

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 22 maja 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 22 kwietnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data wpływu w dniu 25 kwietnia 2014 r.) przez:

Zakład Administracji Budynków Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 13, 64-761 Krzyż Wielkopolski

(Zamawiający prowadzący postępowanie objęte kontrolą: Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.),

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 kwietnia 2014 r. (znak: UZP/DKD/KND/3/14) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. „Przystosowanie budynku po byłej szwalni na budynek mieszkalny wielorodzinny w Krzyżu Wlkp., ul. Portowa 9”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś**
Członkowie: **Jolanta Markowska**
Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli dotyczące ustaleń przedstawionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I. W wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego przez zamawiającego Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., w trybie zamówienia z wolnej ręki, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (w uzasadnieniu określany też w skrócie „Prezes UZP” i zamiennie „kontrolujący”) stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą Pzp” lub „ustawą”, przedstawione w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W części II. „Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku”, kontrolujący stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1. Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych ani w art. 67 ust. 1 pkt 5, ani też w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, co miało wpływ na wynik postępowania przez udzielenie zamówienia wykonawcy P.P.H.U. DOR-BUD w trybie niekonkurencyjnym.
2. Brak wezwania wykonawcy P.P.H.U. DOR-BUD do złożenia odrębnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
3. Zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych w terminie wynikającym z przepisów ustawy, stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Informacji o stwierdzonych naruszeniach, kontrolujący przedstawił następujące ustalenia.

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia objęte kontrolą zostało wszczęte 21 czerwca 2010 r., jako następstwo udzielenia podstawowego zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych. Przedmiot podstawowego zamówienia został szczegółowo opisany w SIWZ, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, projektach oraz przedmiarach robót.

W odpowiedzi na zapytanie jednego z wykonawców w postępowaniu podstawowym, zamawiający pismem z 11 grudnia 2009 r. wyjaśnił, że część robót budowlanych nie została uwzględniona w kosztorysie stanowiącym załącznik do SIWZ, ponieważ będzie wykonana

w II etapie realizacji zamówienia. Zamawiający przewidział zakres prac do wykonania w II etapie.

Dodatkowo w tym piśmie zamawiający wskazał, że po zakończeniu prac objętych postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego - zamówieniem podstawowym - planowano ogłoszenie przetargu na realizację II etapu inwestycji.

W ogłoszeniu o podstawowym zamówieniu z 30 listopada 2009 r., pozycja 412106, zamawiający nie przewidział udzielenia zamówień uzupełniających w ramach zamówienia podstawowego.

Jako podstawę prawną zastosowania trybu niekonkurencyjnego w odniesieniu do kontrolowanego postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający alternatywnie wskazywał przepisy art. 67 ust. 1 pkt 6 (podstawa prawna) oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (przesłanki w uzasadnieniu faktycznym).

Kontrolujący podniósł, że brak możliwości jednoznacznego ustalenia podstawy prawnej postępowania prowadzonego w trybie niekonkurencyjnym wynika z faktu wewnętrznej sprzeczności występującej w dokumentacji postępowania.

W protokole z negocjacji z 28 czerwca 2010 r. oraz w umowie z 1 lipca 2010 r. zamawiający powołał się na przeprowadzenie postępowania w trybie przewidzianym w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, natomiast w ogłoszeniu o wyborze oferenta zamieszczonym na tablicy informacyjnej zamawiającego 30 czerwca 2010 r., jak również w korespondencji prowadzonej z Urzędem Zamówień Publicznych, zamawiający wskazywał przesłanki i stosował nazewnictwo właściwe dla robót dodatkowych - powołując się pośrednio na przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Także w uzasadnieniu faktycznym zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zawartym w protokole postępowania - druk ZP-2/WR, jak również w wyjaśnieniach przekazanych Urzędowi Zamówień Publicznych, zamawiający powoływał się na przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - właściwe dla zamówień dodatkowych.

Zamawiający przedstawił następujące powody zastosowania trybu niekonkurencyjnego w odniesieniu do zamówienia:

- a) zamówienie robót dodatkowych nie było objęte zamówieniem podstawowym,
- b) zamówienie dodatkowe było konieczne, ponieważ obejmowało roboty niezbędne do zakończenia robót adaptacyjnych i uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu,
- c) Rada Miejska podjęła decyzję o przekazaniu dodatkowych środków finansowych na ten cel,

d) okoliczności tej nie można było przewidzieć w dacie rozstrzygnięcia zamówienia podstawowego.

