

UZP/DKZP/WKZ3/422/5()/18/SO
KNZ/4/18/DKZP

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

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający: Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie
ul. Narutowicza 17 B, 70 – 240 Szczecin

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: *wykonanie robót budowlanych polegających na budowie poligonowego, polowego, kontenerowego składu środków materiałowych w kompleksie Głębokie*

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 1.000.000,00 zł (239.526,70 euro)

Data wszczęcia: 13.12.2016 r.

Środki UE: nie

Informacja o stwierdzonych naruszeniach lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 131h ust. 6 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 131h ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem przy udzielaniu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

UZASADNIENIE

Z analizy zawiadomienia o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie – wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na *wykonanie robót budowlanych polegających na budowie poligonowego, polowego, kontenerowego składu środków materiałowych w kompleksie Głębokie*, był art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”).

W okolicznościach stwierdzonego stanu faktycznego ustalono, że Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 13 grudnia 2016 r., poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji przedsiębiorstwu W dniu 16 grudnia 2016 r. pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą została zawarta umowa o realizację przedmiotowego zamówienia (nr umowy: UW/0033/WB/2016).

Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć i wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Zakres przedmiotowy zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmował:

1. Opracowanie dokumentacji projektowej, składającej się z:
 - a) projektu zagospodarowania terenu składu materiałowego oraz przyłącza elektroenergetycznego na mapie pozyskanej z właściwego ośrodka dokumentacji geodezyjno-kartograficznej;
 - b) przedmiaru robót, obejmującego zakres udzielanego zamówienia.
2. Wykonanie robót budowlanych:
 - a) geodezyjne wytyczenie obiektów w terenie;
 - b) wycinka drzew i krzewów;
 - c) roboty ziemne, niwelacja terenu;
 - d) wykonanie przyłącza elektroenergetycznego;
 - e) wykonanie instalacji oświetlenia zewnętrznego;
 - f) wykonanie instalacji odgromowej, zabezpieczającej kontenery stalowe przed wyładowaniami atmosferycznymi;
 - g) podbudowa, zagęszczenie podsypki z kruszywa i piasku pod płyty drogowe;
 - h) wykonanie ogrodzenia dwurzędowego i ścieżki patrolowej gruntowej między rzędami ogrodzenia.

Uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wskazał, że w dniu 10 listopada 2016 r. otrzymał od instytucji nadrzędnej polecenie realizacji zadań określonych w Rozkazie Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych Nr ... z dnia ..., w sprawie budowy polowych składów środków bojowych, ze wskazaniem terminu zakończenia robót budowlanych na dzień 20 lutego 2017 r. Jak poinformował Zamawiający, przedmiotowe zamówienie, z uwagi na jego szczególne znaczenie oraz informacje niejawne, zostało określone jako zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Obowiązkiem Zamawiającego było opisanie przedmiotu zamówienia oraz zawarcie umowy w sprawie jego wykonania w wyznaczonym terminie. Ze względu na krótki czas na realizację inwestycji, przedmiot zamówienia został opisany za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego w dniu 7 grudnia 2016 r., a w dniu 13 grudnia 2016 r. zostało wszczęte przedmiotowe postępowanie. Czas potrzebny na wykonanie robót, objętych przedmiotem zamówienia, określono na 60 dni.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, jedynym możliwym do zastosowania trybem, zapewniającym dochowanie narzuconych terminów, był tryb zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający wyjaśnił, że nie brał udziału w ustaleniach dotyczących planowania budowy poligonowego, polowego, kontenerowego składu środków materiałowych,

stanowiącego przedmiot zamówienia, gdyż jest wyłącznie realizatorem Centralnych Planów Rzeczowych Ministerstwa Obrony Narodowej.

Zamawiający wskazał również, że informację o potrzebie wybudowania ww. składu otrzymał w dniu ..., tj. w dniu otrzymania Rozkazu Nr W konsekwencji, podjęcie działań przez Zamawiającego było – w jego opinii – możliwe po wprowadzeniu zadania do planu inwestycji budowlanych, tj. od dnia 18 listopada 2016 r.

