

UZP/DKD/WKZ/421/39 /15/LB
KNZ/19/15/DKD
dot. KZ/403/14/DKD

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

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

Zamawiający: Gmina Liszki
Liszki 230
32 – 060 Liszki

Rodzaj zamówienia: robota budowlana

Przedmiot zamówienia: wykonanie zadania pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów – wykonanie poprawek po poprzednim wykonawcy”

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 224.513,43 zł (53.140,53 euro)

Środki UE: nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na wykonanie zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów – wykonanie poprawek po poprzednim wykonawcy”, będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 03.04.2014 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji firmie Biuro Techniczno – Handlowe „EMP TERMO” [REDAKTOWANE] sp. j. z siedzibą w Przeworsku. Umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta z ww. wykonawcą w dniu 12.05.2014 r.

Zamawiający wyjaśnił, iż w dniu 02.06.2011 r. po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego zawarł umowę z wykonawcą – Przedsiębiorstwo Usługowe EKOMEKS [REDAKTOWANE] z siedzibą w Muszynie, której przedmiotem było wykonanie zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów”.

Pismem z dnia 19.09.2012 r. (znak: IN.7013.3.2.20.2012) Zamawiający skierował do Przedsiębiorstwa Usługowego EKOMEKS [REDAKTOWANE] informację, iż na podstawie § 16 ust. 1 pkt d) umowy Nr IN.272.3.5.6.2011 z dnia 02.06.2011 r. odstępuje od umowy z winy wykonawcy. Z ww. pisma wynika, iż przyczyną odstąpienia było nie realizowanie robót budowlanych przez wykonawcę przez okres dłuższy niż 14 dni.

W związku z ww. odstąpieniem od umowy Zamawiający w styczniu 2013 r. ogłosił kolejne postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów”. W wyniku przeprowadzonego postępowania wyłoniony został nowy wykonawca – Biuro Techniczno – Handlowe „EMP TERMO” [REDAKTOWANE] sp. j. w Przeworsku. W dniu 29.04.2013 r. zawarta została umowa Nr IN.272.3.20.2013 z ww. wykonawcą.

Z przesłanej dokumentacji wynika, iż pismem z dnia 23.05.2013 r. Zamawiający zwrócił się do poprzedniego wykonawcy – Przedsiębiorstwa Usługowego EKOMEKS [REDAKTOWANE] z siedzibą w Muszynie – z wezwaniem do usunięcia usterek stwierdzonych podczas przeglądu dokonanego w dniach 24 – 25.04.2013 r. przez komisję, która uczestniczyła w przeglądzie inwestycji wykonanej przez ww. wykonawcę w latach 2011 – 2012.

W związku z brakiem możliwości wyegzekwowania wykonania naprawy usterek na kanalizacji, w dniu 03.04.2014 r. Zamawiający przesłał zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy na wykonanie zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów – wykonanie poprawek po poprzednim wykonawcy” do wykonawcy – Biuro Techniczno – Handlowe „EMP TERMO” [REDAKTED] sp. j. w Przeworsku. Umowa w ww. przedmiocie zamówienia została zawarta w dniu 12.05.2014 r. W § 1 pkt 2 umowy określony został zakres robót, obejmujący wykonanie:

- naprawy przewiertu nr 12 pod drogą powiatową na długości 41,12 m;
- naprawy 110 studni (uszczelnienia, obetonowania pierścieni i włączów, regulacji włączów do poziomu nawierzchni dróg i terenu, czyszczenia studni, poprawy kinet, podniesienia studni, poziomowania studni, uzupełnienia wyjść do przyłączy, wymiany pękniętych pierścieni, podniesienia adapterów w studniach fi 600, obsypania studni ziemią);
- poprawy wylotu do potoku Kaszowskiego (poprawienie i dołożenie płyt ażurowych);
- uzupełnienia ziemi na kanałach i uporządkowanie terenu;
- odpompowania wody z zalanych kanałów i ich oczyszczenia.

W ocenie Zamawiającego zakres zamówień dodatkowych nie obejmuje zakresu zamówienia podstawowego. Roboty dodatkowe polegać będą na wykonaniu poprawek na wykonanym przez poprzedniego wykonawcę (tj. P.U. EKOMEKS [REDAKTED] z siedzibą w Muszynie) odcinku kanalizacji sanitarnej. Dodał, iż wartość zamówień dodatkowych nie przekracza 50% realizowanego zamówienia.