W dniu 21 czerwca 2010 r. został sporządzony protokół konieczności na okoliczność wykonania robót dodatkowych, w którym stwierdzono konieczność wykonania robót dodatkowych nieuwjętych w kosztorysach ofertowych zamówienia podstawowego, a niezbędnych dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. Roboty ujęte w protokole obejmowały:

- 1) wykonanie posadzek,
- 2) obudowa kominów wentylacyjnych,
- 3) montaż drzwi zewnętrznych,
- 4) roboty termoizolacyjne ścian zewnętrznych.

W przedłożonym kosztorysie ofertowym przez zaproszonego do negocjacji wykonawcę P.P.H.U. DOR-BUD, uwzględniono prace:

- 1) obudowy przewodów wentylacyjnych,
- 2) posadzki,
- 3) roboty murowe remontowe,
- 4) roboty elektryczne,
- 5) wymiana drzwi wejściowych do lokali,
- 6) elewacja - docieplenie,
- 7) opaska przy budynku.

W umowie na roboty ogólnobudowlane - dodatkowe nr TBS-R-119/2010 zawartej w sprawie kontrolowanego zamówienia między Towarzystwem Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., a wykonawcą P.P.H.U. DOR-BUD w dniu 1 lipca 2010 r. wskazano zakres robót:

- 1) obudowę kanałów wentylacyjnych ponad dachem budynku,
- 2) wykonanie posadzek cementowych,
- 3) obudowę pionów wentylacyjnych,
- 4) montaż puszek instalacji elektrycznych,
- 5) wymiana drzwi wejściowych do budynku i 2 lokali mieszkalnych szczytowych,
- 6) docieplenie elewacji budynku (ściany: styropian, kominy: wełna mineralna);
- 7) wykonanie opaski betonowej wokoło budynku, z kostki brukowej typu „POLBRUK”.

W pierwszej kolejności kontrolujący podniósł, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Powtórzył treść art. 66 ust. 1 ustawy Pzp, powołał się na orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego (np. wyrok z 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00) wskazujące, że przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze

interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta oraz na podobne w treści orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (wyrok z 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Powtórzył treść art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazując, że umożliwia on udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Kontrolujący stwierdził, że oznacza to ściśle powiązanie zamówienia dodatkowego z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodnie z potrzebami zamawiającego. Także konieczność jego udzielenia musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji podstawowego zamówienia przy dochowaniu przez zamawiającego należytej staranności. Wskazał, że zamówienie dodatkowe będzie występowało zawsze wtedy, kiedy bez jego wykonania niemożliwym będzie zrealizowanie zamówienia podstawowego. Sytuacja ta nie powinna być jednak wynikiem zaniedbań lub niestaranności zamawiającego. Nie będzie zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego (tak też Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 22 marca 2000 r., sygn. akt II SA 2169/99).

Zatem, kontrolujący podsumował, że jednym z warunków koniecznych, uprawniających do udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki, jest zaistnienie sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Nieprzewidywalność sytuacji musi mieć charakter obiektywny i nie może wynikać z zaniedbań zamawiającego (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 14 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/KD 28/10: „nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie

przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia, pomimo zachowania należytej staranności”).

Dodatkowo kontrolujący nadmienił, że aby określone zamówienie mogło zostać uznane za zamówienie dodatkowe w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, musi dotyczyć jedynie takich robót budowlanych lub usług, które nie były objęte zamówieniem podstawowym.

Oceniając dokumentację zgromadzoną w toku kontroli, Prezes UZP stwierdził - z jej analizy wynika, że zamówienie dodatkowe zostało udzielone podmiotowi, który realizował zamówienie podstawowe - wykonawcy P.P.H.U. DOR-BUD.

W protokole postępowania - Druk ZP-2 - zamawiający wpisał jako wartość szacunkową kwotę 178.687,77 zł brutto podaną przez wykonawcę P.P.H.U. DOR-BUD w kosztorysie ofertowym przedstawionym w toku prowadzonych negocjacji. Ustalona w ten sposób przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia dodatkowego stanowiła 49,45% wartości zamówienia podstawowego.

