

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 27 października 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 1 października 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Gminę Liszki
Liszki 230
32-060 Liszki

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (dalej „*Informacja*”) z dnia 24 września 2015 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/39(3)/15/LB)

w przedmiocie postępowania na:

„Budowę kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów – wykonanie poprawek po poprzednim wykonawcy”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie:	Ryszard Tetzlaff
	Emil Kawa

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający w dniu 2 czerwca 2011 r. zawarł z wykonawcą – Przedsiębiorstwo Usługowe E. z siedzibą w M. (dalej także „wykonawca E. ”) umowę, której przedmiotem było wykonanie zadania pn. *„Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów”*.

Po ponad roku, pismem z dnia 19 września 2012 r. Zamawiający, powołując się na § 16 ust. 1 pkt d) ww. umowy z 2011 r., odstąpił od niej z winy wykonawcy E. z powodu nie realizowania robót budowlanych przez wykonawcę przez okres dłuższy niż 14 dni.

W styczniu 2013 r. Zamawiający ogłosił II postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. *„Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów”*, w wyniku którego w dniu 29 kwietnia 2013 r. została zawarta umowa z wykonawcą – Biuro Techniczno – Handlowe „X. sp. j. w P. (dalej także „wykonawca X. ”) .

Po niemal roku, w dniu 3 kwietnia 2014 r. Zamawiający przesłał zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp na wykonanie zadania pn. *„Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów – wykonanie poprawek po poprzednim wykonawcy”* do wyłonionego w II postępowaniu przetargowym wykonawcy – po negocjacjach umowa została zawarta w dniu 12 maja 2014 r., a jej zakresem objęto:

- naprawę przewiertu nr 12 pod drogą powiatową na długości 41,12 m;
- naprawę 110 studni (uszczelnienia, obetonowania pierścieni i włączów, regulacji włączów do poziomu nawierzchni dróg i terenu, czyszczenia studni, poprawy kinet, podniesienia studni, poziomowania studni, uzupełnienia wyjść do przyłączy, wymiany pękniętych pierścieni, podniesienia adapterów w studniach fi 600, obsypania studni ziemią);
- poprawę wylotu do potoku Kaszowskiego (poprawienie i dołożenie płyt ażurowych);
- uzupełnienie ziemi na kanałach i uporządkowanie terenu;
- odpompowanie wody z zalanych kanałów i ich oczyszczenie.

Pismem z dnia 23 maja 2013 r., tj. po zawarciu umowy, której zakresem objęto wykonanie poprawek po wykonawcy E. Zamawiający wezwał tegoż wykonawcę do

usunięcia usterek stwierdzonych podczas przeglądu dokonanego w kwietniu 2013 r. – w dniach 24 – 25.04.2013 r. (przeglądu przeprowadzonego już po wszczęciu II postępowania przetargowego, co nastąpiło w styczniu 2013 r.).

Zamawiający argumentował udzielenie zamówienia z wolnej ręki tym, iż wykonanie zamówienia dodatkowego jakim była „*Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów – wykonanie poprawek po poprzednim wykonawcy*” przez wykonawcę Biuro Techniczno – Handlowe „X. sp. j. z siedzibą w P. pozostaje w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, tj. zadania pn. „*Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów*”, a jego wykonanie jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Dodał, iż na etapie prowadzonego postępowania, jak i wykonania zadania pn. „*Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Liszki w miejscowości Kaszów*” nie mógł przewidzieć, że wykonawca – Przedsiębiorstwo Usługowe E. – nie wykona zadania w określonym przez Zamawiającego terminie i że zostanie ogłoszona jego upadłość. W ocenie Zamawiającego wykonanie zamówienia dodatkowego miało wpływ na zakończenie zamówienia podstawowego w ustalonym w umowie z wykonawcą (X.) zakresie, zaś bez wykonania poprawek kanalizacja nie będzie funkcjonować poprawnie.

Prezes UZP uznał, że Zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w celu udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp].

Stanął na stanowisku, że Zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, jak wymaga tego przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp.

Stwierdził, iż udzielenie zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, wyrażającym się w tym, że wykonanie zamówienia dodatkowego jest warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, co oznacza, że jeżeli Zamawiający może zrealizować zamówienie podstawowe bez udzielenia zamówień dodatkowych, to nie może skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Wskazał, że w przedmiotowej sprawie wykonanie zamówienia dodatkowego polegające na wykonaniu poprawek po wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe E. (po wykonawcy wybranym w I postępowaniu przetargowym) nie miało wpływu na zakończenie

zamówienia podstawowego (realizowanego na podstawie umowy z dnia 29 kwietnia 2013 r. zawartej po przeprowadzeniu II postępowania przetargowego z Biurem Techniczno – Handlowym „X. sp. j. w P.), w zakresie ustalonym w umowie z wykonawcą.

