

Sygn. akt: KIO/KD 99/14

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 13 listopada 2014 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 15 października 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Powiat Żyrardowski**  
**ul. Limanowskiego 45**  
**96-300 Żyrardów**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 września 2014 r.,  
(znak: UZP/DKD/WZK/421/64(2)/14/MT)

w przedmiocie postępowania na:

*Remont pomieszczeń w budynku przy ul. Armii Krajowej 3 w celu uruchomienia Środowiskowego Domu Samopomocy w Żyrardowie*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Marek Szafraniec
Członkowie:	Małgorzata Stręciwilk
	Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

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

## Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Żyrardowski – odwołując się do przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, przeprowadził w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Remont pomieszczeń w budynku przy ul. Armii Krajowej 3 w celu uruchomienia Środowiskowego Domu Samopomocy w Żyrardowie*”. W pisemnym protokole postępowania, uzasadniając powody zastosowania tego właśnie trybu udzielania zamówienia Zamawiający wskazał, iż jest zmuszony do zastosowania trybu niekonkurencyjnego z uwagi na krótki okres, jaki ma na przeprowadzenie postępowania, podpisanie umowy, wykonanie prac, doposażenie i uruchomienie Środowiskowego Domu Samopomocy (ŚDP), oraz wydatkowanie środków. Wyjaśnił również, że po otrzymaniu informacji o przyznaniu środków niezwłocznie rozpoczęte zostały starania do przygotowania postępowania, jednakże w ich trakcie ustalono, że obiekt położony jest w strefie ochrony konserwatorskiej i należy skonsultować rodzaj i zakres prac z Miejskim Konserwatorem Zabytków, kosztorysy musiały zostać zaktualizowane. Podniósł ponadto, że równolegle prowadzone były prace związane z zawarciem umowy o użytkowaniu lokalu z gminą. Wszystko to uzasadniało zdaniem Zamawiającego powołanie się na art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP lub Kontrolującym, przeprowadził kontrolę doraźną tegoż postępowania w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. W jej wyniku stwierdził on, że Zamawiający powołując się na przepis art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp wszczął i przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, do czego w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie był uprawniony (w przekazanych Kontrolującemu dokumentach nie wykazał zaistnienia okoliczności uzasadniających skorzystanie z tegoż trybu udzielenia zamówienia), tym samym bezpodstawnie odstąpił od stosowania trybów podstawowych, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazywał, iż 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 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 zamówienia z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

1. wyjątkowa sytuacja,
2. przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
3. sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
4. wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
5. nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Wymienione powyżej przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie, a pomiędzy nimi powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy. Prezes UZP, w oparciu o ustalenia dokonane podczas kontroli, stwierdził, iż Zamawiający nie wykazał zaistnienia wszystkich przywołanych powyżej przesłanek skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Mając na celu uzasadnienie powyższych twierdzeń, Prezes UZP podnosił, iż Zamawiający nie wykazał, że sytuacja, w jakiej się znalazł jest sytuacją wyjątkową, której nie dało się przewidzieć, tzn. taką, której zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, a przewidywalność jej zaistnienia określona zostałaby w sposób obiektywny. W ocenie Prezesa UZP nie stanowi takiej wyjątkowej sytuacji zaistnienie okoliczności wskazanych przez Zamawiającego, tj. zawarcie umowy w sprawie udzielenia dotacji, w której zakreślono krótki okres jej realizacji (szczególnie wobec faktu, iż pierwsze informacje o przyznaniu tej dotacji Zamawiającemu uzyskał on już w dniu 11 sierpnia 2008 r.). Kontrolujący w tym kontekście podnosił również to, że działania podjęte przez Zamawiającego, były przez niego już wcześniej planowane (opracowane zostały kosztorysy, które później były zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego aktualizowane), stąd nie można w tym przypadku mówić o sytuacji wyjątkowej, której nie dało się przewidzieć.