W ocenie Prezesa UZP, zamawiający nie wykazał jednak, by wykonanie robót dodatkowych stało się konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. W szczególności podkreślił, że zakres robót stanowiących przedmiot umowy zawartej 1 lipca 2010 r. w sprawie zamówienia udzielonego z wolnej ręki, został w pewnej części uwzględniony już w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiącej załącznik do SIWZ, sporządzonej na potrzeby zamówienia podstawowego udzielonego w trybie przetargu nieograniczonego. Postanowienia umowy odnoszące się do przedmiotowego zakresu prowadzonych robót budowlanych, mające odpowiedniki w specyfikacji, dotyczą robót:

- a) obudowy kanałów wentylacyjnych ponad dachem budynku - przewidziane w STWiOR jako roboty obejmujące wszystkie czynności umożliwiające i mające na celu wykonanie pokryć dachowych wraz z obróbkami blacharskimi i elementami wystającymi ponad dach budynku, tzn.: pokrycie dachu, obróbki blacharskie, rynny i rury spustowe,
- b) montażu puszek instalacji elektrycznych - przewidziany w STWiOR w ramach instalacji elektrycznej.

Natomiast kolejne uwzględnione w umowie roboty polegające na:

- a) wymianie drzwi wejściowych do budynku i 2 lokali mieszkalnych szczytowych,
 - b) dociepleniu elewacji budynku (ściany: styropian, kominy: wełna mineralna),
- zostały przewidziane przez zamawiającego już na etapie przystąpienia do planowania przeprowadzenia inwestycji, co wynika z treści pisma zamawiającego z 11 grudnia 2009 r.

(zamawiający wskazał w nim, że po zakończeniu prac objętych postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego - zamówieniem podstawowym - zostanie ogłoszony przetarg na realizację II etapu inwestycji, obejmującego wskazane prace).

Zamawiający przewidział także na tym etapie realizację prac w ramach działu Posadzki - z wyłączeniem rozbiórki, która miała zostać wykonana na etapie I objętym zamówieniem podstawowym.

Dodatkowo kontrolujący zauważył, że zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego zawartymi w piśmie z 5 listopada 2012 r., zrealizowanie robót dodatkowych było niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku, w którym prowadzone były roboty objęte inwestycją. Na marginesie kontrolujący dodał, że zgodnie z art. 57 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie inwestor jest zobowiązany dołączyć oświadczenie o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę. Natomiast pozwolenie na budowę lub zgłoszenie budowy dotyczy robót opisanych projektem załączonym do wniosku o wydanie pozwolenia. W świetle powyższego kontrolujący stwierdził, że skoro przy postulowanym przez zamawiającego założeniu - wykonanie robót objętych zamówieniem dodatkowym - było niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku, to: nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, w myśl którego przedmiotem zamówienia dodatkowego były roboty, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Zakres kwestionowanych prac musiał być w takim przypadku wskazany przez zamawiającego już na etapie ubiegania się o udzielenie pozwolenia na budowę, a zatem także konieczność ich przeprowadzenia musiała zostać przez niego przewidziana na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

W odniesieniu do wyjaśnień zamawiającego zawartych w piśmie z 19 sierpnia 2013 r. kontrolujący stwierdził, że również okoliczność uzyskania dodatkowych środków finansowych umożliwiających zakończenie prac adaptacyjnych budynku, w którym prowadzone były prace objęte przedmiotem zamówienia podstawowego, nie stanowi przesłanki uzasadniającej udzielenie zamówienia w ramach robót dodatkowych w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego wynika, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 990.331,13 zł netto, natomiast bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia w wysokości 470.000,00 zł brutto. Wynagrodzenie brutto dotychczasowego wykonawcy określone w umowie zawartej w sprawie zamówienia podstawowego, stanowiące wartość realizowanego zamówienia wynosiło 361.381,69 zł brutto. Zatem już na etapie przygotowania postępowania w sprawie zamówienia podstawowego zamawiający

dysponował możliwością dokonania realnej oceny swojej zdolności finansowej, jak również kosztów przeprowadzenia planowanej inwestycji.