Zauważył, iż zamówienie dodatkowe dotyczyło bezpośrednio zamówienia objętego umową z dnia 2 czerwca 2011 r. zawartej z E. i polegało na wykonaniu poprawek po tym wykonawcy, a zatem nie miało wpływu na wykonanie zamówienia objętego kolejną umową, tj. umową z wykonawcą „X. sp. j., z uwagi na to, iż nie dotyczyło zakresu określonego w umowie z tym wykonawcą. Dodał, że umowa z „X. ” stanowiła kontynuację inwestycji w zakresie niezrealizowanym przez poprzedniego wykonawcę, zamówienie z wolnej ręki dotyczyło natomiast wykonania poprawek, w zakresie zamówienia wykonywanego przez firmę E. .

Prezes UZP podniósł, że jedną z koniecznych do spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp jest wystąpienie sytuacji, w której wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Uznał, że Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek swych zaniechań powstaje konieczność rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia poza pierwotnie zakładany – przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania wówczas, gdy potrzeba udzielenia zamówień dodatkowych jest wynikiem braku staranności Zamawiającego na etapie zamówienia podstawowego.

W ocenie Prezesa UZP wykonanie prac w postaci poprawek po poprzednim wykonawcy możliwe było do przewidzenia przez Zamawiającego, po pierwsze z tego względu, iż już w trakcie wykonywania inwestycji przez E. Zamawiający miał świadomość niewłaściwego realizowania zadania (świadczy o tym m.in. zawiadomienie Inżyniera budowy Przedsiębiorstwa Usługowego E. z dnia 21 sierpnia 2012 r. informujące Zamawiającego, iż prace przy budowie kanalizacji sanitarnej w m. Kaszów zostały wstrzymane z powodu braku materiałów do budowy kanalizacji oraz braku pracowników na placu budowy).

Po drugie z tego względu, iż odstąpienie przez Zamawiającego od umowy zawartej z Przedsiębiorstwem Usługowym E. nastąpiło pismem z dnia 19 września 2012 r., natomiast wszczęcie II postępowania przetargowego będącego konsekwencją ww. odstąpienia nastąpiło pod koniec stycznia 2013 r, co oznacza, że nie było przeszkód, aby w tym czasie Zamawiający dokonał przeglądu inwestycji wykonanej przez ww. wykonawcę w latach 2011 – 2012.

Prezes UZP argumentował, że konsekwencją przeprowadzenia przez Zamawiającego przeglądu inwestycji dopiero w dniach 24 – 25.04.2013 r. (wezwania do

usunięcia usterek stwierdzonych podczas przeglądu nastąpiło w maju 2013 r.) było nieobjęcie wynikłych z przeglądu robót II postępowaniem przetargowym oraz, co się z tym wiąże umową z dnia 29 kwietnia 2013 r., co nie pozwala uznać, iż Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania postępowania nie mógł przewidzieć konieczności wykonania poprawek po poprzednim wykonawcy. W konsekwencji nie daje Zamawiającemu podstawy do udzielenia zamówień dodatkowych sytuacja, w której sam zamawiający nie przewidział określonych robót budowlanych tylko dlatego, że nie zachował należytej staranności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, iż w zamówieniu dodatkowym nie chodzi o to, że dane roboty nie mogły zostać przewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale roboty te powinny być niemożliwe do przewidzenia, pomimo zachowania przez zamawiającego należytej staranności.

Zwrócił uwagę, iż samo odstąpienie od umowy, czy też niewłaściwe jej wykonywanie nie może być uznane za sytuacją nieprzewidywalną.

