

UZP/DKUE/KD/21/2014

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Nazwa i adres zamawiającego:	Gmina Wrocław pl. Nowy Targ 1-8 50-141 Wrocław <i>prowadząca postępowanie</i> Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. ul. Ofiar Oświęcimskich 36 50-059 Wrocław
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Utrzymanie placu budowy Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu wraz z ogrodzeniem i infrastrukturą towarzyszącą w ramach zadania 03570 Budowa Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp
Wartość zamówienia:	8.707.166,33 zł (2.166.177,31 euro), całkowita wartość projektu: ok. 200.000.000,00 zł
Środki UE:	Nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, zamawiający przeprowadził w trybie przetargu ograniczonego postępowanie na „Budowę Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu”. W postępowaniu, wszczętym w dniu 9 grudnia 2008 r., zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Marek Izmajłowicz „IWA”, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 Wrobis S.A. (dalej: konsorcjum Mostostal). Umowa z wybranym wykonawcą została podpisana w dniu 22 grudnia 2009 r.

W dniu 5 października 2012 r. umowa mająca na celu realizację powyższej inwestycji została rozwiązana przez strony.

W dniu 16 października 2012 r. nastąpiło protokolarne przekazanie Terenu Budowy zamawiającemu przez wykonawcę robót (konsorcjum Mostostal), przy udziale Inżyniera Kontraktu. Jak wynika z ustaleń zawartych w protokole:

A. Zamawiający stwierdził, że od dnia 15 października 2012 r. wykonawca zdemontował przed przekazaniem terenu infrastrukturę elektryczną, z której zasilane było oświetlenie wewnątrz obiektu. W efekcie stwierdzono brak oświetlenia na 90% obiektu w stosunku do dnia poprzedniego w rejonach budynku i parkingu podziemnego, co uniemożliwiło zamawiającemu prawidłową ocenę i sprawdzenie szczegółowe stanu terenu budowy, szczególnie w kondygnacjach podziemnych.

B. Wykonawca zaprzeczył oświadczeniu zamawiającego i oświadczył, iż dysponuje oświetleniem przenośnym, na podstawie którego można sprawdzić stan obiektu. Jednocześnie wykonawca zwrócił uwagę, iż dnia 15 października 2012 r. otrzymał od zamawiającego pismo, nr 151012-035701-PM-cwojl-1-przejęcie placu budowy-58577), w którym poinformował go, że w dniu 16 października 2012 r. nastąpi wyłącznie formalne przejęcie placu budowy, natomiast zasadnicza inwentaryzacja wszystkich robót, urządzeń i materiałów nastąpi w terminie późniejszym.

19 października 2012 r. zamawiający wszczął postępowanie na wykonanie ekspertyzy w celu określenia zakresu i sposobu niezbędnych prac zabezpieczających teren budowy. Zamawiający argumentował konieczność wszczęcia tego postępowania trudnościami w ustaleniu zakresu i sposobu niezbędnych prac, związanych z początkowym brakiem zasilania na terenie budowy, za którego brak obarczył konsorcjum Mostostal. Umowę z wyłonionym wykonawcą – Politechniką Wrocławską podpisano w dniu 20 listopada 2012 r., natomiast PW przekazała zamawiającemu stosowną ekspertyzę w dniu 4 grudnia 2012 r.

W związku z powyższym, zamawiający postanowił udzielić zamówienia na utrzymanie placu budowy Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu wraz z ogrodzeniem i infrastrukturą towarzyszącą na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ustalenia wartości szacunkowej zamówienia dokonano w dniu 27 listopada 2012 r., na podstawie cen oferowanych przez dotychczasowego Generalnego Wykonawcę w ramach Kontraktu nr 7/2009/NFM na „Budowę Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu”, za realizację robót stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.

W dniu 3 grudnia 2012 r. zamawiający skierował do wykonawcy TKT Engineering Sp. z o.o. zaproszenie do negocjacji. W wyniku negocjacji przeprowadzonych w dniach: 04.12.2012r., 06.12.2012 r., 12.12.2012 r. oraz 13.12.2012 r. cenę wykonania zamówienia ustalono na kwotę 8 539 313,01 zł netto (2 142 418,61 euro). Umowa na realizację zamówienia została zawarta w dniu 14 grudnia 2012 r. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2012 r., oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 250-413223 z dnia 29 grudnia 2012 r.