Z wystąpienia pokontrolnego z 9 sierpnia 2012 r. wynika, że zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego 27 listopada 2009 r., natomiast plan finansowy, którym objęta była inwestycja został zatwierdzony dopiero 4 lutego 2010 r. Z powyższego wynika, że niedochowanie przez zamawiającego należytej staranności w zakresie dyscypliny finansów publicznych w konsekwencji mogło stanowić przyczynę wadliwego przygotowania dokumentacji projektowej. Kontrolujący wskazał, że skoro zamawiający samodzielnie prowadzi politykę finansową jak również decyduje o zakresie wykonywanych zadań, to przy zachowaniu należytej staranności, do jakiej był zobowiązany, miał możliwość a także obowiązek prawidłowego określenia swoich potrzeb, możliwości finansowych, jakimi dysponuje oraz dokonania kalkulacji kosztów inwestorskich, a następnie na podstawie uzyskanych danych, dokonania realnej oceny możliwości przeprowadzenia planowanej inwestycji zgodnie z przepisami prawa.

Kontrolujący ustalił, że z § 16 zarządzenia nr 1/2007 Prezesa Towarzystwa Budownictwa Społecznego Spółki z o.o. w Krzyżu Wlkp. z 1 lutego 2007 r. w sprawie wprowadzenia jednolitego tekstu umowy spółki dla TBS w Krzyżu Wlkp. wynika, że wszystkie udziały w kapitale zakładowym Towarzystwa zostały objęte przez jedynego wspólnika - Gminę Krzyż Wlkp. Także w przekazanym przez zamawiającego odpisie KRS z 10 sierpnia 2009 r. Gmina Krzyż Wlkp. została ujawniona jako jedyny wspólnik posiadający wszystkie udziały w TBS Spółki z o.o. w Krzyżu Wlkp. Natomiast z protokołu kontroli z 4 lipca 2012 r. przeprowadzonej w jednostce zamawiającego przez osobę działającą z upoważnienia Burmistrza Krzyża Wlkp. wynika, że na inwestycję objętą przedmiotem zamówienia podstawowego i dodatkowego zamawiający otrzymał z budżetu gminy środki w wysokości: 75.000 zł w 2008 r.; 200.000 zł w 2009 r.; 370.000 zł w 2010 r.

Kontrolujący wskazując, że prowadzenie działalności gospodarczej w formie jednoosobowej spółki kapitałowej, w której wszystkie udziały zostały objęte przez jednego wyłącznego wspólnika, uznał, iż pozwala to na zminimalizowanie, co do zasady, ryzyka finansowego podmiotu zaangażowanego w nią kapitałowo. Zamawiający działający w formie spółki z o.o. jest kapitałowo powiązany z Gminą Krzyż Wlkp., będącą jego większościowym udziałowcem. Mając na uwadze powyższe okoliczności, a w szczególności fakt, że jeden podmiot skupia w sobie kompetencje do finansowania działań zamawiającego, jak i do ich wykonywania, kontrolujący uznał, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 19 sierpnia 2013 r., zgodnie z którym przekazanie przez Radę Miejską dodatkowych środków finansowych na realizację inwestycji było okolicznością niemożliwą do

przewidzenia. Zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności, do jakiej był zobowiązany w procesie planowania inwestycji, powinien był realnie ocenić stan środków finansowych, jakimi dysponował, zaś w sytuacji stwierdzenia braku wystarczających środków, bądź braku możliwości kompleksowego zrealizowania inwestycji w określonym czasie, mógł przewidzieć możliwość wykonania koniecznych prac - przy spełnieniu określonych ustawowych przesłanek zawartych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - w ramach zamówień uzupełniających.

Kontrolujący też wskazał, że argumentacja przytoczona przez zamawiającego w celu wykazania zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do prowadzenia postępowania, nie wyczerpuje także przesłanek zawartych w treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, na który zamawiający alternatywnie powoływał się w toku postępowania.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki na zamówienia uzupełniające, jeżeli łącznie zaistniały następujące okoliczności:

- 1) wykonanie zamówienia uzupełniającego powierza się dotychczasowemu wykonawcy przed upływem 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego;
- 2) wartość zamówień uzupełniających na dostawy lub roboty budowlane nie przekracza łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego;
- 3) zamówienie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień;
- 4) zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego;
- 5) zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego;
- 6) zamówienie uzupełniające jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Prezes UZP uznał, że w postępowaniu nie doszło do sytuacji, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Stwierdził, że roboty uzupełniające nie zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 listopada 2009 r. pod pozycją 412106. W związku z tym nie było podstaw do ich udzielenia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa UZP, zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 zarówno w pkt 5 ustawy, jak też pkt 6 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania przez udzielenie zamówienia wykonawcy P.P.H.U. DOR-BUD w trybie niekonkurencyjnym.