Prezes UZP stwierdził, że nie można zgodzić się z wyjaśnieniami złożonymi przez Zamawiającego, iż w przypadku niewykonania zamówienia dodatkowego, niemożliwe byłoby wykonanie zamówienia podstawowego w sposób prawidłowy – bez wykonania poprawek kanalizacja nie będzie funkcjonować poprawnie, ponieważ Zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Podniósł, że udzielenie zamówienia dodatkowego wynikało bowiem z rozszerzenia przedmiotu umowy o poprawki wynikłe z nienależytego wykonania umowy odrębnej umowy (umowa z E.) od umowy podstawowej (umowa z „X. sp. j.), wobec czego należy przyjąć, że inwestycja była realizowana zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego na etapie udzielania zamówienia podstawowego. W konsekwencji Prezes UZP uznał, że nie można przyjąć, że jego wykonanie było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Prezes UZP podsumował, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Po wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeniach (pismo z dnia 1 października 2015 r.) Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko, w następujący sposób odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zaprezentowanej w piśmie z dnia 1 października 2015 r.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż *zarówno pierwsze jak i drugie postępowanie o wybór wykonawcy na realizację zadania budowy sieci kanalizacji sanitarnej w Kaszowie na terenie gminy Liszki miało na celu wykonanie tego samego przedmiotu zamówienia*, a nadto, iż *przedmiot zamówienia, który został określony w pierwszym przetargu wygranym przez firmę P. S.K. – PU E. miał szerszy zakres niż przedmiot zamówienia w drugim postępowaniu* Prezes UZP wskazał, że nie kwestionował okoliczności, iż oba postępowania przetargowe dotyczyły wykonania sieci kanalizacji sanitarnej w Kaszowie na terenie gminy Liszki, jednak zwrócił uwagę, iż oba postępowania przetargowe miały odmienny zakres wykonywanych prac – zakres pierwszego postępowania przetargowego, objętego umową z dnia 2 czerwca 2011 r. zawartą z firmą E. , dotyczył realizacji zadania związanego z budową sieci kanalizacji sanitarnej w Kaszowie na terenie gminy Liszki, natomiast umowa zawarta po przeprowadzeniu drugiego postępowania przetargowego, tj. umowa z Biurem Techniczno – Handlowym „X. sp. j. z dnia 29 kwietnia 2013 r. (zamówienie podstawowe), dotyczyła kontynuacji inwestycji budowy sieci kanalizacji sanitarnej w Kaszowie na terenie gminy Liszki, w części niepodjętej przez wykonawcę E. , z uwagi na odstąpienie od umowy przez Zamawiającego.

Prezes UZP podniósł, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy wykonawcy „X. ”, jednakże nie w zakresie robót dotyczących kontynuacji inwestycji (zakres II postępowania) lecz poprawek po wykonanych pracach przez firmę E. , wobec czego nie można twierdzić, iż zostały spełnione przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy, gdyż wykonanie zamówienia dodatkowego nie było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz wykonanie zamówienia podstawowego nie było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Wskazał także, że w przedmiotowej sprawie wykonanie zamówienia dodatkowego polegające na wykonaniu poprawek po wykonawcy E. nie miało wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego w zakresie ustalonym w umowie z wykonawcą.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż *o ile przewidywał, że możliwe jest odstąpienie od umowy z wykonawcą (takie postanowienia były zawarte w umowie z wykonawcą), to nie miał wiedzy, ani też możliwości przewidzenia, nawet przy dołożeniu należytej staranności, że roboty wykonane przez firmę E. zostaną wykonane nieprawidłowo*, Prezes UZP wskazał, że na podstawie okoliczności faktycznych sprawy nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania II postępowania nie mógł przewidzieć konieczności wykonania poprawek po poprzednim wykonawcy, ponieważ o niewłaściwym wykonywaniu

umowy z dnia 2 czerwca 2011 r., zawartej z firmą E. , mogło świadczyć nie tylko zawiadomienie Inżyniera budowy firmy E. z dnia 21 sierpnia 2012 r., informujące Zamawiającego o wstrzymaniu prac z powodu braku materiałów do budowy kanalizacji oraz braku pracowników na placu budowy, ale również uchylanie się przez firmę E. od współpracy z Zamawiającym w rozliczeniu wykonanych robót, co potwierdził sam Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazując, iż *po odstąpieniu od umowy z firmą E. wielokrotnie wzywał wykonawcę P. S.K. oraz Kierownika Budowy P. L.S. do zgłoszenia odbioru wykonanych robót, w tym do ich zinwentaryzowania oraz do wydania dzienników budowy i dokumentacji dotyczącej budowy (pismo z dnia 12.10.2012 r., 15.11.2012 r., 30.01.2013 r., 17.04.2013 r.).*