Termin realizacji robót budowlanych i usług z wyłączeniem montażu okien ustalono na 45 dni, licząc od dnia protokolarnego przekazania placu budowy. Ponadto przyjęto, iż zakończenie realizacji montażu okien nastąpi w terminie wynikającym z przyjętego harmonogramu montażu, jednak nie później niż do dnia 15 maja 2013 r. Termin dostarczenia dokumentacji powykonawczej został określony w terminie 10 dni od terminu zakończenia robót, a w przypadku dokumentacji powykonawczej montażu okien w terminie do 30 maja 2013 r. Termin utrzymania placu budowy został określony do daty terminu obowiązywania umowy, to jest najpóźniej do dnia 30 czerwca 2013 r., z zastrzeżeniem jej wcześniejszego rozwiązania.

Zamawiający w dniu 5 grudnia 2012 r. zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym zastosowania tego trybu podał, iż w dniu 5 października 2012 r. uległa rozwiązaniu umowa łącząca Gminę Wrocław z konsorcjum Mostostal, na budowę Narodowego Forum Muzyki. W związku z rozwiązaniem umowy zaszła konieczność niezwłocznego wykonania robót/prac, których nie wykonanie mogło spowodować szkody materialne o znacznej wartości finansowej (skutki zniszczeń niezabezpieczonych elementów budowy) w wybudowanej części Narodowego Forum Muzyki, oraz stan zagrożenia dla zdrowia i życia osób znajdujących się na terenie budowy, oraz w jej bezpośrednim sąsiedztwie.

Ponadto zamawiający wskazał, iż ujemne temperatury oraz zwiększona wilgotność powietrza, występujące w okresie zimowym działają niszcząco na zamontowane instalacje i urządzenia, w których medium przewodzącym jest woda. Według zamawiającego zabezpieczenie tych instalacji miało szczególne znaczenie, gdyż mimo odpompowania z nich wody panowało w nich zawilgocenie, co w przypadku zamarznięcia mogłoby prowadzić do nieodwracalnych zniszczeń w postaci uszkodzenia połączeń gwintowanych, lutowanych i spawanych, uszkodzeń uszczeltek, membran i innych części gumowych w urządzeniach i armaturze.

Z kolei w uzasadnieniu prawnym zastosowania zamówienia w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający wskazał, iż wyjątkowa sytuacja, której przyczyny powstania nie leżą po stronie zamawiającego i której zamawiający nie mógł przewidzieć, wyniknęła z powodu rozwiązania umowy pomiędzy zamawiającym a generalnym wykonawcą realizującym obiekt Narodowego Forum Muzyki, gdyż rozwiązanie umowy jest okolicznością, która zdarza się incydentalnie, a nawet posiadając wiedzę o tym, że możliwe jest takie rozwiązanie, nie mógł podejmować racjonalnie kroków zmierzających do przygotowania nowego postępowania, ponieważ nie wiedział kiedy ono nastąpi, a tym samym jaki zakres prac będzie niezbędny do wykonania. Zamawiający podał, iż nie planował rozwiązania umowy, jego bezpośrednią przyczyną była bowiem jednorazowa czynność wykonawcy w postaci złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Dodatkowo zamawiający podkreślił, iż uzasadnieniem konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia są okoliczności przywołane w uzasadnieniu faktycznym, to jest obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa życia i mienia na terenie budowy w sposób ciągły.

W odniesieniu do przesłanki niemożności zachowania terminów określonych dla innych trybów zamawiający podniósł, iż mając na uwadze czas trwania postępowań w trybach podstawowych oraz czas niezbędny do przygotowania postępowania nie mógł zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia, gdyż przeciętny czas trwania postępowania dla zamówień na roboty budowlane o wartości powyżej progów unijnych liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy dla przetargu nieograniczonego wynosił 105 dni, a dla przetargu ograniczonego wynosił 233 dni, stąd zaistniała konieczność wyboru trybu niekonkurencyjnego.

Mając na uwadze przedstawiony powyżej stan faktyczny należy podnieść, co następuje.

Zgodnie z art. 10 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Skorzystanie z możliwości

przeprowadzenia postępowania w pozostałych trybach, w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki, uzależnione jest od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie Pzp. Z uwagi na to, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.

Stosownie do 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.

Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

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

Dodatkowo pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej warunkami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Po pierwsze, należy podkreślić, że w przedmiotowej sprawie nie została wypełniona przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji szybciej niż pilnie, czyli właściwie z dnia na dzień. Ważnym jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają bowiem natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym, ale nie wymagającym podejmowania działań natychmiastowych, ustawodawca przewidział bowiem inny tryb niż zamówienie z wolnej ręki (np. negocjacje bez ogłoszenia). Art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, czyli pilnej potrzeby zawarcia umowy z wykonawcą (przepis ten nie odnosi się do czasu realizacji zamówienia), natomiast art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia, czyli jego realizacji niemal „z dnia na dzień”. Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia

podyktowana musi być koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie wykazał zaistnienia tej przesłanki. Powierzenie wykonania prac zabezpieczających nowemu wykonawcy dokonano się dopiero po niespełna 2 miesiącach od momentu przekazania terenu budowy zamawiającemu, co w żadnej mierze nie ma odniesienia do natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia. Ponadto zwrócić należy uwagę na terminy realizacji zamówienia. Jak wynika z zapisów umowy zamawiający przewidywał 45-dniowy termin realizacji robót budowlanych i usług (z wyłączeniem montażu okien, przewidzianych terminem realizacji najpóźniej do dnia 15 maja 2013 r.), 10-dniowy termin dostarczenia dokumentacji powykonawczej od dnia zakończenia robót (w przypadku dokumentacji dotyczącej okien – do dnia 30 maja 2013 r.), oraz utrzymanie placu budowy do daty zakończenia obowiązywania umowy, to jest najpóźniej do dnia 30 czerwca 2013 r., z zastrzeżeniem jej wcześniejszego rozwiązania.

Uwzględniając powyższe nie sposób uznać, że w przedmiotowym stanie faktycznym istotnie zaistniała sytuacja skutkująca koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia.

Po drugie, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi ściśle wiązać się z określeniem niezbędnego zakresu przedmiotu zamówienia. Przyjąć należy, iż zakres zamówienia udzielonego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powinien dotyczyć wyłącznie prac koniecznych do zabezpieczenia najważniejszych aktualnych potrzeb zamawiającego. Potwierdza to treść art. 31 pkt 1c dyrektywy 2004/18/WE, gdzie wprost wskazano, iż zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest uzasadnione wyłącznie w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne. Również art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się do zamówienia, którego natychmiastowe wykonanie jest „wymagane”. Oznacza to, że zamówienie z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu może być udzielone jedynie w zakresie niezbędnym do uniknięcia zagrożenia zdrowia i życia, istotnych szkód w mieniu lub środowisku.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu został określony w sposób przekraczający działania zmierzające do utrzymania i zabezpieczenia inwestycji Narodowego Forum Muzyki. W trybie z wolnej ręki wykonawcy udzielono bowiem także zamówienia na dostawę i montaż okien zewnętrznych wraz z izolacjami. W ekspertyzie Politechniki Wrocławskiej przewidziano co prawda zabudowanie okien w ślusarce aluminiowej, ale opcjonalnie wobec foliowania okien na elewacji. Powyższe czynności zalecono do wykonania na okoliczność warunków zimowych (załącznik nr 6, punkt 4 wnioski końcowe). Co istotne, jak wynika z harmonogramu

zamawiającego, rozpoczęcie szklenia okien z dniem 7 stycznia 2013 r. miało rozpocząć się tylko na elewacji zachodniej, natomiast na pozostałych elewacjach zostały przyjęte odpowiednio: elewacja południowa – rozpoczęcie prac 7 lutego 2013 r., elewacja północna i wschodnia – rozpoczęcie prac 18 marca 2013 r. Trudno zatem zgodzić się z argumentacją zamawiającego, że montaż okien był dokonywany w celu zabezpieczenia budynku w okresie zimowym, gdy prace szklarskie na połowie obiektu miały rozpocząć się w drugiej połowie marca 2013 r. Tym samym nie można uznać, że montaż okien był niezbędnym w okolicznościach niniejszej sprawy i musiał być zlecony w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Po trzecie, nie można przyjąć, że w sprawie niemożliwe było zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że przepis odnosi się nie tylko do trybów podstawowych, ale wszelkich trybów innych niż tryb z wolnej ręki. Oznacza to, że w sprawie możliwe było udzielenie zamówienia także w trybie negocjacji bez ogłoszenia, który został przewidziany m. in. dla zamówień, które muszą być udzielone (zawarte umowy) pilnie, a ponadto ze względu na brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu i brak wyznaczonego ustawowo terminu składania ofert, umożliwia w krótkim czasie przeprowadzenie postępowania.

Biorąc pod uwagę fakt, iż możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp występuje wyłącznie w przypadku spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Tym samym zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.