Niezależnie od powyższego Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Stanął on na stanowisku, iż wobec faktu zawarcia umowy w sprawie zamówienia w dniu 3 października 2011 r. oraz zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 lutego 2012 r., zamawiający uchybił ciążącemu na nim obowiązkowi niezwłocznej publikacji powołanego ogłoszenia.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami, określonymi w ustaleniach kontrolnych, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wraz z pismem z dnia 30 września 2011 r. (znak:

UZP/DKD/WKZ/421/64(2)/14/MT), przekazał je Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń do wyników kontroli.

Pismem z dnia 10 października 2011 r., doręczonym Prezesowi UZP w dniu 15 października 2014 r., Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający w powołanym piśmie zawarł twierdzenie, iż z analizy treści przekazanej mu informacji o wynikach kontroli doraźnej wynika, że Prezes UZP nie uwzględnił okoliczności, iż ocenę zasadności zastosowanego przez Zamawiającego trybu udzielenia zamówienia należy dokonywać nie tracąc z oczu przedmiotu, trybu i formy działalności prowadzonej przez oceniany podmiot, a także chronologii zdarzeń istotnych w jego sprawie. Przywoływał on daty tych zdarzeń:

- 12 września 2011 r. – doręczenie Zamawiającemu projektu porozumienia w sprawie udzielenia dotacji,
- 15 września 2011 r. – zawarcie umowy użyczenia lokalu, w którym miał zostać utworzony ŚDP,
- 16 września 2011 r. – telefoniczne przekazanie wykonawcy zaproszenia do negocjacji poprzedzających podpisanie umowy, a przeprowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp,
- 19 września 2011 r. – osobiste odebranie przez wykonawcę powołanego zaproszenia,
- 26 września 2011 r. – negocjacje z zaproszonym wykonawcą,
- 3 października 2011 r. – podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 3 października 2011 r. – 30 listopada 2011 r. – okres realizacji przedmiotu umowy,
- 23 listopada 2011 r. – zawarcie porozumienia w sprawie udzielenia dotacji.

Zamawiający, powołując się na tak ustaloną kolejność zdarzeń i następujące po sobie czynności przez niego dokonywane, podnosił, iż z uwagi na upływający czas nie miał możliwości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym, którego średni czas trwania w przypadku robót budowlanych oszacował na 38 dni. Uwzględnienie tego terminu w przedstawionym kalendarzu zdarzeń spowodowałoby przesunięcie zakończenia okresu realizacji (ustalonego przez Zamawiającego na 60 dni) na ostatni tydzień grudnia 2011 r., co naruszałoby zawarte przez Zamawiającego porozumienie w sprawie udzielenia dotacji. Zgodnie z nim Zamawiający był bowiem zobowiązany do uruchomienia ŚDP w grudniu 2011 r.

Zamawiający twierdził, iż zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2010 r. w sprawie Narodowego Programu Ochrony Zdrowia Psychicznego ciążył na nim obowiązek powołania jednostki świadczącej usług, których realizację zapewniać miał ŚDP.

W jego ocenie możliwość otrzymania dotacji była dla niego jedyną, realną szansą na podjęcie konkretnych działań zmierzających do wypełnienia ciążącego na nim obowiązku. Podnosił również, że nie miał żadnego wpływu na fizyczne przekazanie środków, zaznaczał przy tym, że „*podjęcie czynności udzielenia zamówienia można podjąć mając środki finansowe do dyspozycji*”. Stał również na stanowisku, iż przesłance „*nieprzewidywalności*” nie można przypisywać charakteru absolutnego. Podkreślał również, że niewykorzystanie przez niego otrzymanej dotacji zgodnie z jej przeznaczeniem rodziłoby po jego stronie obowiązek jej zwrotu wraz z odsetkami, co uznane zostałyby za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odwoływał się on również do elementu doświadczenia życiowego, wskazując, że wobec tego, że część prac objętych przedmiotem zamówienia stanowiły roboty wykonywane na zewnątrz budynku, zasadniej było przeprowadzić je w październiku, niż w grudniu.

Zarzucanego mu przez Prezesa UZP naruszenia przepisu art. 95 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający nie kwestionował.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 29 października 2014 r. (znak: UZP/DKD/WZK/421/64(6)/14/MT), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżeń nie uwzględnił, przekazując je, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP ustaliła, co następuje.

