



Warszawa, dnia 04.07 2016 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Dariusz Piasta

UZP/DKD/WKZ/421/17 (3) 16/IJ
KNZ/11/16

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

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

Zamawiający:	Powiat Sierpecki ul. Świętokrzyska 2a 09-200 Sierpc
Rodzaj zamówienia:	robota budowlana
Przedmiot zamówienia:	zmiana sposobu użytkowania poddasza Domu Pomocy Społecznej w Szczutowie na cele Dziennego Domu Senior - WIGOR
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych
Wartość zamówienia:	325.203,25 zł. (76.973,01 euro)
Środki UE:	nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na zmianę sposobu użytkowania poddasza Domu Pomocy Społecznej w Szczutowie na cele Dziennego Domu „Senior – WIGOR”, będący przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe zamówienie obejmowało swym zakresem prace budowlane: postawienie ścianek działowych, wstawienie ościeżnic i drzwi do pomieszczeń, założenie instalacji elektrycznej i sanitarnej, wykonanie podłóg, położenie gładzi na ścianach i sufitach, pomalowanie pomieszczeń, a także zakup pierwszego wyposażenia.

Zamawiający wyjaśnił, iż Powiat Sierpecki podjął się realizacji zadania, tj. utworzenia w budynku Domu Pomocy Społecznej w Szczutowie (dalej: DPS w Szczutowie) Dziennego Domu „Senior-WIGOR” dla 20 osób niebędących pensjonariuszami DPS z zamiarem wykorzystania dotacji z Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej w ramach rządowego Programu Wieloletniego „Senior–WIGOR”. W dniu 30 czerwca 2015 r. Dyrektor DPS w Szczutowie działająca w imieniu Zamawiającego złożyła ofertę do Programu „Senior–WIGOR” na realizację zadania publicznego, w ramach którego przewidziano adaptację pomieszczeń drugiej kondygnacji DPS w Szczutowie oraz zakup wyposażenia pomieszczeń zgodnie z wytycznymi Programu „Senior-WIGOR”. O przyznaniu dofinansowania Zamawiający został poinformowany przez Departament Polityki Senioralnej Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pocztą elektroniczną w dniu 28 lipca 2015 r. Zamawiający dodał, iż z uwagi na fakt, iż jako realizator projektu do Programu „Senior – WIGOR” został zgłoszony Powiat Sierpecki zaistniała konieczność wygaszenia trwałego zarządu DPS w Szczutowie w części dla zabudowanej nieruchomości, która miała być przeznaczona na Dzienny Dom „Senior – WIGOR”, co nastąpiło na podstawie decyzji Zarządu Powiatu w Sierpcu z dnia 21 sierpnia 2015 r. Decyzja Zarządu Powiatu była poprzedzona decyzją Wojewody Mazowieckiego z dnia 10 sierpnia 2015 r. o zmianie przeznaczenia niezagospodarowanej powierzchni budynku DPS w Szczutowie. Zamawiający wyjaśnił, że faktycznie podjął się realizacji zadania, jakim było utworzenie Domu Dziennego „Senior –WIGOR” dopiero po podpisaniu umowy z Ministerstwem Pracy i Polityki Społecznej, czyli z dniem 22 września 2015 r. Na podstawie § 1 pkt 2 ww. umowy Ministerstwo przyznało Powiatowi Sierpeckiemu środki finansowe w wysokości 250 000 zł w formie dotacji. Termin realizacji zadania został ustalony od 1 lipca 2015 r. do 31 grudnia 2015 r. Zgodnie z § 10 pkt 1 przyznane środki finansowe dotacji Powiat Sierpecki był zobowiązany wykorzystać (dokonać zapłaty) do dnia zakończenia realizacji zadania publicznego, czyli do 31 grudnia 2015 r. Realizacja zadania wymagała

