

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 10 sierpnia 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 14 lipca 2016 r. przez:

**Zamawiającego: Starostę Starostwa Powiatowego w Sierpcu, ul. 1 Świątokrzyska
2a, 09 – 200 Sierpc**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lipca 2016 r.,
(znak: UZP/DKD/WZK/421/17(3)/16/IJ)

w przedmiocie postępowania na:

zmianę sposobu użytkowania poddasza Domu Pomocy Społecznej w Szczutowie na cele
Dziennego Domu Senior - Wigor

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Robert Skrzyszewski
Członkowie:	Beata Pakulska - Banach
	Marek Szafraniec

wyraża następującą opinię:

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

Uzasadnienie

Zamawiający – Starosta Starostwa Powiatowego w Sierpcu w 2015r. –przeprowadził w trybie zamówienia z wolnej ręki, na zasadzie art.67 ust.1 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pod nazwą zmiana sposobu użytkowania poddasza Domu Pomocy Społecznej w Szczutowie na cele Dziennego Domu Senior – Wigor.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP lub Kontrolującym, przeprowadził kontrolę doraźną tegoż postępowania, w wyniku, której stwierdził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 67 ust.1 pkt. 3, art.7 ust.1 i art. 10 ust.2 ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa UZP wyrażonej w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 lipca 2016r. Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek z art.67 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i w sposób nieuprawniony odstąpił od stosowania trybów podstawowych, przez co naruszył przepis art.7 ust.1 oraz art.10 ust.2 ustawy Pzp.

W związku ze stwierdzonymi powyższymi naruszeniami, określonymi w ustaleniach kontrolnych, Prezes UZP wraz z powyższym pismem, przekazał je Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń do wyników kontroli.

Pismem z dnia 12 lipca 2016 r., doręczonym Prezesowi UZP w dniu 14 lipca 2016 r., Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający podniósł między innymi, że miał zamiar działając w imię wartości społecznie pożądanых, powołać do życia nową instytucję - Dzienny Dom Senior – Wigor w Domu Pomocy Społecznej w Szczutowie dla 20 osób niebędących pensjonariuszami tego Domu.

Nadto Zamawiający stwierdził, że został zaskoczony oświadczeniem wykonawcy projektu w dniu 30 września 2015r., że projekt budowlany dla tego przedsięwzięcia nie jest gotowy i wymaga dodatkowych uzgodnień.

Przyznał również, że w zawieranej z projektantem umowie w § 8 przewidziano, że w przypadku niezyskania przez projektanta wszystkich niezbędnych uzgodnień dla sporządzonej dokumentacji budowlanej dopuszczalna będzie zmiana umowy.

Dodatkowo podniósł również, że w dniu 30 września 2015r. powziął wiadomość od projektanta o konieczności dodatkowych uzgodnień i w jego ocenie wycofanie się z umowy z Ministerstwem Pracy i Polityki Społecznej byłoby marnotrawstwem przyznanej w wysokości 250 000 zł dotacji rządowej i nie miałyby uzasadnienia zarówno społecznego, jak i politycznego.

Według Zamawiającego wszystkie przesłanki do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki zostały spełnione.

Zamawiający oświadczył, że miał wolę zastosowania trybu konkurencyjnego, jednak powstałe okoliczności załamały jego terminarz realizacji zadania z powodu niedostarczenia przez projektanta do dnia 30 września 2015r, uzgodnionego projektu.

Powołał się również na okoliczność odmowy przedłużenia przez Ministerstwo umowy nr 30/2015/WIGOR z dnia 22 września 2015r. w warunkach, gdy na podstawie § 2 pkt. 4 tejże umowy mogło dojść do jej przedłużenia.

W dalszej części swoich zastrzeżeń Zamawiający prowadził polemikę, co do braku analogii pomiędzy przywoływanym przez Prezesa UZP orzecznictwem ETS, a kontrolowaną sprawą.

W swoich zastrzeżeniach Zamawiający podkreślił, że działał w interesie publicznym, nie chcąc tracić przyznanej dotacji rządowej chciał zrealizować ważne zadanie społeczne.

Rozpoznając przedmiotowe zastrzeżenia Prezes UZP pismem z dnia 29 lipca 2016r. podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko nie uwzględniając w całości zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, przekazując je, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów obowiązującego prawa.

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w granicach zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia, co do faktów są rzetelne i niebudzące wątpliwości.