Pierwszą, istotną dla rozstrzygnięcia sprawy okolicznością jest ustalenie przez Izbę zakresu regulacji art. 167 nowej ustawy Pzp. W świetle przepisu art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej. Dalej, zgodnie z art. 167 ust. 3 nowej ustawy Pzp, Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż rozstrzygając o zasadności wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń zobowiązana jest uwzględnić informację o stwierdzeniu naruszenia wraz z aktami kontroli oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, iż Zamawiający w dniu 3 października 2011 r., po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, z powołaniem się na przepis art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, zawarł umowę na realizację zadania *Remont pomieszczeń*

w budynku przy ul. Armii Krajowej 3 w celu uruchomienia Środowiskowego Domu Samopomocy w Żyrardowie. Jak ustaliła Izba, daty dzienne i przypisane przez Zamawiającego do nich kolejne zdarzenia, do których odwoływał się on w rozpoznawanych zastrzeżeniach, znajdują potwierdzenie w przedstawionych Izbie dokumentach.

Ponad przywołane przez Zamawiającego okoliczności, Izba ustaliła, że pismem z dnia 11 sierpnia 2011 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 19 sierpnia 2014 r., Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie, nawiązując do wcześniejszego wystąpienia Zamawiającego w tej sprawie, poinformował go o przekazaniu przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej na cel utworzenia ŚDP w Żyrardowie wskazanej w tym piśmie kwoty. W piśmie tym zawarte zostało również wezwanie (skierowane do Zamawiającego) do podjęcia stosownych działań związanych z utworzeniem placówki. W dniu 28 października 2014 r. Rada Powiatu Żyrardowskiego podjęła uchwałę nr XII/76/11 w sprawie utworzenia ŚDP w Żyrardowie.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba, oceniając zasadność zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, podzieliła argumentację przedstawioną przez Prezesa UZP i uznała ją za słuszną. Podzielając stanowisko Prezesa UZP, Izba uznała, iż Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w informacji o stwierdzeniu naruszenia. Nie wykazał on bowiem, że w rozpatrywanej sprawie istniały okoliczności, uzasadniające skorzystanie ze szczególnego trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki.

Za przyjęciem takiego stanowiska przemawiają, w ocenie Izby, następujące argumenty.

W rozstrzyganym przypadku Zamawiający we wrześniu 2011 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, mając na celu udzielenie zamówienia, którego realizację nakładał na niego, jak sam to Zamawiający twierdził, akt prawny wydany w roku 2010. Co istotne, a co pośrednio wynika ze stanowiska Zamawiającego, planował on tę realizację w terminie wcześniejszym. Skoro bowiem we wrześniu 2011 r. Zamawiający posiadał kosztorysy opisujące roboty stanowiące przedmiot zamówienia, musiał podejmować już wcześniej starania mające na celu realizację planowanych robót, choćby poprzez sporządzenie tychże kosztorysów. Wynika to ze stwierdzenia Zamawiającego, iż posiadane przez niego kosztorysy musiały zostać zaktualizowane, ze względu na powzięcie przez niego wiadomości, że obiekt, w którym roboty te miały być wykonane, położony jest w strefie ochrony konserwatorskiej.

Co istotne, Zamawiający w rozpoznawanej sprawie zdaje się w ogóle nie zauważać treści pisma z dnia 11 sierpnia 2014 r. pochodzącego od Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie. Z pisma tego w sposób jednoznaczny wynika, że przekazane zostały środki, które miały posłużyć Zamawiającemu do sfinansowania realizowanego przez niego zadania. Zamawiający, jak wynika z prezentowanego przez niego stanowiska, odpowiednie działania podjął dopiero we wrześniu, po otrzymaniu od Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego kolejnych pism (projektu porozumienia w sprawie udzielenia dotacji) i to pomimo zawartego w piśmie z dnia 11 sierpnia 2011 r. wyraźnego wezwania do podjęcia stosownych działań związanych z utworzeniem ŚDP.