sporządzenia dokumentacji budowlanej pozwalającej dostosować istniejące poddasze nieużytkowe w części B budynku DPS dla potrzeb Dziennego Domu „Senior – WIGOR”. Zgodnie z zawartą w dniu 4 września 2015 r. umową nr ON.2004.187.2015 r. z Pracownią Kosztorysową Jarosław Dołkowski z Sierpca Zamawiający miał otrzymać uzgodnioną dokumentację projektową w dniu 30 września 2015 r., co umożliwiło mu ogłoszenie przetargu, realizację zadania i rozliczenie dotacji w terminie przewidzianym w umowie z Ministerstwem Pracy i Polityki Społecznej. Na dzień przed ustalonym terminem przekazania dokumentacji projektowej projektant poinformował, iż zatwierdzenia dokumentacji odmówił rzeczoznawca ds. ppoż, który wymagał uzyskania dodatkowej ekspertyzy w zakresie oddymiania. Dostosowanie dokumentacji projektowej do wymogów rzeczoznawcy ds. ppoż. wymagało przedłużenia umowy nr ON.2004.187.2015 do 19 października 2015 r. W związku z tą nową okolicznością i zagrożeniem dla terminowej realizacji zadania określonego w umowie zawartej z Ministerstwem Pracy i Polityki Społecznej Zamawiający podjął działania za pośrednictwem koordynatora projektu mające na celu przedłużenie terminu realizacji zadania. Opiekun projektu ze strony Ministerstwa udzielił negatywnej odpowiedzi. Wobec faktu, że Ministerstwo nie zgodziło się na przedłużenie terminu realizacji zadania, a wybór wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego ze względu na terminy zawarte w Pzp stwarzał ryzyko niezrealizowania zadania w terminie wynikającym z umowy z Ministerstwem, Zamawiający podjął decyzję o wyłonieniu wykonawcy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Postępowanie w trybie z wolnej ręki zostało wszczęte w dniu 26 października 2015 r., natomiast w dniu 28 października 2015 r. została podpisana umowa Nr ON.2004.21.2015 z firmą PUP BUDEXPOL sp. o.o. w Sierpcu na wykonanie robót budowlanych związanych z adaptacją części „B” poddasza budynku DPS w Szczutowie na cele Dziennego Domu „Senior – WIGOR” oraz zakup pierwszego wyposażenia.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak również europejskiego. Zgodnie z orzecznictwem zarówno Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego, przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter zamknięty (wyrok SN z dnia 06.07.2001 r., sygn. akt III RN 16/01, wyrok NSA z dnia 11.09.2000 r. sygn. akt II S.A. 2074/00, wyrok NSA z dnia 01.10.2001 r., sygn. akt II SA 2802/00). Również w świetle orzecznictwa ETS, przesłanki zastosowania tego trybu muszą podlegać wykładni ścisłej, zaś ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie

wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne (w przedmiotowym stanie faktycznym – na Zamawiającym) (tak m.in. wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja przeciw Republice Federalnej Niemiec C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą 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.

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

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, zostały spełnione przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegające na wystąpieniu sytuacji wyjątkowej niewynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający nie wykazał, że zmiana terminu sporządzenia dokumentacji projektowej stanowi sytuację wyjątkową niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. Zamawiający składając ofertę w konkursie do programu „Senior – WIGOR” w dniu 30 czerwca 2015 r. założył, że zapytanie ofertowe dotyczące wykonania projektu adaptacji poddasza w segmencie B oraz wyłonienie wykonawcy nastąpi w okresie od 1 do 9 lipca 2015 r., natomiast wykonanie projektu w okresie od 10 lipca do 30 września 2015 r. Równoległe podjął działania zmierzające do zmiany przeznaczenia niezagospodarowanej powierzchni poddasza DPS w Szczutowie występując w dniu 25 czerwca 2015 r. do Wojewody Mazowieckiego o wyrażenie zgody w tym zakresie. Terminy wyłonienia projektanta i wykonania projektu nie zostały przez Zamawiającego zmienione w trakcie uzgadniania z Ministerstwem Pracy i Polityki Społecznej umowy, która ostatecznie została zawarta w dniu 22 września 2015 r. mimo, iż faktycznie umowa nr ON.2004.187.2015 z Wykonawcą Pracownia Kosztorysowa Jarosław Dołkowski w Sierpcu została zawarta w dniu 4 września 2015 r. z niezmienionym terminem realizacji zamówienia, czyli do 30 września 2015 r. Jednocześnie należy wskazać,

iż w § 8 w/w umowy Strony ustaliły, że „zakazuje się istotnych postanowień zawartej umowy (...) za wyjątkiem możliwości zmiany terminu realizacji umowy w sytuacji, w której Wykonawca nie uzyskałby od rzeczoznawców wszystkich niezbędnych uzgodnień dla sporządzonej dokumentacji budowlanej”.