Zamawiający wyjaśnił, że nie zna przyczyn konieczności ukończenia ww. robót budowlanych do dnia 20 lutego 2017 r., z uwagi na fakt, że tego typu decyzje zapadają na wyższych szczeblach dowodzenia – w tym przypadku w Ministerstwie Obrony Narodowej.

Zamawiający wskazał także, iż Rozkaz Nr ... jest dokumentem niejawnym o klauzuli „zastrzeżone” i nie może wykonać jego kopii bez uzyskania zgody Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych.

Ponadto Zamawiający poinformował, że przedmiotowe zamówienie nie było współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.

Prezes Urzędu zważył co następuje:

- 1) Uzasadnienie naruszenia art. 131h ust. 6 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 131h ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem przy udzielaniu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.**

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp *zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą*. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych

trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywoził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Zgodnie z art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp *zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie 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, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem*. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) zaistniała 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, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”), powyższe okoliczności, w przedstawionym stanie faktycznym, nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający, w okolicznościach faktycznych sprawy, nie wykazał spełnienia określonej w art. 131h ust. 6 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. Należy podkreślić, iż na procedurę udzielania zamówień publicznych nie mogą mieć wpływu działania lub zaniechania innych podmiotów, określających terminy wykonania zamówienia.

W orzecznictwie oraz doktrynie podkreśla się, że 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 itp¹. Wskazywana przez Zamawiającego okoliczność zdarzenia

¹ Por. uchwała KIO z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. KIO/KD 39/15; J. E. Nowicki, *Komentarz do art.67 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, pkt 40, LEX nr 479968.

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. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, *władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów, czy uzyskania zatwierdzenia projektu. Zamawiający (...) nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.*

Powyższy sposób interpretacji został potwierdzony w orzecznictwie KIO. W uchwale z dnia 30 grudnia 2015 r. (sygn. KIO/KD 69/15) stwierdzono, iż *przesłanki uprawniające do udzielenia zamówienia z wolnej ręki wynikające z art. 67 ust. 1 pkt 3 P.z.p. mają charakter zobiektywizowany, a stwierdzenie ich zaistnienia nie może się sprowadzać i ograniczać do powołania się przez zamawiającego na datę powierzenia mu udzielenia zamówienia przez organy wyższego stopnia. Przesłanka z art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy ma treść oraz charakter zbliżone do przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z czym przytoczone orzeczenie zachowuje swoją aktualność również w przedmiotowej sprawie.*

Zamawiający, w okolicznościach faktycznych sprawy, nie wykazał także spełnienia określonej w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki dotyczącej konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Jak wskazała KIO w uchwale z dnia 6 marca 2012 r. (sygn. KIO/KD 26/12), *natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie”, a więc „właściwie z dnia na dzień”. Przesłanka ta znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji.* W przedmiotowej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca. Jak wskazał sam Zamawiający, rozkaz Nr ... otrzymał on w dniu ..., natomiast udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nastąpiło w dniu 16 grudnia 2016 r., a więc ponad miesiąc później. W związku z powyższym, w zaistniałych okolicznościach faktycznych, nie sposób jest mówić o spełnieniu przesłanki natychmiastowości wykonania zamówienia, w rozumieniu przytoczonego powyżej orzeczenia KIO.

Ponadto należy zauważyć, iż 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 uchwale z dnia 6 stycznia 2015 r. (sygn. KIO/KD 115/14) KIO wskazała, iż wymieniona wyżej przesłanka zachodzi, gdy zaistnieje *potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań*. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wskazał natomiast na żaden interes, który wymagałby ochrony poprzez natychmiastowe udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 3 oraz nie wskazał na żadne negatywne konsekwencje, które mogłyby być skutkiem zaniechania realizacji przedmiotowego zamówienia w ww. trybie.

Reasumując, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępnie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 131h ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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