Ustalenia faktyczne nie były, co do zasady, kwestionowane przez Zamawiającego, który zgłaszane przez siebie zastrzeżenia skierował wobec dokonanej przez Kontrolującego oceny prawnej zaistniałego w sprawie stanu faktycznego.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z zastrzeżeń z dnia 14 lipca 2016r.

Zdaniem Izby Zamawiający w żaden sposób nie wykazał spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi, co najmniej jedna z następujących okoliczności 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.

W ocenie Izby jedynie łączne wykazanie przez Zamawiającego zaistnienia powyższych okoliczności mogłoby uzasadniać zastosowanie trybu poza konkurencyjnego – zamówienia z wolnej ręki.

Natomiast, w zgłoszonych zastrzeżeniach Zamawiający podkreślił swoją determinację w realizacji przedmiotowego zadania podejmowanego w ważnym interesie publicznym w warunkach możliwości utraty dotacji rządowej.

Przechodząc do oceny możliwości wystąpienia przesłanek z art.67 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp, Izba doszła do przekonania, że niedostarczenie przez projektanta w terminie umownym uzgodnionej dokumentacji projektowej nie stanowi sytuacji wyjątkowej, bowiem w obrocie kontraktowym takie sytuacje występują, a ryzyko umowne w takich przypadkach wymaga rozważenia przez podmioty stosujące ustawę Pzp.

Izba dostrzegła również, że założony przez Zamawiającego harmonogram realizacyjny wykonania projektu w okresie od 10 lipca do 30 września 2015r., przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego w okresie od dnia 1 do 20 października 2015r., a następnie realizacji samego zamówienia podstawowego w okresie od 2 do 30 listopada 2015r., z uwzględnieniem odbioru technicznego pomieszczeń od dnia 1 do 18 grudnia 2015r. mógłby być potraktowany, jako przewidziany prawidłowo jedynie w warunkach braku jakichkolwiek przeszkód faktycznych i prawnych.

Jednak takiej rachuby Zamawiający występujący w obrocie zamówień publicznych niejako zawodowo nie mógł zakładać.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że Zamawiający zawarł z projektantem umowę na wykonanie projektu dopiero w dniu 4 września 2015r., podczas gdy zakładał realizację projektu już od 10 lipca 2015r., z czego wynika prawie dwumiesięczne zaniechanie Zamawiającego przygotowania inwestycji do realizacji, co stanowi okoliczność zawinioną po jego stronie.

Nadto, wymaga wskazania, że Zamawiający otrzymał już uzgodnioną dokumentację projektową w dniu 19 października 2015r., co mogło wpłynąć jedynie na około dwutygodniowe przedłużenie procedury o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym Zamawiający był świadomy, że przewidziany był nieprzekraczalny termin realizacji zadania do 31 grudnia 2015r., w tym wydatkowania przyznanych środków finansowych.

Możliwość wystąpienia takiej sytuacji opóźniającej wykonanie zadania, zatem Zamawiający mógł i powinien był przewidzieć.

Izba uznała również, że Zamawiający nie wykazał, że w kontrolowanym przypadku wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia.

Według zapatrywania Izby charakter powyższego realizowanego zadania publicznego – zamówienia nie uzasadniał przyjęcia, że powinno być ono wykonane natychmiastowo, chociażby z powodu okazjonalnego pozyskania dodatkowych środków finansowych z dotacji rządowej.

Izba stanęła na stanowisku, że taka natychmiastowa wykonalność zamówienia może wchodzić w rachubę jedynie w bardzo nielicznych przypadkach, jak chociażby w razie wystąpienia siły wyższej(katastrofy, awarii, wypadku komunikacyjnego itp.), jednak nie występuje przy normalnie planowanym zamówieniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji naruszenia powołanego wyżej przepisu art.67 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp doszło również do naruszenia przepisu art. 7 ust.1 ustawy Pzp i wynikającej z niego zasady równości i konkurencyjności postępowań przetargowych, a także przepisu art.10 ust.2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie, a niniejszej sprawie powołany wyżej przepis szczególny ustawy Pzp nie przewidywał takiej możliwości.

Na marginesie, należy zauważyć, że poza zakresem oceny zgodności z prawem działań Zamawiającego w tejsze sprawy pozostały argumenty przedstawione przez Zamawiającego odnoszące się do wartości społecznych, a niezwiązane z przesłankami określonymi w art.67 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp.

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

