

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 27 lipca 2015 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 22 czerwca 2015 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Gminę Wolin
ul. Zamkowa 23
72-510 Wolin

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej (znak UZP/DKD/KND/8/15), w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn.: „*Wykonanie interwencyjnych badań archeologicznych w obszarze realizacji inwestycji pn. Budowa sieci wodociągowych na terenach Wolin-Płocin, Ładzin-Rabiąż, Rabież-Kolonia Domysłów, Wolin-Darżowice-Unin w Gminie Wolin*” odnośnie przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.),

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Brzeska
Członkowie:	Anna Chudzik
	Przemysław Dzierzędzki

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2015 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 czerwca 2015 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Gmina Wolin (zwana dalej „Zamawiającym”), udzieliła zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, którego przedmiotem jest „Wykonanie interwencyjnych badań archeologicznych w obszarze realizacji inwestycji pn. Budowa sieci wodociągowych na terenach Wolin-Płocin, Ładzin-Rabiąż, Rabież-Kolonia Domysłów, Wolin-Darzowice-Unin w Gminie Wolin (cz. 1 i 2)”, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę postępowania, w wyniku której uznał, iż nie zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (informacja o wyniku kontroli z dnia 16 czerwca 2015 r.).

Do takiej informacji o wyniku kontroli Zamawiający w dniu 22 czerwca 2015 r. złożył zastrzeżenia, opisując okoliczności, które według niego uzasadniają udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie wskazał, że biorąc pod uwagę stan faktyczny na moment udzielania zamówienia spełnione zostały wszystkie przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający dodał, iż nie mógł zachować terminów dla trybów konkurencyjnych, co znacznie wydłużyłoby termin wyboru wykonawców. Ponadto Zamawiający działał w wyjątkowej dla siebie sytuacji, mając na względzie konsekwencje społeczno-gospodarcze swojego ewentualnego zaniechania. Zamawiający powziął informację o konieczności uzyskania pozwoleń na prowadzenie badań archeologicznych, na etapie uzyskiwania pozwolenia na budowę. Jednakże zgodnie z uzyskanymi pozwoleniami Starosty Kamińskiego nr 131/2013 z dnia 10 kwietnia 2013 r., 777/2010, 272/2008 z dnia 6 sierpnia, Gmina Wolin była zobowiązana do uzyskania pozwoleń Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków przed przystąpieniem do wykonywania robót ziemnych. W ocenie Zamawiającego nie mógł on przewidzieć, że obowiązek uzyskania pozwoleń konserwatorskich będzie ciążył na Zamawiającym na etapie ubiegania się o przyznanie pomocy, bowiem żaden z obowiązujących dokumentów związanych z aplikowaniem o środki unijne takiego obowiązku na wnioskodawcę nie nakładał. Ponadto zdaniem Zamawiającego konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia dotyczyła uzyskania pozwoleń konserwatorskich w terminach określonych przez Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego. Zatem w ocenie Zamawiającego spełniona została przesłanka natychmiastowości.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał w dniu 13 lipca 2015 r. argumenty wskazane w Informacji o wyniku kontroli i zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

II. Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji Zamawiającego, odnośnie istnienia przesłanek udzielenia zamówienia publicznego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający w pełni podzielił stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, iż okoliczności wskazywane przez Zamawiającego nie uzasadniają zastosowania trybu z wolnej ręki na udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa sieci wodociągowych na terenach Wolin-Płocin, Ładzin-Rabiąż, Rabież-Kolonia Domysłów, Wolin-Darzowice-Unin w Gminie Wolin (cz. 1 i 2)*”, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki tylko wówczas, kiedy zachodzi jedna z przesłanek wymienionych w ustawie, przy czym przesłanki te powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01).

Należy przypomnieć, iż na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, 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 udzielania zamówienia.

Izba podziela pogląd, że 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.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w Informacji o wyniku kontroli, iż Zamawiający złożonymi wyjaśnieniami i dokumentami nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia zostały spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy, tj. w szczególności przesłanki wymienione powyżej w pkt b-d.

