

UZP/DKUE/KD/11/2014

### Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

<b>Nazwa i adres zamawiającego:</b>	Gmina Miasto Ełk ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 4 19-300 Ełk
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	Dokończenie robót związanych z wykonaniem i uruchomieniem wentylacji mechanicznej oraz instalacji wod-kan w budynkach Techno-Parku w Ełku w ramach wykonawstwa zastępczego Umowy Nr 1/ZI/2011 z dnia 4.01.2011 r. zawartej pomiędzy Gminą Miasto Ełk a Zenonem Szyłakiem Zakład Instalacyjny Wod-Kan i C.O. Ełk
<b>Tryb postępowania:</b>	zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp
<b>Wartość zamówienia:</b>	141.676,99 zł (35 246,54 euro)
<b>Środki UE:</b>	Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego w ramach RPO Warmia i Mazury 2007-2013

## **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**

1. Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji, zamawiający przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Budowę budynków w Miejskiej Strefie Rozwoju Techno-Parku w Ełku – Etap I w ramach zadania *Rozbudowa Techno-Parku w Ełku*”. W postępowaniu, wszczętym w dniu 5 listopada 2010 r., zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Zakład Instalacyjny WOD-KAN i CO Zenon Szyłak z ceną 10 142 165,34 zł (brutto).

W dniu 4 stycznia 2011 r. została zawarta umowa nr 1/ZI/2011, pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą. Zamówienie obejmowało budowę budynku biurowego z łącznikiem i hali produkcyjno-usługowej nr 1 niepodpiwniczonej parterowej i hali produkcyjno-usługowej nr 2 niepodpiwniczonej o dwóch kondygnacjach nadziemnych z kompleksowym zagospodarowaniem terenu wraz z uzbrojeniem. W umowie wyznaczono termin zakończenia robót na 7 maja 2012 r., natomiast umowa o dofinansowanie projektu z RPO Warmia i Mazury określała termin rzeczowego zakończenia zadania na dzień 1 września 2012 r.

W kwietniu 2012 r. realizacja zamówienia napotkała problemy spowodowane opóźnieniem w przyłączeniu obiektu do sieci elektrycznej, co było przedmiotem robót niewchodzących w skład zamówienia, wykonywanych przez inny podmiot. Powyższe opóźnienie uniemożliwiło wykonawcy przeprowadzenie prób urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych. W konsekwencji opóźnienia realizacji prac, w dniu 27 kwietnia 2012 r. spisano Protokół konieczności, w którym strony umowy ustaliły niezbędność zmiany terminu zakończenia robót. Aneks z dnia 4 maja 2012 r. do umowy z wykonawcą Zenon Szyłak Zakład Instalacyjny, przedłużono termin na zrealizowanie zamówienia do dnia 30 czerwca 2012 r.

W dniu 27 lipca 2012 r. wykonawca przesłał do zamawiającego pismo, w którym poinformował o braku możliwości kontynuowania prac ze względu na powstałe problemy finansowe. Zamawiający dokonał odbioru wykonanych robót z listą niedoróbek i usterek. W dniu 2 sierpnia 2012 r. został sporządzony Protokół wykonanych robót, w którym stwierdzono, że zamawiający zleci wykonanie prac opisanych w Protokole usterek i niedoróbek w ramach wykonawstwa zastępczego z wykorzystaniem środków finansowych pozostałych po rozliczeniu umowy. Zamawiający podjął negocjacje z podwykonawcami realizującymi część robót, jednak wykonanie zamówienia nie zostało im powierzone,

ponieważ cena, jaką zaproponowali, znacznie przewyższała wysokość środków znajdujących się w dyspozycji zamawiającego.

Wobec powyższego, zamawiający postanowił udzielić zamówienia pn.: *„Dokończenie robót związanych z wykonaniem i uruchomieniem wentylacji mechanicznej oraz instalacji wod-kan w budynkach Techno-Parku w Elku w ramach wykonawstwa zastępczego Umowy Nr 1/ZI/2011 z dnia 4.01.2011 r. zawartej pomiędzy Gminą Miasto Elk a Zenonem Szyłakiem Zakład Instalacyjny Wod-Kan i C.O. Elk”*, w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Dnia 8 sierpnia 2012 r. dokonano ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, która wyniosła 141 676,99 zł (35 246,54 euro). W dniu 9 sierpnia 2012 r. zamawiający skierował zaproszenie do negocjacji do wykonawcy PPUH „DAR-TECH” Dariusz Szrejter. W wyniku negocjacji przeprowadzonych w dniu 20 sierpnia 2012 r. ustalono cenę za wykonanie zamówienia w wysokości 152 000,00 zł (37 814,71 euro). W dniu 27 sierpnia 2012 r. podpisano umowę na realizację zamówienia, w której określono termin jego wykonania na 28 września 2012 r. Ustalenie tego terminu było możliwe dzięki przedłużeniu terminu rzeczowego zakończenia projektu z umowy o dofinansowanie do 1 października 2012 r., natomiast finansowego zakończenia projektu do dnia 15 października 2012 r. Zmiana ta została wprowadzona aneksem z dnia 24 października 2012 r. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, dalsze przedłużanie terminu zakończenia projektu nie było już możliwe ze względu na konieczność osiągnięcia do końca roku określonych wskaźników realizacji celów projektu.

