia). Przyjęcie w umowie z wykonawcą terminu 1 miesiąca na wykonanie robót oznacza, że od początku nie było mowy o natychmiastowej realizacji zamówienia. Nie wystąpiła także konieczność ochrony szczególnego interesu, który mógłby doznać uszczerbku w wyniku braku natychmiastowej realizacji zamówienia.

W konsekwencji Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko, iż w kontrolowanym postępowaniu nie zostały spełnione przesłanki wyjątkowej i nieprzewidywalnej sytuacji, konieczności natychmiastowej realizacji zamówienia oraz niemożności zachowania terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, a tym samym doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 10 ustawy Pzp.

2. Prezes UZP stwierdził, że zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach nie przedstawił żadnych okoliczności uzasadniających zwłokę w zamieszczeniu ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, które powinno nastąpić bezpośrednio po zawarciu umowy, stosownie do art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 167 ust. 2 Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych przez zamawiającego do wyniku kontroli, zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Izba uznała, że zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez zamawiającego pismem z dnia 3 lipca 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła tym samym stanowisko Prezesa UZP co do zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ustawy Pzp oraz art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, przy udzieleniu zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na: „Dokończenie robót związanych z wykonaniem i uruchomieniem wentylacji mechanicznej oraz instalacji wod-kan w budynkach Techno-Parku w Ełku w ramach wykonawstwa zastępczego Umowy Nr 1/ZI/2011 z dnia 4.01.2011 r. zawartej pomiędzy Gminą Miastem Ełk a Zenonem Szyłakiem Zakład Instalacyjny WOD-Kan i C.O. Ełk.”

Odnosząc się do zgłoszonych przez zamawiającego zastrzeżeń do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania, Izba zważyła, co wielokrotnie podkreśla się w orzecznictwie oraz uchwałach Izby, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 Pzp. W orzecznictwie Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreśla się, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta (podobnie wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01 oraz w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację, nie wynikającą 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 art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń, które powodują konieczność podjęcia natychmiastowego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a jednocześnie zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów, które gwarantują zachowanie pełnej zasady konkurencyjności. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić

związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy. Podkreślił powyższe również Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli, skierowanej do zamawiającego.

Zauważyć należy, że oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji, która nie wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca wymaga również, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć, a wystąpienie okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć musi powodować konieczność natychmiastowego (bezzwłocznego) wykonania zamówienia.

Istotne jest przy tym 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. Przykładem takiej sytuacji może być wystąpienie w sposób niespodziewany klęski żywiołowej (np. powodzi) i z tego względu istnieje potrzeba natychmiastowej realizacji zamówień niezbędnych do zapobieżenia, ograniczenia lub natychmiastowego usunięcia jej skutków (np. zakupy na akcję ratowniczą, wykonanie prac umożliwiających jedyny dojazd do miejscowości, prace porządkowe mające na celu zapobieżenie epidemiom itp.) – wówczas, po spełnieniu przewidzianych prawem przesłanek, uzasadnione jest skorzystanie z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania należy stwierdzić, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie wystąpiła sytuacja, w której spełnione zostały przesłanki do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przy udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. W powyższym zakresie Izba w pełni podzieliła stanowisko Prezesa UZP przedstawione w informacji o wyniku kontroli.

Podnoszone przez zamawiającego kwestie dotyczące nieoczekiwanego zgłoszenia przez wykonawcę robót wyłonionego w trybie przetargu nieograniczonego w końcówce realizacji obiektu odnośnie braku możliwości zakończenia robót z powodów przez niego zawinionych, nie stanowią sytuacji wyjątkowej w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, której zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć.

Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, który podniósł, że w okresie poprzedzającym złożenie tego oświadczenia przez wykonawcę nic nie wskazywało na to, że wykonawca nie zdoła zakończyć prac budowlanych, a wręcz przeciwnie prace wykończeniowe nabrały tempa i wszystko wskazywało na to, że prace zakończą się, co prawda z lekkim opóźnieniem, ale w całości.

Zauważyć należy, że termin wykonania zamówienia został przedłużony przez strony umowy na dzień 30 czerwca 2012 r. z powodu braku możliwości przeprowadzenia prób urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych w związku z brakiem docelowego zasilania w energię elektryczną. Pismo o braku możliwości zakończenia robót zostało złożone przez wykonawcę w dniu 27 lipca 2012 r., a zatem blisko miesiąc po upływie przewidzianego w umowie (Aneks nr/2012 z dnia 4.05.2012 r.) terminu wykonania obiektu. Zamawiający miał w tym czasie wiedzę o problemach wykonawcy, czego wyrazem jest wezwanie wykonawcy w dniu 20 czerwca 2012 r. do przyspieszenia prac budowlanych przy realizacji obiektu, w którym wyrażono zaniepokojenie, że zakres prac pozostałych do wykonania może stwarzać zagrożenie niedotrzymania terminu określonego w umowie. Kolejne wezwanie do natychmiastowego zakończenia prac prowadzonych na obiekcie zostało skierowane do wykonawcy w dniu 10 lipca 2012 r. Brak możliwości zakończenia robót w terminie potwierdzają także wpisy Kierownika budowy p. Radosława Zięciny z dnia 26 czerwca i 28 czerwca 2012 r. Zamawiający podważając wiarygodność i rzetelność tych wpisów nie przedstawił żadnych okoliczności, które potwierdzałyby inny stan zaawansowania robót niż stwierdzony przez Kierownika budownika.