Zamawiający stwierdził, iż wykonanie zamówienia dodatkowego jakim jest „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów – wykonanie poprawek po poprzednim wykonawcy” przez wykonawcę Biuro Techniczno – Handlowe „EMP TERMO” [REDAKTED] sp. j. z siedzibą w Przeworsku (wykonawca wyłoniony w przetargu nieograniczonym) do zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów”, pozostaje w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, a jego wykonanie jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Dodał, iż na etapie prowadzonego postępowania, jak i wykonania zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów”, nie mógł przewidzieć, że wykonawca – Przedsiębiorstwo Usługowe EKOMEKS [REDAKTED] – nie wykona zadania w określonym przez Zamawiającego terminie i że zostanie ogłoszona jego upadłość. W jego ocenie wykonanie zamówienia dodatkowego miało wpływ na zakończenie zamówienia podstawowego w ustalonym w umowie z wykonawcą (EMP TERMO) zakresie. Bez wykonania poprawek kanalizacja nie będzie funkcjonować poprawnie.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

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, 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 wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, zamawiający może zastosować tryb 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 z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Mając na uwadze przedstawiony w sprawie stan faktyczny, należy wskazać, iż Zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w celu udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy.

Zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, jak wymaga tego przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy. Należy stwierdzić, iż udzielenie zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, wyrażającym się w tym, że wykonanie zamówienia dodatkowego jest warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Jeżeli Zamawiający może zrealizować zamówienie podstawowe bez udzielenia zamówień dodatkowych, to nie może skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją, gdyż wykonanie zamówienia dodatkowego polegające na wykonaniu poprawek po wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe EKOMEKS [REDAKTION] (wykonawca wybrany w I postępowaniu przetargowym) nie miało wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego (umowa z dnia 29.04.2013 r. zawarta po przeprowadzeniu II postępowania przetargowego z Biurem Techniczno – Handlowym „EMP TERMO” [REDAKTION] sp. j. w Przeworsku), w zakresie ustalonym w umowie z wykonawcą. Należy zauważyć, iż zamówienie dodatkowe dotyczyło bezpośrednio zamówienia objętego umową z dnia 02.06.2011 r. zawartej z EKOMEKS [REDAKTION] i polegało na wykonaniu poprawek po tym wykonawcy. Nie miało zatem wpływu na wykonanie zamówienia objętego kolejną

umową, tj. umową z wykonawcą „EMP TERMO” [REDAKTOWANE] sp. j., z uwagi, iż nie dotyczyło zakresu określonego w umowie z tym wykonawcą. Umowa z „EMP TERMO” stanowiła kontynuację inwestycji w zakresie niezrealizowanym przez poprzedniego wykonawcę, zamówienie z wolnej ręki dotyczyło natomiast wykonania poprawek, w zakresie zamówienia wykonywanego przez firmę EKOMEKS.

