

Sygn. akt: KIO/KD 29/17

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 14 lipca 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 19 czerwca 2017 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Miejski Zakład Dróg i Zieleni w Wołominie**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 czerwca 2017 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ3/422/60(3)/17/SO) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na remont chodników na terenie Miasta i Gminy Wołomin zgodnie z dokumentacją techniczną

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**
Członkowie : **Przemysław Dzierzędzki**
 Dagmara Gałczewska-Romek

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania prowadzonego trybie zamówienia z wolnej ręki przez Miejski Zakład Dróg i Zieleni w Wołominie o udzielenie zamówienia publicznego na remont chodników na terenie Miasta i Gminy Wołomin zgodnie z dokumentacją techniczną. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz art. 10 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Prezes Urzędu ustalił, że podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki był art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 9 maja 2016 r. Zamawiający przekazał zaproszenie do negocjacji wykonawcy K. W. KROL Zakład Robót Drogowych i Inżynieryjno- Instalacyjnych w Wołominie. Umowa o wykonanie przedmiotowego zamówienia została zawarta w dniu 12 maja 2016 r. (nr umowy: 65/2016). Zakres przedmiotowy zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmował:

- na trasie linii autobusowej L35 – roboty w obrębie ulic i przystanków: Wileńska – Chrobrego, Mostówka, Hutnicza;
- na trasie linii autobusowej L36 – roboty w obrębie ulic i przystanków: Piłsudskiego – Gdyńska, Piłsudskiego – Lipowa, Boryny, Helenów, 100-lecia, 100-lecia – Tramwajowa, 100-lecia – Matysiaków, 100-lecia Szkoła 2, Piaskowa – Słoneczna, Wiśniowa;
- na trasie linii autobusowej L37 – roboty w obrębie ulic i przystanków: Wileńska – Reja, Niepodległości Cmentarz, Mostówka, Hutnicza, Materewicza – Krymska, Materewicza – Krzyż, Turów – Hallera, Kościelna – Mieszka I;
- na trasie linii autobusowej L38 – roboty w obrębie ulic i przystanków: Szpital Powiatowy, NPL, Tęczowa – Popularna, Rondo Solidarności, Sikorskiego – Kościelna, Legionów – Partyzantów, Gryczana – Sikorskiego, Graniczna – Cicha.

Uzasadniając wybór trybu z wolnej ręki Zamawiający wskazał, że w dniu 21 kwietnia 2016 r. Rada Miejska w Wołominie podjęła uchwałę w sprawie wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę Wołomin porozumienia międzygminnego z Miastem Stołecznym Warszawa w zakresie lokalnego transportu zbiorowego (Uchwała nr XXI-60/2016). Po podjęciu uchwały Zamawiający rozpoczął przygotowywanie dokumentacji, dotyczącej dostosowania infrastruktury drogowej do standardów niezbędnych do posadowienia przystanków komunikacji autobusowej obsługiwanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie. Termin uruchomienia linii autobusowych na terenie Gminy Wołomin przez ZTM został ustalony na 1 czerwca 2016 r., a warunkiem niezbędnym do ich uruchomienia było dostosowanie infrastruktury drogowej na terenie Gminy Wołomin do wymaganych standardów, umożliwiających zatrzymywanie się autobusów komunikacji miejskiej. Zamawiający wyjaśnił, że w ramach konsultacji roboczych dokonał ustalenia, że ZTM przed uruchomieniem nowych linii autobusowych wymaga przygotowania odpowiedniej infrastruktury przystankowej. Ponadto ZTM wymaga, aby przystanki wyposażone były w perony o minimalnych wymiarach 10/15 m x 1,5 m, przy czym każde podwyższenie tych standardów jest pożądane. Zamawiający wyjaśnił również, że o możliwości zawarcia porozumienia międzygminnego w zakresie lokalnego transportu zbiorowego, pomiędzy