2. Zamawiający wskazał jako podstawę prawną wszczęcia postępowania art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, natomiast podając uzasadnienie faktyczne zastosowania trybu niekonkurencyjnego, powołał się na przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - właściwe zamówieniu dodatkowemu.

Kontrolujący stwierdził, że w dokumentacji postępowania brak jest oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wykonawcy, z którym została zawarta umowa w sprawie udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający pismem z 10 marca 2014 r. wyjaśnił, że oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienie podstawowe traktował jako wiążące także w odniesieniu do zamówienia dodatkowego.

Kontrolujący podniósł, że postępowanie o udzielenie zamówienia z wolnej ręki (dodatkowe i/lub uzupełniające) posiada status odrębny od postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, dlatego też wymaga od zamawiającego przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia w pełnym - przewidzianym przepisami - zakresie.

Zgodnie z art. 68 ust. 2 ustawy Pzp, najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. Przepis art. 25 stosuje się odpowiednio.

Powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, kontrolujący wskazał, że przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wymaganych oświadczeń lub dokumentów. Przepis znajduje zastosowanie także w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki. Sformułowano w nim po stronie zamawiającego bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie przepis art. 68 ust. 2 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Zatem, oświadczenie stanowi dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, więc należy do kategorii dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Kontrolujący uznał, że wykazany brak wezwania wykonawcy P.P.H.U. DOR-BUD do złożenia odrębnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

3. Umowa na roboty ogólnobudowlane - dodatkowe nr TBS-R-119/2010 między Towarzystwem Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., a wykonawcą P.P.H.U. DOR-BUD, została zawarta 1 lipca 2010 r. Z otrzymanej dokumentacji oraz wyjaśnień zamawiającego z 10 marca 2014 r. wynika, że nie zamieścił on ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w Biuletynie Zamówień Publicznych - zamawiający wezwany do przesłania kopii ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, przesłał Urzędowi ogłoszenie o wyborze oferenta z 30 czerwca 2010 r., zamieszczone w siedzibie zamawiającego.

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 ustawy Pzp, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zaniechanie zamieszczenia tego ogłoszenia stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

II. Zamawiający - wniósł do Urzędu Zamówień Publicznych pismo, uznane za umotywowane zastrzeżenia, w którym przedstawił następujące stanowisko.

Odpowiadając na pismo w sprawie kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przystosowanie budynku po byłej szwalni na budynek mieszkalny wielorodzinny w Krzyżu Wlkp. ul. Portów a 9, dz. nr 863/3” - Zakład Administracji Budynków sp. z o.o. w Krzyżu Wlkp., składa następujące wyjaśnienia: zamawiający w roku 2009 - wtedy Towarzystwo Budownictwa Społecznego - zakładał realizację przedmiotowej inwestycji w II etapach, na które miał otrzymać środki finansowe z Gminy Krzyż Wlkp. (taką informację przekazano w odpowiedzi na pytanie jednego z oferentów postępowania). Po zakończeniu prac adaptacyjnych budynek miał być przekazany przez Gminę na majątek zamawiającego.

W roku 2010 stanowisko Gminy uległo zmianie - przekazano jedynie część wymaganych środków finansowych i zdecydowano o dokończeniu robót adaptacyjnych w budynku przez najemców lokali mieszkalnych. Budynek mieszkalny miał nadal pozostać mieniem gminnym. Wobec tego przystąpiono do negocjacji nt. wykonania robót dodatkowych, a koniecznych do zakończenia robót adaptacyjnych i zezwalających na użytkowanie obiektu. Tej okoliczności zamawiający nie mógł przewidzieć na etapie ogłaszania przetargu nieograniczonego. Zamawiający prowadził postępowanie na roboty dodatkowe w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a przytoczony w protokole z przeprowadzonych negocjacji z dnia 28-06-2010 pkt 6, jest oczywistą omyłką - czego dowodzi fakt wskazania pkt 5 w całej dotychczasowej korespondencji w sprawie.