Jedną z koniecznych do spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy jest wystąpienie sytuacji, w której wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek swych zaniechań powstaje konieczność rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia poza pierwotnie zakładany. A zatem przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy nie może znaleźć zastosowania wówczas, gdy potrzeba udzielenia zamówień dodatkowych jest wynikiem braku staranności Zamawiającego na etapie zamówienia podstawowego (zob. KIO/KD 92 /11, KIO/KD 88/11, KIO/KD 87/11, KIO/KD 35/10). W ocenie Prezesa Urzędu, wykonanie prac w postaci poprawek po poprzednim wykonawcy możliwe było do przewidzenia przez Zamawiającego. Po pierwsze należy wskazać, iż już w trakcie wykonywania inwestycji przez EKOMEKS [REDAKTOWANE] Zamawiający miał świadomość niewłaściwego realizowania zadania. Świadczy o tym m.in. zawiadomienie Inżyniera budowy Przedsiębiorstwa Usługowego EKOMEKS z dnia 21.08.2012 r. informujące Zamawiającego, iż prace przy budowie kanalizacji sanitarnej w m. Kaszów zostały wstrzymane z powodu braku materiałów do budowy kanalizacji oraz braku pracowników na placu budowy. Po drugie należy zauważyć, iż odstąpienie przez Zamawiającego od umowy z dnia 02.06.2011 r. zawartej z Przedsiębiorstwem Usługowym EKOMEKS [REDAKTOWANE] nastąpiło pismem z dnia 19.09.2012 r. Natomiast wszczęcie II postępowania przetargowego będącego konsekwencją ww. odstąpienia nastąpiło pod koniec stycznia 2013 r. (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w siedzibie Zamawiającego w dniu 29.01.2013 r.). Nie było zatem przeszkód, aby w tym czasie Zamawiający dokonał przeglądu inwestycji wykonanej przez ww. wykonawcę w latach 2011 – 2012. Konsekwencją przeprowadzenia przez Zamawiającego przeglądu inwestycji dopiero w dniach 24 – 25.04.2013 r. (wezwania do usunięcia usterek stwierdzonych podczas przeglądu nastąpiło w maju 2013 r.) było nieobjęcie wynikłych z przeglądu robót II postępowaniem przetargowym oraz, co się z tym wiąże umową z dnia 29.04.2013 r. Nie można zatem uznać, iż Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania postępowania nie mógł przewidzieć konieczności wykonania poprawek po poprzednim wykonawcy. A zatem, nie daje podstawy do udzielenia zamówień dodatkowych sytuacja, w której zamawiający nie przewidział określonych robót budowlanych tylko dlatego, że nie zachował należytej staranności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Należy zauważyć, iż w zamówieniu dodatkowym nie chodzi o to, że dane roboty nie mogły zostać przewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale roboty te powinny być niemożliwe do przewidzenia, pomimo zachowania przez zamawiającego należytej staranności. W uchwale z dnia 12.04.2011 r. (sygn. akt KIO/KD 29/10) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż *„immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych usług. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem o usługi nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale usługi niemożliwe do przewidzenia – pomimo zachowania należytej staranności”*.

Należy też zwrócić uwagę, iż samo odstąpienie od umowy, czy też niewłaściwe jej wykonywanie nie może być uznane za sytuacją nieprzewidywalną. W prowadzonej przez Komisję procedurze w sprawie naruszenia prawa europejskiego przez Słowację rząd słowacki uzasadniał zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia pilną koniecznością (niezbędność obsługi prawnej dla realizacji projektu) wynikającą z okoliczności, których nie można było przewidzieć (nienależyte wykonanie umowy). Komisja stanęła na stanowisku, że udzielając tego zamówienia w procedurze negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia, naruszono obowiązek przejrzystości wywodzący się z ogólnych zasad traktatowych. Wskazano, iż odstąpienie od umowy jest w każdym wypadku zależne od zamawiającego, a fakt, iż umowa została rozwiązana z uwagi na jej nienależyte wykonywanie jasno wskazuje, że była to okoliczność, którą można było przewidzieć. W konsekwencji, zamówienie to powinno było być udzielone w trybie konkurencyjnym¹.

Ponadto nie można zgodzić się z wyjaśnieniami złożonymi przez Zamawiającego, iż w przypadku niewykonania zamówienia dodatkowego, niemożliwe byłoby wykonanie zamówienia podstawowego w sposób prawidłowy – bez wykonania poprawek kanalizacja nie będzie funkcjonować poprawnie. Zamawiający nie wykazał bowiem, aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Udzielenie zamówienia dodatkowego wynikało bowiem z rozszerzenia przedmiotu umowy o poprawki wynikłe z nienależytego wykonania odrębnej umowy (umowa z EKOMEKS ██████████) od umowy podstawowej (umowa z „EMP TERMO” ██████████ sp. j.). Tym samym należy przyjąć, że inwestycja była realizowana zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego na etapie udzielania zamówienia podstawowego.

W konsekwencji, nie można przyjąć, że jego wykonanie było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

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

¹ Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dnia 08.10.2009 r. (znak: IP/09/1470) o skierowaniu do Republiki Słowackiej uzasadnionej opinii w sprawie naruszenia art. 226 TWE (obecnie art. 258 TFUE) (znak postępowania: 2008/4043)