Wobec faktu, iż Zamawiający już wcześniej planował powołanie ŚDP i uruchomienie go w konkretnej lokalizacji, nie sposób przyjąć, że w rozpoznawanej sprawie zaistniała wyjątkowa sytuacja, nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. Jak to już zostało ustalone, Zamawiający przed wrześniem 2011 r. podejmował działania zmierzające do powołania ŚDP, m.in. opracował odpowiednie kosztorysy (które we wrześniu 2011 r. tylko aktualizował) – tym samym już na etapie ich opracowania musiał zakładać realizację robót w konkretnej lokalizacji (fakt ten wynika z natury kosztorysu, który opisywać powinien zakładany przez inwestora zakres prac niezbędnych do wykonania na ściśle określonym obiekcie budowlanym). Przy dochowaniu należytej staranności, winien on mieć świadomość, że obiekt, w którym planuje przeprowadzenie opisanych w kosztorysie robót jest położony w strefie ochrony konserwatorskiej. Co równie istotne, Zamawiający nie wykazał też okoliczności, które uniemożliwiłyby mu (pomimo opracowania we wcześniejszym terminie kosztorysów) zawarcia z właścicielem lokalu (gminą Żyrardów) odpowiednich porozumień o przekazaniu pomieszczeń niezbędnych dla uruchomienia ŚDP. Tym samym, nie wykazał on, że pomieszczenia te nie mogły mu zostać udostępnione w terminie wcześniejszym tak, aby zabieganie o ich użyczenie nie kolidowało w czasie z procedurą udzielania zamówienia. Zamawiający twierdził, iż „*podjęcie czynności udzielenia zamówienia można podjąć mając środki finansowe do dyspozycji*”. Zdawał się jednak nie zauważać faktu, iż porozumienie w sprawie udzielenia dotacji podpisane zostało w dniu 23 listopada 2011 r., a zamówienia udzielił on (zawarł umowę z wykonawcą) w dniu 3 października 2011 r., a więc znacznie wcześniej. Jak wynika z argumentacji Zamawiającego, podejmując decyzję o podpisaniu umowy miał na względzie otrzymanie w dniu 12 września 2011 r. projektu powołanego porozumienia, które to zdarzenie było dla niego impulsem do podjęcia działań zmierzających do udzielenia zamówienia. Izba nie doszukała się w rozpoznawanej sprawie powodów, dla których za taką właśnie datę graniczną nie mógł zostać uznany dzień 19 sierpnia 2011 r., kiedy to Zamawiającemu zostało doręczone powoływane już pismo z dnia 11 sierpnia 2011 r.

W ocenie składu orzekającego to właśnie po tym dniu Zamawiający winien zintensyfikować swe działania zmierzające do realizacji planowanego przez siebie przedsięwzięcia. Samo zaś zestawienie dat opisujących okres realizacji przedmiotu umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia przez Zamawiającego kontrolowanego postępowania z datą podpisania ostatecznego porozumienia w sprawie udzielenia Zamawiającemu dotacji, pozwala stwierdzić, że ta ostatnia data nie była dla Zamawiającego decydującą przy podejmowaniu decyzji o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Istotną dla niego była wyłącznie „promesa” otrzymania dotacji, a tę przekazano mu wraz z pismem z dnia 11 sierpnia 2011 r.

Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający, na etapie przeprowadzania postępowania, nie uzasadnił w sposób dostateczny skorzystania z trybu udzielenia zamówienia zastrzeżonego do wyjątkowych, enumeratywnie wyliczonych przypadków. Uzasadnienie zawarte w protokole postępowania nie może zostać uznane za wystarczające. Podobnie argumentacja Zamawiającego zaprezentowana na etapie zastrzeżeń do informacji o wyniku kontroli doraźnej nie umożliwia uznania tychże zastrzeżeń za zasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, iż słusznie Prezes UZP wskazywał, że Zamawiający nie wykazał, iż w zaistniałym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia określony przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż okoliczności naruszeń wskazanych przepisów ustawy ponoszone przez Prezesa UZP znalazły potwierdzenie w aktach kontroli.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....