Zamawiający dokonał zamówienia na roboty dodatkowe w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 jako zamówienia dodatkowego nie objętego zamówieniem podstawowym, nie przekraczającym łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego. Oddzielając zamówienie dodatkowe od podstawowego ze względu na brak środków finansowych i konieczności zakończenia robót, uniknięto poniesienia znacznych kosztów związanych z utrzymaniem budynku. Zamawiający uważa, że wypełnił - w dobrej wierze - wszystkie przesłanki trybu zamówienia określonego w pkt 5.

Zamawiający wskazał, że uważa również za wiążące do zamówienia dodatkowego oświadczenie złożone przez oferenta w dokumentacji do przetargu nieograniczonego (informacja w piśmie zamawiającego z 10-03-2014).

Stwierdził, że - ze względu na upływ czasu - nie jest w stanie wyjaśnić dlaczego ogłoszenie o wyborze oferenta na roboty dodatkowe nie znalazło się na portalu UZP.

Nadmienił, że zastosowanie tego trybu umożliwiło wykonanie prac adaptacyjnych i zasiedlenie lokali mieszkalnych w okresie zimowym, co zapobiegło dewastacji budynku i marnotrawieniu finansowych środków publicznych.

Cel społeczny został zrealizowany - 12 rodzin otrzymało przydział gminnych lokali mieszkalnych od Burmistrza Krzyża Wlkp.

III. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń, przedstawiając następujące uzasadnienie.

1. Odnosząc się do kwestii dotyczących ustaleń w pkt 1 Informacji o stwierdzeniu naruszeń, Prezes UZP przywołując definicję zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, wskazał, że to na zamawiającym (w imieniu, którego działa kierownik zamawiającego lub upoważniona przez niego osoba) ciąży odpowiedzialność za prawidłowość zastosowanej procedury udzielenia zamówienia (tak też orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej: z 10 stycznia 2011 r., sygn. akt BDF1/4900/103/113/10/90 oraz z 1 lipca 2010 r., sygn. akt BDF/4900/50/57/10/1381).

W konsekwencji stwierdził, że uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki zmianą stanowiska Gminy Krzyż Wlk. - instytucji finansującej zamówienie - w zakresie przyznania środków na realizację zamówienia, nie może być uznane za zasadne.

Niezależnie od powyższego, Prezes UZP podniósł, że argumentacja zamawiającego zawarta w piśmie z 22 kwietnia 2014 r., oparta na zaistniałej w 2010 r. zmianie stanowiska Gminy Krzyż Wlkp. w przedmiocie przekazania jedynie części środków finansowych niezbędnych do realizacji inwestycji, nie została zgłoszona ani na etapie postępowania wyjaśniającego, ani też w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP. Kontrolujący podkreślił, że jest to argumentacja pozostająca w sprzeczności z twierdzeniami zamawiającego wyrażonymi w piśmie z 5 listopada 2012 r. oraz ponowionymi w piśmie z 19 sierpnia 2013 r., w których

wskazano, że zamawiający zdecydował o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe po podjęciu przez Radę Miejską uchwały z 17 maja 2010 r. w przedmiocie przekazania dodatkowych środków finansowych na dokończenie prac adaptacyjnych budynku.

Dodatkowo wskazał, że twierdzenia zamawiającego, co do przebiegu finansowania inwestycji obejmującej kwestionowane zamówienie na roboty dodatkowe, nie zostały potwierdzone, gdyż zamawiający nie przedstawił na ich poparcie żadnego dowodu, nie przedstawił w szczególności dowodu z dokumentu w postaci pisma Gminy Krzyż Wlkp. informującego o zmianie wysokości finansowania zamówienia. Ponadto kontrolujący zauważył, że zgodnie z wystąpieniem pokontrolnym z 9 sierpnia 2012 r. środki finansowe wydatkowane na inwestycję pochodziły z budżetu Gminy Krzyż Wlkp., jednak były przekazywane zamawiającemu bez sporządzania umowy, która wskazywałaby cel i zakres wydatków oraz sposób rozliczania. Oznacza to, że zamawiający - działając z należytą starannością - powinien w każdym czasie brać pod uwagę ewentualną możliwość zmiany kwoty przeznaczonej na finansowanie realizowanych przez niego zadań.

W odniesieniu do argumentu odwołującego się do konieczności zapewnienia wykonania prac adaptacyjnych i zasiedlenia lokali mieszkalnych w okresie zimowym oraz dążenia do uniknięcia poniesienia znacznych kosztów i marnotrawienia środków publicznych, kontrolujący wskazał, że żadna z zasad wydatkowania środków publicznych nie stoi w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, jak również nie zwalnia zamawiającego z ich przestrzegania.