Gminą Wołomin a Miastem Stołecznym Warszawa, dowiedział się nie wcześniej niż w dacie podjęcia ww. uchwały, a termin realizacji przedmiotowego zamówienia (31 maja 2016 r.) wynika z ustalonego terminu uruchomienia komunikacji, określonego na dzień 1 czerwca 2016 r. (§ 12 ust. 1 Porozumienia z 31 maja 2016 r. zawartego pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa a Gminą Wołomin). Zamawiający wyjaśnił, że nie był uczestnikiem negocjacji i stroną ww. Porozumienia oraz uprzednio zawartego Porozumienia z 10 czerwca 2013 r., określającego zasady wspólnego wykonywania zadań w zakresie lokalnego transportu zbiorowego, łączącego obszar Gminy z Miastem. Burmistrz Gminy Wołomin wskazał, że możliwość wykonywania zadań z zakresu lokalnego transportu zbiorowego wspólnie przez Gminę Wołomin oraz Miasto Stołeczne Warszawa wynikała z obowiązującego porozumienia, jednak wprowadzenie nowych, uzupełniających linii autobusowych na terenie Gminy Wołomin wymagało zawarcia nowego porozumienia. Ponadto Burmistrz Gminy Wołomin wyjaśnił, że procedury przygotowujące Gminę Wołomin od strony finansowej, technicznej i organizacyjnej do wskazanego przedsięwzięcia były wprowadzane w pewnym przedziale czasu. Poinformował także, że pismem z 8 lutego 2016 r. zwrócono się do Dyrektora ZTM w Warszawie z propozycją współpracy w zakresie utworzenia i obsługi nowych linii autobusowych. Burmistrz Gminy Wołomin wyjaśnił również, że – w jego opinii – podejmowanie konkretnych decyzji w zakresie wprowadzenia na terenie Gminy Wołomin nowych linii autobusowych (L35, L36, L37, L38) było możliwe dopiero po podjęciu uchwały XXI-60/2016 w dniu 21 kwietnia 2016 r.

Odnosząc się do powyższego Prezes Urzędu wskazał, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania umożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności pozostające z sobą w związku przyczynowo-skutkowym i czasowym:

- zaistniała wyjątkowa sytuacja,
- przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie Zamawiającego,
- sytuacji tej Zamawiający nie mógł przewidzieć,
- wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu, potrzeba zakończenia robót do 31 maja 2016 r. ze względu na wynikający z Porozumienia z 31 maja 2016 r. termin uruchomienia nowych linii autobusowych, przypadający na 1 czerwca 2016 r., nie uzasadniała wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki. Kontrolujący wskazał, że Zamawiający nie wykazał spełnienia określonej w art. 67 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp przesłanki dotyczącej wyjątkowości zaistniałej

sytuacji – zlecenie przez inny podmiot wykonania zamówienia w określonym terminie nie stanowi zdarzenia wyjątkowego powodującego konieczność zastosowania trybu z wolnej ręki. Zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu w celu uzasadnienia wszczęcia postępowania w trybie niekonkurencyjnym, na procedurę udzielania zamówień publicznych nie mogą mieć wpływu działania lub zaniechania innych podmiotów określających terminy wykonania zamówienia. Za wyjątkową sytuację, której nie można było przewidzieć, należy uznać zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki, itp. Wskazywana przez Zamawiającego okoliczność zdarzenia takiego nie stanowi – jej zaistnienie nie powoduje wystąpienia tak negatywnych skutków jak zaistnienie ww. zjawisk, a sama okoliczność wynika jedynie z działań podjętych przez inny organ.

W ocenie Prezesa Urzędu nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań podmiotów publicznych, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Wyznaczenie terminu wejścia w życie Porozumienia z dnia 31 maja 2016 r. i uruchomienia nowych linii autobusowych na dzień 1 czerwca 2016 r. wynikało z ustaleń dokonanych pomiędzy ZTM oraz Gminą Wołomin i nie było przeszkód, by strony ww. porozumienia uregulowały niniejszą kwestię w sposób odmienny, tzn. wyznaczając taki termin uruchomienia nowych linii autobusowych (determinujący także termin zakończenia realizacji robót wchodzących w zakres kontrolowanego postępowania), który pozwoliłby Zamawiającemu na przeprowadzenie postępowania w jednym z trybów podstawowych. Prezes Urzędu podkreślił, że – zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp – postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza Zamawiający, dlatego przyjęcie do realizacji zamówienia na remont chodników na terenie Miasta i Gminy Wołomin powoduje, że konsekwencje takiego działania obciążają Zamawiającego.

