

Warszawa, dnia 14 sierpnia 2009r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Dariusz Piasta

UZIP/DKUE/KN/43/2009

Informacja o wyniku kontroli doraźnej - następce**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.**

Zamawiający: Miasto Jastrzębie Zdrój
Al. Józefa Piłsudskiego
44 – 335 Jastrzębie Zdrój

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: „Modernizacja ulicy Libowlec jako drogi dojazdowej do terenów inwestycyjnych w Jastrzęblu Zdroju – zadanie współfinansowane ze środków Unii Europejskiej”

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony,
zamówienie z wolnej ręki

Wartość zamówienia: 7 477 935,70 zł (1 847 863,92 euro),
210 113,34 zł (51 920,96 euro)

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku**1) Postępowanie na udzielenie zamówienia podstawowego w trybie przetargu nieograniczonego**

1. Pismem z dnia 5 kwietnia 2005r. zamawiający poinformował konsorcjum firm reprezentowane przez Eurovia Polska S.A. o wykluczeniu ww. wykonawcy z postępowania ze względu na złożenie przez niego zaświadczeń z KRK w oparciu o nieobowiązujące rozporządzenie. Zamawiający argumentował, że informacje z Krajowego Rejestru Karnego, wydane po dniu 06.05.2004r., tj. po dniu wejścia w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2004r. nr 71, poz. 645), winny w swej treści odnosić się do art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Informacje KRK wystawione na nazwiska: Edward Gulla i Piotr Malczewski, dołączone do oferty ww. wykonawcy, wydane 27.09.2004r., a więc po wejściu w życie przedmiotowego rozporządzenia, w swej treści odnosiły się do art. 19 ust. 1 pkt 5 ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994r. (Dz. U. nr 19 z 1994r. poz. 773). W związku z powyższym zamawiający wykluczył ww. wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy, a następnie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Wzory formularzy zapytania o udzielenie informacji o osobie oraz informacji o osobie z Krajowego Rejestru Karnego zostały określone rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U.03.198.1930 ze zm.).

Zgodnie z § 11 ust. 1 ww. rozporządzenia, w przypadku gdy dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioszek, są zgromadzone w Rejestrze, informacji o osobie z Rejestru udziela się na formularzu informacji o osobie z Krajowego Rejestru Karnego. Do informacji załącza się nadesłane zapytanie lub wnioszek. Jeśli zaś dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioszek, nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wnioszek, zgodnie z treścią § 11 ust. 2 ww. rozporządzenia, zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją "NIE FIGURUJE".

W powyższym przypadku wykonawca wykluczony z postępowania przedstawił informację z KRK dotyczącą p. Edwarda Gulla i p. Piotra Malczewskiego w postaci wypełnionego formularza zapytania o udzielenie informacji o osobie z adnotacją, o której mowa w § 11 ust. 2 ww. rozporządzenia, tj. „NIE FIGURUJE”. Powyższe oznacza, że wyżej wskazane osoby, których dotyczyły informacje z KRK, nie figurują w ogóle w Krajowym Rejestrze Karnym i tym samym należy wnioskować a maiori ad minus, iż nie figurują także w zakresie określonym w art. 24 ust. 4 - 8 ustawy w brzmieniu obowiązującym w czasie przeprowadzenia przedmiotowego postępowania. Tym samym należy stwierdzić, iż ww. wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu i został wykluczony przez zamawiającego z udziału w postępowaniu z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Wartość szacunkowa przedmiotowego postępowania, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, została ustalona na kwotę 7 477 935,70 zł, co stanowi

równowartość 1 847 863,92 euro. Stosownie do treści art. 26 ust. 1 ustawy, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, w postępowaniach o wartości zamówienia przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, zamawiający w celu potwierdzenia, że wobec wykonawców nie zachodzą przesłanki wykluczenia zobowiązany jest żądać odpowiednich dokumentów określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2004r. Nr 71, poz. 645).

Stosownie do treści § 1 ust. 1 powyższego rozporządzenia, w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy, zamawiający zobowiązany był żądać w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę dokumentów wymienionych w tym przepisie. W stosunku zaś do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 1, 5 i 6 rozporządzenia, zamawiający powinien był żądać złożenia przez nich dokumentu lub dokumentów, wystawionych w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wymienionych w § 2 rozporządzenia.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wskazał dokumentów, jakie powinni byli złożyć wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, do czego był zobowiązany na mocy art. 26 ust. 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, przez co naruszył dyspozycję ww. przepisu.

3. W ogłoszeniach zamieszczonych na tablicy ogłoszeń i na stronie internetowej zamawiającego oraz opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamawiający zamieścił informację o warunkach udziału w postępowaniu bez wskazania dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia ich spełniania określonych w SIWZ.