Zamawiający stwierdził, że rozważał na tym etapie rozwiązanie umowy, jednak nie podjął stosownych działań, które umożliwiłyby w tym czasie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dokończenie robót (już w pierwszej połowie lipca 2012 r.). Stan zaawansowania robót (do 95% całości zamówienia) nie uzasadniał przedłużającego się zwlekania zamawiającego z podjęciem decyzji, co do dalszej realizacji i zakończenia zadania. Wszczęto również, jak wyjaśnił zamawiający, bezskuteczne negocjacje z podwykonawcami Generalnego Wykonawcy, co miało także wpływ na opóźnienie terminu podjęcia przez zamawiającego decyzji w sprawie niezwłocznego i skutecznego rozwiązania zaistniałej sytuacji.

Nieuzasadnione jest w ocenie Izby twierdzenie zamawiającego, że przystąpienie do trybu przetargowego wiązało się ze zbyt długim okresem wdrażania, gdyż okres przetargowy trwałby minimum 57 dni, zakładając, że nie byłoby protestów i odwołań ze strony wykonawców, co przy założonym okresie realizacyjnym (ok. 1,5 miesiąca) spowodowałoby zakończenie prac montażowych po ponad 100 dniach, tj. w drugiej połowie listopada.

Wszczęcie postępowania w pierwszej połowie lipca 2012 r. pozwoliłoby zamawiającemu na podpisanie umowy w sierpniu, a więc w czasie zbieżnym z tym, w którym została zawarta umowa z wykonawcą PPUH „DAR-TECH” Dariusz Szrejter z dnia 27 sierpnia 2012 r. w trybie z wolnej ręki, z terminem realizacji zadania do 28 września 2012 r. Wskazane terminy zostały oparte na danych zawartych w Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.

odnośnie średniego czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane (38 dni) o wartości poniżej progów unijnych, którym to danym nie można odmówić pełnej wiarygodności.

Ponadto, w zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający sam przyznał, że w przypadku zleconych specjalistycznych robót nie było możliwości ich zrealizowania „z dnia na dzień”, natomiast wymagane było natychmiastowe zlecenie prac. Jak przedstawiono na wstępie, przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga spełnienia przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, tym samym konieczność natychmiastowego zlecenia prac, wskazana przez zamawiającego, nie wyczerpuje tej przesłanki.

Okoliczność dotycząca ustalenie na dzień 17 października 2012 r. terminu uroczystego otwarcia obiektu z udziałem krajowych i zagranicznych gości oraz fakt podpisania umów intencyjnych z przyszłymi użytkownikami obiektu nie wypełnia przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia ze względu na zagrożenie powstania szkód majątkowych z tytułu zobowiązań wobec przyszłych użytkowników oraz nieosiągnięcie właściwych wskaźników realizacji projektu w wyznaczonym terminie. Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia do twierdzeń o możliwości powstania szkód lub też ich wysokości na skutek ewentualnego dalszego przesunięcia terminu zakończenia projektu. Nie wykazał również negatywnych konsekwencji, możliwych do poniesienia przez zamawiającego z powodu niedotrzymania terminu zakończenia projektu, z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego.

Zamawiający przyznał w ramach zgłoszonych zastrzeżeń, że ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało umieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z opóźnieniem. Opóźnienie trwające ponad 4 miesiące w zamieszczeniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w BZP, stosownie do dyspozycji art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi naruszenie tego przepisu. Fakt podniesiony w zastrzeżeniach, iż przedmiotowe zamówienie zostało ujęte w sprawozdaniach z realizacji zamówień publicznych za 2012 r. nie stanowi okoliczności, która zwalniałaby zamawiającego z obowiązku niezwłocznego zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w wymaganym publikatorze lub w jakimkolwiek stopniu usprawiedliwiłaby powyższe opóźnienie.

W wyniku dokonanej analizy i oceny przedstawionej przez zamawiającego argumentacji w ramach zgłoszonych zastrzeżeń do wyniku kontroli oraz stwierdzonego w ramach tej kontroli przez Prezesa UZP naruszenia przepisów art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ustawy Pzp oraz art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia przedstawione przez zamawiającego w piśmie z dnia 3 lipca 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....