Okoliczności podniesione przez zamawiającego mają natomiast charakter społeczny lub gospodarczy, nie mogą tym samym uzasadniać odstępstwa od zasad określonych w ustawie oraz ograniczania praw podmiotów funkcjonujących na rynku do konkurencji o udzielenie zamówienia na równych warunkach.

Prezes UZP podtrzymał stwierdzone w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

2. W odniesieniu do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazanego w punkcie 2 Informacji o stwierdzeniu naruszeń, Prezes UZP znał za nieuzasadnione stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym oświadczenie złożone przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pozostaje aktualne w odniesieniu do zamówienia na roboty dodatkowe. Potwierdził swoje uprzednie stanowisko - postępowania prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego oraz zamówienia z wolnej ręki, mimo że objęte były tą samą inwestycją, stanowią jednak dwie odrębne procedury udzielenia zamówienia publicznego, z których każda może zakończyć się

albo unieważnieniem postępowania albo zawarciem umowy. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 10 kwietnia 2014 r., postępowanie o udzielenie zamówienia z wolnej ręki (dodatkowe i/lub uzupełniające) posiada status odrębny od postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, dlatego też wymaga od zamawiającego przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia w pełnym - przewidzianym przepisami - zakresie. Oznacza to, że obowiązek wynikający z art. 68 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wymaga złożenia odrębnego oświadczenia sporządzonego na potrzeby konkretnego postępowania. Natomiast zaniechanie złożenia oświadczenia przez wykonawcę rodzi po stronie zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Prezes UZP stwierdził, że zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej wniesione w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

3. W odniesieniu do naruszenia art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wskazanego w punkcie 3 Informacji o stwierdzeniu naruszeń, zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń.

Jednocześnie Prezes UZP poinformował, że stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, opiniując zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, na podstawie analizy naruszenia przepisów ustawy Pzp przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

1. Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP przedstawione w piśmie z 07.05.2014 r. o nieuwzględnieniu zastrzeżeń.

Podzieliła w szczególności stanowisko, że zamawiający dopiero w zastrzeżeniach wyjaśnił, że wskazywana alternatywnie podstawa udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w kilku dokumentach art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (zamówienia uzupełniające) i pkt 5 (zamówienia dodatkowe), mającego na celu uzyskanie końcowego efektu - przystosowania budynku szwalni na potrzeby budynku mieszkalnego wielorodzinnego, wynikała z omyłki.

Ustalenia kontrolującego w toku przeprowadzonej kontroli potwierdziły, że okoliczności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki nie wyczerpywały przesłanek z pkt 6

wskazanego przepisu ustawy, chociażby ze względu na brak zamieszczenia w treści ogłoszenia o zamówieniu podstawowym, informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, co stanowiło wystarczającą podstawę by uznać, że udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp (zamówienie uzupełniające) - nie mogło być uznane za zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający nie wykazał również spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 w pkt 5 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przez udzielenie zamówienia dodatkowego. Udzielając zamówienia wykonawcy P.P.H.U. DOR-BUD w trybie niekonkurencyjnym w okolicznościach nieodpowiadających przesłankom ustawowym, zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp w sposób mający wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przywoływane w stanowisku kontrolującego przepisy ustawy Pzp oraz orzecznictwo, wskazują obowiązki zamawiającego związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Procedury przewidziane w ustawie obligują zamawiającego do prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, m.in. w art. 10 ustawy wskazującym podstawowe tryby udzielania zamówień (ust. 1) oraz w ust. 2 stanowiącym, że pozostałe tryby udzielania zamówień mogą być stosowane tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Stosując wyjątkowy tryb udzielenia zamówienia, jakim jest tryb z wolnej ręki, zamawiający zobowiązany był do uwzględnienia wszystkich przesłanek wskazanego przepisu określonych w sposób enumeratywny w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jedną z przesłanek udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie wskazanego przepisu jest wystąpienie sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było przewidzieć na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, przy czym niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi posiadać charakter obiektywny, a nie wynikać z niedochowania należytej staranności przy planowaniu udzielenia zamówienia podstawowego.

Mając na uwadze, że postępowanie zostało przeprowadzone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, Izba nie znalazła uzasadnienia, by uznać spełnienie przesłanki zaistnienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, stanowiącej bezwzględny wymóg wynikający z przepisu.

Trafna jest ocena wyrażona w uchwale Izby z 25 maja 2010 r., sygn. akt KIO/KD 35/10, że „nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać

z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług”.

Nie można uznać, że zmiana stanowiska instytucji finansującej zamówienie, ujawniona w zastrzeżeniach zamawiającego, w sytuacji nie zgłoszenia jej na etapie postępowania wyjaśniającego, ani też w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP, odpowiada sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, zwłaszcza w świetle ustaleń kontrolującego niepodważonych w zastrzeżeniach, że argumentacja zamawiającego pozostaje w sprzeczności z jego twierdzeniami wynikającymi z pisma z 5 listopada 2012 r., ponowionymi w piśmie z 19 sierpnia 2013 r., co do wszczęcia postępowania na roboty dodatkowe po podjęciu przez Radę Miejską uchwały z 17 maja 2010 r. o przekazaniu dodatkowych środków finansowych na dokończenie prac adaptacyjnych budynku.

Zamawiający nie przedstawił kontrolującemu żadnego dowodu potwierdzającego przebieg finansowania inwestycji obejmującej kwestionowane zamówienie na roboty dodatkowe, w szczególności dowodu z dokumentu w postaci pisma Gminy informującego o zmianie wysokości finansowania zamówienia. Na podstawie wystąpienia pokontrolnego z 9 sierpnia 2012 r. ustalono, że środki finansowe wydatkowane na inwestycję pochodziły z budżetu Gminy, były przekazywane zamawiającemu bez sporządzania umowy, która wskazywałaby cel i zakres wydatków oraz sposób rozliczania. Przedstawione okoliczności potwierdziły, że zamawiający powinien był w każdym czasie brać pod uwagę ewentualną możliwość zmiany kwoty przeznaczonej na finansowanie realizowanych zadań.

Izba nie miała również podstaw, by podzielić pogląd zamawiającego, że wskazane w zastrzeżeniach okoliczności o charakterze społecznym i gospodarczym, usprawiedliwiają zastosowanie przepisu, mimo braku wykazania spełnienia określonych w nim przesłanek.

2. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy, któremu udzielono zamówienia z wolnej ręki (P.P.H.U. DOR-BUD), do złożenia odrębnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, wskazane w pkt 2, zostało faktycznie przyznane przez zamawiającego, jako skutek niewłaściwej oceny odrębności dwóch postępowań o udzielenie zamówienia - podstawowego w trybie przetargu nieograniczonego i dodatkowego w trybie z wolnej ręki.

3. Naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych, jest niewątpliwe, zamawiający nie przedstawił żadnych okoliczności przeciwnych ustaleniom.

Zastrzeżenia zamawiającego, ze względu na ich cel, powinny przedstawiać stanowisko przeciwstawne stanowisku wyrażonemu w Informacji o stwierdzeniu naruszeń, kwestionujące ustalenia kontrolującego, czy to w zakresie faktów, czy kwalifikacji prawnej dokonanej w wyniku przeprowadzonej kontroli.

Zastrzeżenia zamawiającego przedstawione w piśmie z 22.04.2014 r., mające w istocie charakter wyjaśnień, które powinny być podniesione w toku kontroli, nie wskazują sprzeczności w zakresie ustaleń faktycznych, nie negują oceny prawnej przedstawionej w Informacji o stwierdzeniu naruszeń.

Izba wskazuje, że celem kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonej na podstawie ustawy Pzp, zgodnie z zasadą legalności, jest sprawdzenie zgodności postępowania z przepisami ustawy (art. 161 ust. 2 ustawy Pzp).

Zatem, każda stwierdzona niezgodność postępowania z przepisami ustawy, stanowi podstawę do uznania naruszenia przepisów ustawy.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej i w odpowiedzi na zastrzeżenia z 07.05.2014 r. kontrolujący przedstawił stanowisko w kwestii naruszenia przepisów ustawy Pzp w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które znajduje uzasadnienie w przepisach ustawy oraz wskazanym przykładowo orzecznictwie i stanowisku Izby wyrażonym w innych uchwałach.

Izba uznała, że zamawiający nie podważył w zastrzeżeniach, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 10 kwietnia 2014 r., naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Reasumując powyższe, Izba wyraziła opinię jak na wstępie, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....