W piśmie z dnia 4 marca 2013 r. skierowanym do Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający przedstawił uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.). Zamawiający stwierdził, że konieczność przeprowadzenia postępowania w tym trybie wynikała z zaistnienia wyjątkowej sytuacji, której przyczyny nie leżały po stronie zamawiającego, tzn. niewykonania umowy przez wykonawcę. Zamawiający uzasadniał dalej podjęcie negocjacji z jednym wykonawcą koniecznością dotrzymania terminu zakończenia rzeczowego prac budowlanych, określonego w umowie o dofinansowanie. Zdaniem zamawiającego, „nieprzystąpienie w trybie natychmiastowym do wykonania prac zakończeniowych skutkowałoby niedotrzymaniem terminu zakończenia rzeczowego projektu określonego w umowie o dofinansowanie, jak również niedotrzymaniem zaplanowanego terminu uruchomienia obiektu, co z kolei mogłoby spowodować utratę nieporównywalnie większych wartości niż wartość pozostałej, niewykonanej części umowy, stanowiącej około

5% całego zamówienia”. Zamawiający wykluczył również możliwość dalszego przedłużenia terminu rzeczowego zakończenia projektu z uwagi na konieczność osiągnięcia do końca 2012 r. określonych wskaźników realizacji celów projektu, ustalonych w umowie o dofinansowanie. Ponadto, zamawiający podniósł, że „przygotowanie procedury przetargowej oraz jej przeprowadzenie wymagałoby okresu co najmniej 2 miesięcy, natomiast dokończenie prac budowlanych wg opinii inspektorów nadzoru około 1,5 miesiąca, co łącznie trwałoby około 4 miesięcy, tj. hipotetyczne zakończenie prac nastąpić mogłoby dopiero w końcu listopada”.

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.

Mając powyższe na względzie, podkreślenia wymaga fakt, iż przedstawione przez zamawiającego wyjaśnienia przede wszystkim nie dają podstaw do uznania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przyjmuje się, że natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji szybciej niż pilnie, czyli właściwie z dnia na dzień. Należy zatem odróżnić „pilne udzielenie zamówienia” (czyli pilne zawarcie umowy), o którym mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, od „natychmiastowego wykonania zamówienia”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W tym drugim przypadku chodzi o konieczność zrealizowania zamówienia od razu, z dnia na dzień. Tym samym art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie dotyczy udzielania zamówień, których wykonanie trwa dłużej niż „natychmiast”, np. trwa miesiąc (jak w niniejszej sprawie). Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na wykonanie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności. Zagrożenie niedotrzymania terminów określonych w umowie o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej nie stanowi bowiem interesu w powyższym rozumieniu. Takie rozumienie omawianej przesłanki znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowno-administracyjnym. Przykładowo można wskazać na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, zgodnie z którym ryzyko utraty środków przyznawanych w szczególności w formie dotacji nie mogło stanowić podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki z zastosowaniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 3123/08, Lex 507731).

Zamawiający uzasadnił również udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki koniecznością osiągnięcia do końca 2012 r. określonych wskaźników realizacji celów projektu, ustalonych w umowie o dofinansowanie projektu nr UDA-RPWM.01.01.02-28-001/10-00 z dnia 29 lipca 2010 r. Niedochowanie wymogom określonym w tym zakresie w umowie stanowiło przesłankę rozwiązania umowy przez Instytucję Zarządzającą. Należy jednak podnieść, że uprawnienie do rozwiązania umowy przysługiwało Instytucji

Zarządzającej w sytuacji, gdy Beneficjent (Zamawiający) z przyczyn i okoliczności leżących po jego stronie nie zrealizował celu założonego w projekcie, w tym nie osiągnął wskaźników realizacji Projektu zakładanych we Wniosku o dofinansowanie (§ 19 ust. 1 pkt 7 umowy). Z wyjaśnień zamawiającego wynika natomiast, że realizacja zamówienia przez wykonawcę wybranego w trybie przetargu nieograniczonego stała się niemożliwa z przyczyn leżących wyłącznie po stronie tego wykonawcy.