Zdaniem Prezesa Urzędu, Zamawiający nie wykazał także zaistnienia przesłanki dotyczącej konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, która znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Kontrolujący wskazał, że natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wskazał natomiast na żaden interes, który wymagałby ochrony poprzez natychmiastowe udzielenie zamówienia w trybie z wolnej

ręki oraz nie wskazał na żadne negatywne konsekwencje, które mogłyby być skutkiem zaniechania realizacji przedmiotowego zamówienia w ww. trybie.

Prezes Urzędu podkreślił, że procedury przygotowujące Gminę Wołomin od strony finansowej, technicznej i organizacyjnej do niniejszego przedsięwzięcia musiały być prowadzone w pewnym przedziale czasu. Ponadto już w dniu 8 lutego 2016 r. zwrócono się do Dyrektora ZTM w Warszawie z propozycją współpracy w zakresie utworzenia i obsługi nowych linii autobusowych, z czego wynika, że już od tej daty Zamawiający mógł podejmować odpowiednie kroki w celu przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych.

W dniu 19 czerwca 2017 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli, podnosząc brak obiektywnej możliwości zastosowania innego trybu z uwagi na termin podjęcia przez Radę Miejską w Wołominie uchwały Nr XXI-60/2016, termin zawarcia umowy pomiędzy Gminą Wołomin a m. st. Warszawa oraz termin uruchomienia linii autobusowej. Zamawiający wskazał, że ma świadomość wyjątkowości trybu zamówienia z wolnej ręki i istnienia zamkniętego katalogu przesłanek pozwalających na jego zastosowanie, podniósł jednak, że nie miał innej możliwości niż zastosowanie tego trybu, gdyż procedowanie w trybie podstawowym uniemożliwiłoby uruchomienie komunikacji miejskiej z dniem 1 czerwca 2016 r. Zdaniem Zamawiającego, wykazał on, że zachodziły przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, zastosowanie innego trybu postępowania uniemożliwiłoby bowiem wykonanie porozumienia i niweczyłoby jego cel. Zamawiający wskazał na możliwość poniesienia w takiej sytuacji konsekwencji służbowych i dyscyplinarnych.

Prezes Urzędu nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń, podtrzymując stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli i przedstawione tam argumenty. W odniesieniu do ewentualnych konsekwencji służbowych i dyscyplinarnych dodał, że ocena konsekwencji wynikających ze stosunków wewnętrznych, istniejących pomiędzy Zamawiającym a organami zlecającymi realizację ww. zadania, nie należy do kompetencji Prezesa Urzędu i nie stanowi przedmiotu kontroli doraźnej.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Istotą sporu była ocena ustalonego stanu faktycznego pod kątem istnienia określonych w art.

67 ust. 1 pkt 3 Pzp przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Przywołany wyżej przepis stanowi, że 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.

Izba w pełni podziela i przyjmuje za własne stanowisko Prezesa Urzędu co do wyjątkowego charakteru trybu z wolnej ręki i konieczności wykazania kumulatywnego wystąpienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Podobnie Izba podziela ukształtowaną w orzecznictwie i przedstawioną przez Prezesa Urzędu interpretację „wyjątkowej sytuacji”, przez którą należy rozumieć zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, wypadki, jak również interpretację „konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia”, która znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających szczególnie szybkiej reakcji w celu ochrony jakiegoś interesu, który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie wystąpiła ani przesłanka wyjątkowej, niemożliwej do przewidzenia sytuacji, ani konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