Zgodnie z brzmieniem art. 41 pkt 7) ustawy ogłoszenie o zamówieniu umieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej zawiera opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Nie wskazując opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w treści ogłoszeń o zamówieniu, zamawiający uchybił dyspozycji art. 41 pkt 7 ustawy.

II) Postępowanie na udzielenie zamówień dodatkowych w trybie zamówienia z wolnej ręki

Umowa IKI 08130-428-W/2005 zmieniająca umowę nr IKI 08130-147-W/2005 została zawarta w dniu 4 listopada 2005r. W oparciu o ww. umowę zmieniającą, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5b) ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający udzielił dla zadania pn. „Modernizacja ulicy Libowiec jako drogi dojazdowej do terenów inwestycyjnych w Jastrzębli Zdroju – zadanie współfinansowane ze środków Unii Europejskiej” zamówienia dodatkowego w zakresie wykonania:

- kanalizacji deszczowej,
- oświetlenia ulicznego,
- przebudowy zatoki autobusowej,
- zabezpieczenia kabla teletechnicznego,
- oznakowania,
- robót przygotowawczych i ziemnych,
- zjazdów na posesję,
- nawierzchni bitumicznej,

tj. robót określonych w protokołach konieczności z dnia 15.08.2005r., 30.08.2005r., 14.07.2005r., 26.09.2005r. oraz 03.10.2005r.

Zgodnie z art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia postępowania zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 20 % 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.

Jak wynika z dokumentacji związanej z przedmiotowym postępowaniem oraz wyjaśnień zamawiającego roboty dodatkowe opisane w ww. protokołach konieczności z dnia 26 września i 3 października 2005r. zostały wykonane na innym odcinku ul. Libowiec niż odcinek objęty umową w sprawie udzielenia zamówienia podstawowego z dnia 22 kwietnia 2005r. Zamawiający w protokole konieczności z dnia 26.09.2005r. stwierdził konieczność wykonania wzmocnienia podbudowy bitumicznej oraz ułożenie warstwy ściernalnej (SMA) na odcinku od ul. Żytniej do ul. Świerczewskiego. Wzmocnienie podbudowy

bitumicznej wraz z ułożeniem warstwy ścieralnej (SMA) od ul. Żytniej do ul. Świerczewskiego wynikało z konieczności dostosowania parametrów technicznych ww. odcinka ul. Libowiec, do klasy nośności KR3, jaka była przewidziana w Projekcie Budowlanym. Przedmiotowy odcinek ul. Libowiec został wyremontowany w okresie od 1999 – 2002. W tym okresie ul. Libowiec nie była traktowana jako południowa obwodnica miasta i w związku z tym jej nośność nie była przewidywana dla obciążeń ruchem ciężkim KR 3. Konsekwencją wykonania wzmocnienia podbudowy bitumicznej oraz ułożenia warstwy ścieralnej (SMA) na tym odcinku ul. Libowiec były następnie roboty określone w dwóch protokołach konieczności z dnia 3 października 2005r. Z uzasadnienia znajdującego się w protokole konieczności dotyczącym zabezpieczenia kabla telekomunikacyjnego wynika, że w trakcie prowadzenia robót budowlanych na odcinku od ul. Żytniej do ul. Świerczewskiego natrafiono na grunty nawodnione i nienośne, w związku z czym nastąpiła konieczność wymiany gruntu. Podczas wykonywania tych prac, natrafiono na linię teletechniczna przechodzącą pod ul. Libowiec. W miejscu wystąpienia kolizji wykonawca obniżył istniejącą infrastrukturę telekomunikacyjną tak, aby nie przebiegała przez warstwy konstrukcyjne nawierzchni. Dodatkowo linia telekomunikacyjna została zabezpieczona poprzez założenie rur ochronnych poza krawędź rowów odwadniających.

Z kolei w drugim protokole konieczności z dnia 3 października 2005r. dotyczącym zatoki autobusowej, zamawiający uzasadnił, iż w związku z wykonaniem wzmocnienia odcinka ul. Libowiec od ul. Żytniej do ul. Świerczewskiego pod obciążenie KR3 wystąpiła konieczność korekty niwelety istniejącej zatoki autobusowej. W związku z tym rozebrano istniejącą kostkę betonową. Równocześnie na odcinku 12 metrów ułożono krawężnik betonowy w miejscu skrzyżowania ul. Żytniej z ul. Libowiec. Również biegły powołany w kontroli NIK w sprawie przedmiotowego postępowania stwierdził, iż konieczność przebudowy zatoki autobusowej została spowodowana wykonaniem nakładki bitumicznej na odcinku ul. Libowiec wykonanym poza kontraktem, tj. od ul. Żytniej do ul. Świerczewskiego i dostosowania jej wysokości do nowej niwelety.