Należy dodać, że zgodnie z treścią § 17 ust. 1 umowy o dofinansowanie w momencie wystąpienia niezależnych od Beneficjenta lub Instytucji Zarządzającej RPO WiM okoliczności lub działania siły wyższej powodujących konieczność wprowadzenia zmian do Projektu, Strony Umowy uzgadniają zakres zmian, które są niezbędne dla zapewnienia prawidłowej realizacji projektu w aneksie do Umowy. Na tej podstawie zamawiający był uprawniony do zwrócenia się do Instytucji Zarządzającej z wnioskiem o dokonanie zmiany umowy w zakresie terminu rzeczowego zakończenia projektu. Rozwiązanie to było tym bardziej możliwe do zastosowania, że zamawiający dokonywał już uprzednio kilkukrotnej zmiany umowy o dofinansowanie, przedłużając termin realizacji zadania.

Ponadto, natychmiastowe udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki uzasadnione musi być, jak wskazano wyżej, zaistnieniem nieprzewidywalnych okoliczności, na które zamawiający nie mógł mieć żadnego wpływu. Należy stwierdzić, że w okolicznościach kontrolowanego postępowania przesłanka ta nie została spełniona. Zamawiający posiadał bowiem wiedzę o nienależyтым wykonywaniu umowy przed złożeniem przez wykonawcę oświadczenia z dnia 27 lipca 2012 r. o braku możliwości kontynuowania robót budowlanych. Jak wynika z treści Tomu III Dziennika budowy nr 1/2011 z dnia 04.01.2011 r., w dniu 26 czerwca 2012 r. obowiązki Kierownika budowy przejął Radosław Ligania. We wpisie w Dzienniku budowy z tej daty Kierownik budowy stwierdził, że jego poprzednik dopuścił się rażących zaniedbań w prowadzeniu robót, a ponadto „dotychczasowe prowadzenie robót przez w/w kierownika doprowadziło do wielu konfliktów z Inwestorem oraz przyczyniło się do powstania opóźnień w terminach wykonania robót”. Kierownik budowy stwierdził również, że w konsekwencji termin zakończenia robót nie zostanie dotrzymany.

Należy zatem stwierdzić, że zamawiający dysponował wiedzą o nienależyтым wykonywaniu zamówienia oraz o powstających opóźnieniach na co najmniej miesiąc przed przerwaniem robót przez wykonawcę. Posiadane informacje pozwalały zamawiającemu na podjęcie odpowiednich czynności zmierzających do przywrócenia prawidłowości sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę. Nie można zatem twierdzić, że zaprzestanie

realizacji zamówienia stanowiło okoliczność nagłą i nieprzewidywalną w sytuacji, gdy zamawiający miał wiedzę o zaniedbaniach wykonawcy Zenon Szyłak Zakład Instalacyjny.

Ponadto należy zauważyć, że z danych zawartych w „*Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku*” (str. 28-29) wynika, że przeciętny czas trwania postępowania o wartości nieprzekraczającej progów UE (publikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych), liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy wskazanej w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia w 2012 r. wyniósł 31 dni (w 2011 – 31 dni, w roku 2010 – 33 dni). W przypadku przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia na roboty budowlane czas ten wyniósł w 2012 r. 38 dni.

Powyższe oznacza, iż gdyby zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego w połowie lipca, tj. po tym, jak uzyskał pewność, że wykonawca Zakład Instalacyjny WOD-KAN i CO Zenon Szyłak nie dochowa przedłużonego terminu realizacji robót (wyznaczonego na 30 czerwca 2012 r.), to z końcem sierpnia (czyli tak jak miało to miejsce), mógłby zawrzeć umowę z nowym wykonawcą z zachowaniem zasad konkurencji. Należy zatem stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie nie została także spełniona przesłanka niemożności dochowania terminów właściwych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

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.

**2.** Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, umowa w sprawie niniejszego zamówienia została zawarta w dniu 27 sierpnia 2012 r. (nr 1/ZI/2011/WZ-9). Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 533716-2012 w dniu 31 grudnia 2012 r.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo

umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Powyższe oznacza, iż zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych powinno nastąpić niezwłocznie (bez zbędnej zwłoki) po zawarciu umowy. Nie sposób uznać za „niezwłoczne” zamieszczenie ogłoszenia o zawarciu umowy w terminie ponad 4 miesiące od jej zawarcia.

W związku z tym należy stwierdzić, że zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych w powyższym terminie stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

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.