Podnoszoną przez Zamawiającego w toku kontroli i powtórzoną w zastrzeżeniach okolicznością, która miała usprawiedliwiać zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, była potrzeba zakończenia robót do 31 maja 2016 r. ze względu na wynikający z Porozumienia z 31 maja 2016 r. termin uruchomienia nowych linii autobusowych, przypadający na 1 czerwca 2016 r. Okoliczności tej nie sposób uznać za sytuację wyjątkową i niedającą się przewidzieć. Po pierwsze z ustaleń kontroli niezakwestionowanych przez Zamawiającego wynika, że już w dniu 8 lutego 2016 r. zwrócono się do Dyrektora ZTM w Warszawie z propozycją współpracy w zakresie utworzenia i obsługi nowych linii autobusowych, z czego wynika, że już od tej daty Zamawiający mógł podejmować odpowiednie kroki w celu przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych. Podkreślenia wymaga, że za sytuację wyjątkową, niemożliwą do przewidzenia, można uznać zdarzenie, którego zaistnienie jest nie tylko nieplanowane, ale też tak dalece mało prawdopodobne, że przy zachowaniu należytej staranności nie sposób zakładać jego wystąpienia. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że uruchomienie dodatkowych linii autobusowych na terenie Gminy Wołomin przez ZTM było zdarzeniem nagłym, nieplanowanym i niemożliwym do przewidzenia. Przeciwnie, jak każde przedsięwzięcie zmierzające do poprawienia komfortu mieszkańców Gminy (w tym przypadku komfortu komunikacyjnego), a nie do zwalczania skutków sytuacji nadzwyczajnej,

musiało być ono przez władze Gminy z mniejszym lub większym wyprzedzeniem zaplanowane i wymagało podjęcia wyprzedzających jego realizację czynności formalnych. Nie można więc powiedzieć że było to zdarzenie nieprzewidziane, skoro kolejno realizowano poszczególne elementy przedsięwzięcia (propozycja współpracy skierowana do ZTM w Warszawie, wyrażenie zgody na zawarcie porozumienia i w końcu podpisanie tego porozumienia). Nic nie stało więc na przeszkodę odpowiednio wcześniejszemu podjęciu działań zapewniających wybór wykonawcy w trybie konkurencyjnym. Przyjmując nawet fakt, że potrzeba udzielenia zamówienia zaistniała w wyniku działań podmiotu innego niż zamawiający (tj. władz Gminy Wołomin), nie jest to okoliczność usprawiedliwiająca odstąpienie od zastosowania trybów konkurencyjnych, należałoby bowiem wykazać, że zamawiający nie mógł tego nie tylko przewidzieć, ale też w żaden sposób – przy zachowaniu należytej staranności – temu przeciwdziałać. Co więcej, skoro Zamawiający w ramach swojej działalności realizuje zadania na rzecz i zlecenie Gminy Wołomin, to ustanawianie przez władze tej Gminy określonych terminów realizacji zadań, należy uznać za przewidywalny element współpracy tych dwóch podmiotów, a Zamawiający nie wykazał, aby podejmował w ramach tej współpracy kroki pozwalające z odpowiednim wyprzedzeniem powziąć wiedzę o konieczności przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia czy też zapobiec narzuceniu terminów niemożliwych do dotrzymania.

W ocenie Izby nie została również spełniona przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, przez którą należy rozumieć potrzebę podjęcia szybkiej reakcji zmierzającej wyłącznie do usunięcia skutków wyjątkowego zdarzenia, zagrażającego istotnym dobrom, takim jak życie, zdrowie, czy stwarzającym ryzyko znacznych szkód majątkowych. W ocenie Izby w analizowanej sprawie nie zdarzyło się nic wyjątkowego, co spowodowało konieczność natychmiastowego wprowadzenia dodatkowych linii autobusowych, w imię ochrony jakichś wyższych interesów, które zostałyby naruszone w przypadku procedowania w trybie konkurencyjnym. Podkreślenia wymaga też, że konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi być okolicznością obiektywną, nie zaś spowodowaną określonymi błędami przy przygotowaniu i planowaniu realizacji zadania (niezapewnienie wystarczająco długich terminów realizacji, umożliwiających realizację zadania w zgodzie z przepisami prawa).

Odnosząc się do podniesionej w zastrzeżeniach okoliczności, że nieudzielenie zamówienia z wolnej ręki, a w konsekwencji uniemożliwienie realizacji porozumienia zawartego przez Gminę Wołomin, wiązałoby się z konsekwencjami służbowymi czy dyscyplinarnymi, stwierdzić należy, że argument ten nie może zmieniać oceny zgodności podjętych działań z przepisami ustawy Pzp w sytuacji, gdy w sposób niebudzący wątpliwości przepisy tej ustawy zostały naruszone. Podniesione w zastrzeżeniach narażenie kierownika

Zamawiającego na odpowiedzialność w relacjach wewnętrznych nie niweluje naruszenia przepisów powszechnie obowiązujących, które są jedynym wyznacznikiem kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....