Zatem Zamawiający zawierając umowę z Pracownią Kosztorysową Jarosław Dołkowski prawie dwa miesiące później niż pierwotnie zakładał przyczynił się do zwiększenia ryzyka nieterminowej realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie określając w § 8 umowy nr ON.2004.187.2015 klauzulę w zakresie zmiany terminu realizacji zamówienia przewidział sytuację, która może spowodować, iż zamówienie polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej nie zostanie zrealizowane w terminie. W związku z powyższym nie można uznać, że okoliczności skutkujące przesunięciem terminu sporządzenia dokumentacji projektowej nie wynikały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, których nie mógł przewidzieć.

W dalszej kolejności nie można zgodzić się z Zamawiającym, że zwiększenie kosztów realizacji zadania w dostarczonej dokumentacji projektowej oraz brak zgody Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej na przedłużenie terminu realizacji zadania uzasadniały zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Maksymalny poziom dofinansowania oraz terminy realizacji zadań w zakresie utworzenia lub wyposażenia Dziennego Domu „Senior-WIGOR” zostały określone w Regulaminie konkursu, który został ogłoszony przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej w dniu 8 czerwca 2015 r. W punkcie III Regulaminu wskazano, iż w „ramach Programu Edycja 2015 przewiduje się możliwość dofinansowania projektów jednorocznych, tj. realizowanych wyłącznie w 2015 r. (...). Nieprzekraczalny termin zakończenia zadania: 31 grudnia 2015 r.”. Z kolei w punkcie IV w/w Regulaminu wskazano, iż „podmioty mogą ubiegać się o uzyskanie środków finansowych przeznaczonych na jednorazowe wsparcie finansowe na utworzenie lub wyposażenie Dziennego Domu „Senior-WIGOR” w wysokości do 80% całkowitego kosztu realizacji zadania, które nie może być wyższe niż 250 tys. zł, z tym, że wysokość środków z budżetu państwa przeznaczonych na adaptację pomieszczeń lub budynku nie może być wyższa niż 180 tys. zł, natomiast dodatkowo jednorazowa kwota dotacji przeznaczona na wyposażenie Dziennego Domu „Senior-WIGOR” nie może być wyższa niż 70 tys. zł.”. Z umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Ministerstwem Pracy i Polityki Społecznej w dniu 22 września 2015 r. wynika, iż zarówno kwota dofinansowania, jak i termin realizacji zadania zostały ustalone na maksymalnych poziomach. Zatem brak zgody Ministerstwa na przedłużenie terminu realizacji zadania nie można traktować jako sytuację wyjątkową, której Zamawiający nie mógł przewidzieć.

Należy zauważyć, że zawarcie umowy na udzielenie dotacji, ze wskazaniem jej ściśle określonego terminu wydatkowania nie może stanowić przesłanki do zastosowania trybu

z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako argument świadczący o wystąpieniu sytuacji wyjątkowej, albowiem jest to sytuacja występująca w stosunkach pomiędzy jednostkami sektora finansów publicznych i nie wykracza poza przewidziane obowiązującym prawem procedury ich otrzymywania i wydatkowania. Inaczej mówiąc, zasady przyznawania takich środków są uregulowane prawnie i dotyczą wielu podmiotów sektora finansów publicznych.

W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS) za nieprzewidywalną nie może być uznana konieczność dochowania określonych terminów. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu. Tym samym, podpisanie umowy nr 301/2015/WIGOR z dnia 22 września 2015 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a Ministerstwem Pracy i Polityki Społecznej dotyczącej dotacji celowej na realizację w/w zadania, narzucającej konieczność wydatkowania środków finansowych w terminie do 31 grudnia 2015 r. nie stanowi takiej sytuacji. Realizacja zobowiązań umownych w określonym terminie nie jest bowiem uznawana za sytuację wyjątkową i nieprzewidywalną, albowiem jest sytuacją występującą w stosunkach handlowych i nie wykracza poza normalne uwarunkowania gospodarcze. Powyższe zostało potwierdzone w opinii rzecznika generalnego Michaela Bendik Elmer w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko Niemcom, który wskazał, iż *„gdyby państwa członkowskie mogły odstąpić od stosowania podstawowych procedur przetargowych za każdym razem, gdy zagrożona jest realizacja zaciągniętych zobowiązań umownych, zakres zastosowania wyjątku przewidzianego w dyrektywie byłby niezmiernie szeroki (pkt 18)”*.

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, a tym samym Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 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.

Z poważaniem
P. 9.11