W zakresie ww. robót wykluczyć należy co najmniej jedną przesłankę niezbędną dla udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Mianowicie zamawiający, mimo złożenia dodatkowych wyjaśnień, nie wykazał, że udzielenie zamówienia dodatkowego wynikało z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Fakt, iż zamawiający nie przewidział powyższej sytuacji nie jest równoznaczny z niemożliwością jej przewidzenia, a jedynie brakiem należytej staranności w przygotowaniu postępowania. Zamawiający wyjaśnił, iż odcinek ul. Libowiec, na którym wykonano ww. roboty dodatkowe, był wcześniej remontowany w czterech etapach w latach 1999 – 2002. Wykonane remonty nie uwzględniały jednak wykonania rowów odwadniających, co w połączeniu ze słabymi gruntami w podłożu spowodowało, iż pod wpływem obciążeń dynamicznych związanych

z ruchem pojazdów (głównie ciężarowych) nawodniona konstrukcja nawierzchni traciła nośność, czego efektem były spękania powierzchniowe na nawierzchni. Przeglądy gwarancyjne uwidoczniły włosowate spękania i ubytki w nawierzchni świadczące o zbyt słabej konstrukcji. Po okresie zimowym 2004/05 powstawały liczne wyrwy w nawierzchni asfaltowej. Dalej zamawiający pisze w wyjaśnieniach, iż wskutek prowadzenia wieloetapowego remontu nie można było osiągnąć odpowiedniego profilu drogi (załamania w miejscach styku), zaś duża liczba połączeń technologicznych powodowała osłabienie konstrukcji (przenikanie wody deszczowej w miejscach połączeń). Wyjaśnienia zamawiającego świadczą o tym, że ujawnienie się ww. ubytków nawierzchni nie mogło nastąpić dopiero po 3 latach od ostatniego remontu, tj. latem 2005r. W nawiązaniu do wyjaśnień zamawiającego należy stwierdzić, iż zdawał on sobie sprawę z efektów remontów częściowych przeprowadzonych w latach poprzednich już na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, tj. w styczniu 2005r., a tym bardziej w czasie sporządzania protokołów konieczności od czerwca do października 2005r. i dlatego nie może się powoływać na przesłankę nieprzewidywalności w celu uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

W niniejszej sprawie nie można także przyjąć, że udzielenie zamówienia dodatkowego w zakresie robót na innym odcinku drogi było niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Zamówieniem podstawowym była bowiem modernizacja konkretnego odcinka ul. Libowiec od ul. Cieszyńskiej do ul. Żytniej, do czego nie była niezbędna modernizacja innego odcinka od ul. Żytniej do ul. Świerczewskiego. Innymi słowy: prawidłowe wykonanie odcinka ulicy objętego zamówieniem podstawowym mogło nastąpić bez remontu kolejnego odcinka. Tym bardziej za niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego nie można uznać wykonania robót związanych z wykonaniem remontu na odcinku nie objętym zamówieniem podstawowym, tj. zabezpieczenia kabla teletechnicznego oraz przebudowy zatoki autobusowej, opisanych w protokołach konieczności z dnia 3 października 2005r.

Ponadto przesłankę wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia należy również wykluczyć w przypadku robót dodatkowych opisanych w protokole konieczności z dnia 14 lipca 2005r., wykonanych na odcinku ul. Libowiec od ul. Cieszyńskiej do ul. Żytniej (odcinek objęty zamówieniem podstawowym). W protokole tym stwierdzono konieczność wykonania studzienki ściekowej KR 8 w rejonie ul. Żytniej, podłączenia rynny do studni D1, D2, D3, wykonania odwołania liniowego dł. 6,0 m przy ul. Cieszyńskiej. Z uzasadnienia przytoczonego w protokole wprost wynika, że wykonanie ww. prac było zawarte w Projekcie Budowlanym, natomiast nie zostały one uwzględnione w Przedmiarze Robót. A zatem nie była to sytuacja niemożliwa do przewidzenia, gdyż Projekt Budowlany był

znany w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, zaś powstała rozbieżność wynika z nierzetelnego sporządzenia Przedmiaru Robót.

W związku z powyższym, wobec niespełniania niezbędnych przesłanek dla udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający, udzielając przedmiotowego zamówienia w tym trybie, naruszył dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia postępowania.