Prezes UZP podkreślił, iż dwa z ww. wezwań Zamawiającego zostało przekazanych wykonawcy na kilka miesięcy przed wszczęciem II postępowania przetargowego (koniec stycznia 2013 r.). Prezes UZP podniósł nadto, że pomimo braku rozliczenia się poprzedniego wykonawcy z wykonywanych prac Zamawiający wszczął kolejne postępowanie przetargowe, w konsekwencji czego w momencie wszczęcia II postępowania przetargowego istniały przesłanki wskazujące na niewłaściwe wykonywanie przez firmę E. zleconych robót budowlanych – nie pozwala to uznać, iż Zamawiający przy dochowaniu należytej staranności na etapie przygotowania II postępowania przetargowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania poprawek po poprzednim wykonawcy.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż *gdyby S.K. rozliczył się i zinwentaryzował wykonane przez siebie roboty budowlane zgodnie z umową łączącą strony, nie byłoby konieczności zlecenia zamówienia dodatkowego następnej firmie (...)*, Prezes UZP argumentował, że przyczyną zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy nie była konieczność realizacji zamówienia dodatkowego, warunkująca prawidłowe wykonanie zamówienia podstawowego, lecz brak możliwości wyegzekwowania wykonania naprawy usterek na kanalizacji od firmy E. , co potwierdza, iż zamówienie z wolnej ręki nie dotyczyło zamówienia podstawowego i zakresu realizowanego przez firmę „X. ”, lecz zakresu zamówienia udzielonego firmie E. .

II.

Na podstawie dokumentów przekazanych przez Zamawiającego Prezesowi UZP przy piśmie z dnia 19 maja 2015 r., *Protokołu kontroli doraźnej, Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 24 września 2015 r., zastrzeżeń Zamawiającego przekazanych przy piśmie z dnia 1 października 2015 r., stanowiska Prezesa UZP zajętego w piśmie z dnia 14 października 2015 r. po złożeniu zastrzeżeń, Izba uznała za zasadne przypisanie Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp, a tym samym naruszenia art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od oceny zależności wykonania przez wykonawcę X. zamówienia, polegającego na kontynuacji inwestycji budowy sieci kanalizacji sanitarnej w Kaszowie w części niepodjętej przez wykonawcę E. od wykonania zamówienia dodatkowego, polegającego na wykonaniu poprawek po wykonawcy E. , Zamawiający nie był uprawniony do udzielenia zamówienia dodatkowego z powołaniem się na przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp, ponieważ zamówienie to nie zostało udzielone na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia – Izba w pełni podziela w tym zakresie argumentację organu kontrolującego.

Zamawiający argumentował, iż *„Bez wykonania robót w ramach zamówienia dodatkowego sieć kanalizacyjna w Kaszowie wykonana przez firmę E. i X. nie zostałaby odebrana i oddana do użytkowania”* – oznacza to, że gwarancją oddania do użytku całości sieci kanalizacyjnej w Kaszowie było prawidłowe wykonanie sieci tak w części realizowanej przez wykonawcę E. jak i wykonawcę X. . To z kolei oznacza, że zamawiający, aby osiągnąć swój cel (oddanie do użytku całości sieci), ogłaszając II postępowania przetargowe (kontynuacja inwestycji budowy sieci kanalizacji sanitarnej w Kaszowie w części niepodjętej przez wykonawcę E.) winien mieć pewność, że wykonanie sieci kanalizacyjnej w części wykonanej przez E. było prawidłowe. Jeśli tej pewności, ogłaszając II postępowanie przetargowe, Zamawiający nie miał, to powinien liczyć się z tym, że prawidłowe wykonanie zamówienia przez wykonawcę X. nie zapewni oddania do użytku całości sieci kanalizacyjnej w Kaszowie.

Stąd tak istotna była znajomość prawidłowości wykonania sieci w części zrealizowanej przez wykonawcę E. na etapie ogłoszenia II postępowania przetargowego.

Jak wskazał Zamawiający: *„w celu zakończenia inwestycji, po bezskutecznym wezwaniu wykonawcy, sam przystąpił do rozliczenia robót wykonanych przez firmę PU E. ”.*

W ocenie, aby zrealizować swój cel (oddanie do użytku całości sieci), działania te winny zostać podjęte przed ogłoszeniem II postępowania przetargowego.

Izba w pełni podziela stanowisko organu kontrolującego, iż na etapie II postępowania przetargowego Zamawiający mógł przewidzieć konieczność wykonania poprawek po wykonawcy E. , gdyż wskazywały na to zarówno zawiadomienie Inżyniera budowy z dnia 21 sierpnia 2012 r. informujące o wstrzymaniu prac z powodu braku materiałów do budowy kanalizacji oraz braku pracowników na placu budowy, jak i uchylanie się przez tego wykonawcę od współpracy z Zamawiającym w rozliczeniu robót. W takich okolicznościach przyjęcie, że zamówienie zostało wykonane prawidłowo nie było zasadne.

Ze wskazanych względów nie można uznać, że spełniona została przesłanka wystąpienia sytuacji, w której wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a tym samym nie można uznać, że zamawiający był uprawniony do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....