Podzielono pogląd wyrażony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że nie zaistniała przesłanka konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia, której nie można było przewidzieć. Jak wskazano w piśmie z dnia 14 lipca 2014 r. Zamawiający został wezwany do uzupełnienia wniosku o przyznanie pomocy poprzez przedłożenie pozwoleń na wykonanie robót na terenach zabytkowych archeologicznych, o których mowa w pozwoleniach na budowę: Starosty Kamieńskiego nr 131/2013 z dnia 10 kwietnia 2013 r.; Starosty Kamieńskiego nr 777/2010 z dnia 15 grudnia 2010 r.; Starosty Kamieńskiego nr 372/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. Zatem od sierpnia 2008 r. Zamawiający miał świadomość o konieczności wystąpienia do Zachodniopomorskiego Urzędu Ochrony Zabytków z wnioskiem o pozwolenie na prowadzenie badań archeologicznych. Zgodzić należy się również, iż fakt że pozwolenia na wykonanie robót na terenach zabytkowych archeologicznych - jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego - wymagane są dopiero na etapie przystąpienia do robót budowlanych, nie wypełnia przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 3, tj. sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć.

Niejednokrotnie podkreśla się, że zdarzeniami, których nie można było wcześniej przewidzieć są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powódzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp.

Zatem zgodzić należy się, że nie stanowi takiej okoliczności fakt, że zamawiający nie posiadał *„informacji o konieczności uzyskania pozwoleń na prowadzenie robót w obszarze objętym ochroną konserwatorską, na etapie ubiegania się o przyznanie pomocy, przed złożeniem wniosku o przyznanie pomocy, z uwagi na to, że instrukcja wypełniania wniosku, nie definiuje tego typu załącznika, a w kontekście realizacji robót – pozwolenia takie są wymagane dopiero na etapie przystąpienia do robót budowlanych”*.

Wobec powyższego należy podzielić pogląd Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że nie można uznać za nieprzewidywalne działania lub zaniechania organów publicznych w przypadku, gdy realizacja danego zamówienia uzależniona jest od spełnienia pewnych dodatkowych obowiązków, np. uzyskania pozwolenia lub zatwierdzenia przez inne organy publiczne, które ponadto mogą czasami również wyznaczyć termin realizacji zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że potrzeba udzielenia zamówienia publicznego nie może być wywołana działaniem lub zaniechaniem organów państwa.

Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych słusznie zauważył, że możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie jest jedynie uprawnieniem, nie ma charakteru obligatoryjnego. Dlatego też, chęć skorzystania z takiej możliwości nie może powodować omięcia wyrażonej w art. 7 ustawy zasady uczciwej konkurencji, poprzez odejście od podstawowych trybów udzielania zamówienia.

Odnosząc się do przesłanki konieczności natychmiastowego zrealizowania zamówienia zgodzić należy się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, iż przesłanka ta podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych konsekwencji. 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 udzielenie 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. Dodatkowo, - co zostało zauważone w Informacji o wyniku kontroli - w przedmiotowej sprawie termin realizacji zamówienia został określony od 30 października 2013 r. do 31 grudnia 2014 r., a Zamawiający powołując się na okoliczność natychmiastowego wykonania zamówienia wskazał konieczność wyboru podmiotu posiadającego odpowiednie kwalifikacje do prowadzenia badań archeologicznych. W tym stanie rzeczy Izba zgodziła się ze stanowiskiem wyrażonym w Informacji o wyniku kontroli, iż termin wykonania przedmiotowego zamówienia określony na ok. 14 miesięcy nie potwierdzał spełnienia przesłanki natychmiastowego wykonania zamówienia, tj. bezzwłocznego wykonania zamówienia. Nie można było podzielić poglądu Zamawiającego, że uzupełnienie dokumentacji w wyznaczonym terminie w ramach wniosku o przyznanie pomocy finansowej służyło „*natychmiastowej*” ochronie życia lub zdrowia lub innych ważnych interesów takich jak zapobieganie szkodzie w majątku lub ochronie środowiska.

Jeszcze raz podkreślenia wymaga, iż możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy możliwe jest w przypadku spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie, fakt niespełnienia niektórych z tych przesłanek powoduje, że zastosowanie powyższego trybu było niezasadne – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza, podzielając w pełni stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wraz z jego uzasadnieniem, stwierdziła, że nie zaistniały podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....