Ponadto w odniesieniu do trzech z ww. protokołów konieczności, na podstawie załączonej do nich dokumentacji, *(dokumentacja dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego została dostarczona przez zamawiającego w odrębnym skrócie)*, można stwierdzić, że wymienione w nich roboty dodatkowe zostały wykonane jeszcze przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego, tj. przed 28 października 2005r. I tak wraz z protokołem konieczności z dnia 15.06.2005r., sporządzonym na podstawie notatki służbowej z dnia 30.05.2005r., w którym stwierdzono wystąpienie konieczności przebudowy linii oświetlenia ulicznego przy modernizacji ulicy Libowiec, znajduje się Protokół z odbioru technicznego Modernizacji oświetlenia przy ul. Libowiec w Jastrzębiu Zdroju z datą 21 września 2005r. Ww. protokół z odbioru technicznego potwierdza fakt odbioru wykonanego przez firmę „Wagner” S.C. na zlecenie firmy STRABAG Sp. z o.o. remontu oświetlenia w zakresie wymiany 7 sztuk słupów betonowych na stalowo – ocynkowane prod. Kromis wraz z zabudową 7 sztuk opraw SL 100 pochodzących z demontażu oraz ułożeniem 275 mb kabla YAKY 4 x 35 mm²) i wymienia okres wykonania robót jako wrzesień 2005r.;

Następnie wraz z protokołem konieczności z dnia 30.06.2005r., sporządzonym na podstawie pisma IKI 2228-13-11/05 z dnia 10.06.2005r., w którym stwierdzono wykonanie montażu dodatkowego oznakowania „Dojazd Do stacji LPG”, znajduje się, ww. pismo IKI 2228-13-11/05 p. Marii Pilarskiej – naczelnika Wydziału, w którym zleca ona kierownikowi budowy wydzielenie z placu budowy drogi dojazdowej do stacji paliw AUTOGAZ, umieszczenie na oznakowaniu tablicy informującej o dojeździe do stacji LPG i wykonanie zabezpieczenia wydzielonej trasy w uzgodnieniu z Inspektorem Nadzoru. W ww. protokole konieczności z dnia 30.06.2005r. uzasadniono podjęcie decyzji o wykonaniu robót licznymi skargami właściciela stacji paliw AUTOGAZ dotyczącymi utrudnień w dojazdach dla klientów. Dlatego też wydzielono z placu budowy drogę dojazdową do ww. zakładu. Umieszczono również dodatkowe oznakowanie (od ul. Cieszyńskiej) informujące o dojeździe do stacji LPG. Sposób zabezpieczenia wydzielonej trasy wykonano w uzgodnieniu z Inspektorem Nadzoru.

Natomiast w protokole konieczności z dnia 03.10.2005r., sporządzonym zgodnie z notatką służbową z dnia 13.07.2005r. stwierdzono konieczność wykonania zabezpieczenia kabla telekomunikacyjnego wraz z nadzorem branżowym. Z przytoczonego w protokole uzasadnienia wynika m.in., że wszystkie prace prowadzone były pod nadzorem branżowym

firmy „El-Tel”. Użyta w protokole forma czasu przeszłego, (która de facto wystąpiła również w wyżej przytoczonej treści protokołu z dnia 30.08.2005r.), a także znajdująca się razem z nim faktura VAT nr 21/07/2005 za sprawowany nadzór branżowy nad ww. pracami wystawiona przez Przedsiębiorstwo Robót Elektrycznych i Telekomunikacyjnych „El-Tel” Sp. z o.o. w dniu 29.07.2005r., pozwalają stwierdzić, iż ww. roboty zostały wykonane przed sporządzeniem ww. protokołów końeczności, a co za tym idzie również przed podpisaniem umowy na udzielenie zamówienia dodatkowego z dnia 4 listopada 2005r.

Odnosząc się do wyżej opisanych faktów, należy uznać, iż zamówienie, którego przedmiotem były roboty określone przez zamawiającego mianem dodatkowych, opisane w protokołach końeczności z dnia 15.06.2005r., 30.06.2005r. i 03.10.2005r. (tj. protokołach sporządzonych odpowiednio na podstawie notatki służbowej z dnia 30.05.2005r., pisma IKI 2228-13-11/05 z dnia 10.06.2005r. i notatki służbowej z dnia 13.07.2005r.) zostało udzielone wykonawcy bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zawarcie umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, ale już po udzieleniu tego zamówienia świadczy o pominięciu procedury określonej przepisami. W takich okolicznościach dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wydaje się, że czynność zawarcia umowy w dniu 4 listopada 2005r. w zakresie ww. robót była zorientowana nie tyle na wywołanie skutków prawnych, ile na zachowanie pozorów formalnej poprawności dokonanych już czynności.

Informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli

