

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 8 maja 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 10 kwietnia 2015 r., do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”
ul. Żwirki i Wigury 1
00-906 Warszawa

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 3 kwietnia 2015 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/19(3)/15/KG; KNZ/8/15) przeprowadzonej w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.:

„Usługa kompleksowego utrzymania czystości obiektów i terenów zewnętrznych należących do Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie położonych w rejonie Terminala A polegająca na świadczeniu usługi pozostawania w gotowości oraz podjęcia kompleksowego świadczenia usługi utrzymania czystości wyznaczonych obiektów, pomieszczeń oraz terenu zewnętrznego Terminalu A Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie na żądanie Zamawiającego”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Członkowie: Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek-Bujak

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP lub Kontrolujący) wszczął kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *usługę kompleksowego utrzymania czystości obiektów i terenów zewnętrznych należących do Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie położonych w rejonie Terminala A polegająca na świadczeniu usługi pozostawania w gotowości oraz podjęcia kompleksowego świadczenia usługi utrzymania czystości wyznaczonych obiektów, pomieszczeń oraz terenu zewnętrznego Terminalu A Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie na żądanie Zamawiającego*, w zakresie legalności wyboru przez Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa – trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.); dalej „ustawa” lub „Pzp”.

Kontrola przeprowadzona została w okresie: 19.03 2015 r. – 3.04.2015 r.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 kwietnia 2015 r. Prezes UZP stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiającego nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Kontrolujący wskazał w konkluzji, że Zamawiającego naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Powyższa ocena stanowiła konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej:

Pismem z dnia 13 października 2014 r. Zamawiającego przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiającego wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 10 października 2014 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie DC System „Company” Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie. Umowa z ww. wykonawcą została zawarta w dniu 16 października 2014 r.

Z zawiadomienia wynika, że głównym przedmiotem działalności Zamawiającego jest zarządzanie portami lotniczymi oraz scentralizowaną infrastrukturą przeznaczoną do prowadzenia działalności lotniczej. W związku z powyższym, Zamawiającego w dniu 29 maja 2013 r. zawarł umowę ze spółką Airport Cleaning Service sp. z o.o., zwana dalej: „spółką

ACS", na świadczenie kompleksowych usług sprzątnia i utrzymania czystości m.in. Terminala A Lotniska Chopina w Warszawie oraz przylegających terenów zewnętrznych położonych zarówno w strefie zastrzeżonej lotniska, jak również poza tą strefą w granicach Portu Lotniczego. Z postanowień umowy wynika, że termin obowiązywania umowy został ustalony na 36 miesięcy od dnia 1 czerwca 2013 r.

Zamawiający nadmienił, że posiada 100% udziałów oraz dysponuje 100% ogólnej liczby głosów na Zgromadzeniu Wspólników spółki ACS, dlatego też zlecił spółce ACS świadczenie usług sprzątnia z wyłączeniem przepisów ustawy, zgodnie z dyspozycją art. 136 ust. 1 ustawy. Zamawiający dodał, że spółka ACS jest jedynym i wyłącznym dostawcą usług w zakresie sprzątnia, utrzymania porządku i czystości w obiektach i na terenach eksploatowanych przez Zamawiającego.

W dniu 9 października 2014 r. Zamawiający otrzymał pisma od Prokurenta spółki ACS oraz Wiceprzewodniczącego Rady Nadzorczej spółki informujące o możliwości przeprowadzenia akcji strajkowej przez pracowników spółki ACS. Zamawiający stwierdził, że ewentualna akcja strajkowa mogłaby doprowadzić do zaprzestania świadczenia usług utrzymania oraz sprzątnia pomieszczeń i powierzchni przylegających do Terminala A Portu Lotniczego Chopina w Warszawie. Wskazał, że strajk może być następstwem zmian w składzie zarządu spółki ACS oraz wynikającego z tego tytułu niezadowolenia pracowników.

Zamawiający wyjaśnił, że przeprowadził w ACS indywidualną kontrolę wspólnika, która ujawniła szereg nieprawidłowości. Powyższe okoliczności doprowadziły do odwołania Zarządu przez Radę Nadzorczą w dniu 25 września 2014 r. Rada Nadzorcza oddelegowała członka Rady do czasowego pełnienia funkcji Prezesa Zarządu. Ustanowiony został Prokurent. Powyższe działania miały na celu zapewnienie niezakłóconego zarządzania spółką ACS.

Zamawiający wskazał, że nastroje społeczne w spółce ACS były w tym okresie napięte, a działający w Spółce Niezależny Związek Zawodowy Pracowników ACS (zrzeszający większość pracowników) wystąpił w dniu 29 września 2014 r. z żądaniem zawarcia Zakładowego Układu Zbiorowego Pracy w kształcie tożsamym jak u Zamawiającego i wezwał do rozpoczęcia rokowań. Zdaniem Zamawiającego, zawarcie takiego układu spowodowałoby znaczne zwiększenie kosztów operacyjnych, a w konsekwencji zagrożenie wypłacalności i zakończenie działalności gospodarczej przez spółkę. Spółka ACS zwróciła się z wnioskiem o przesunięcie wyżej wymienionych rokowań do czasu rozstrzygnięcia konkursu na stanowisko prezesa zarządu spółki. Kolejnym z powodów napiętej sytuacji społecznej było żądanie części załogi ACS przywrócenia do pracy odwołanego Prezesa Zarządu, Dodatkowo, według Zamawiającego, trudną sytuację społeczną w spółce pogłębiały działania odwołanego Prezesa (m.in. zastraszanie

pracowników i informowanie ich o swoim powrocie na stanowisko, brak rozliczenia ze Spółką z powierzonego mienia). Spółka rozwiązała stosunek pracy z odwołanym Prezesem Zarządu na podstawie art. 52 § 1 pkt 1 Kodeksu pracy w trybie natychmiastowym z powodu ciężkiego naruszenia podstawowych obowiązków pracowniczych. Dodatkowo niepokój społeczny wzmagaly informacje o planach sprzedaży udziałów spółki ACS na rzecz prywatnego inwestora. Pracownicy, obawiając się o swoje miejsca pracy żądali zmiany tych planów.

Zamawiający wskazał, że zaprzestanie świadczenia usług utrzymania czystości w miejscu użyteczności publicznej jakim jest Terminal Międzynarodowego Portu Lotniczego, nie tylko groziło utratą renomy Lotniska, czy zamknięciem Portu, lecz również mogło zagrażać bezpieczeństwu, ułatwiając umieszczenie ładunków wybuchowych w nieopróżnionych koszach na śmieci. Zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki miało zatem wykluczyć wszelkie zagrożenia związane z nielegalnym strajkiem i ewentualnym zaprzestaniem pracy przez wszystkich pracowników dotychczasowego wykonawcy.

Zamawiający uznał, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, w przedmiotowym stanie faktycznym wyjątkową sytuację stanowiło realne ryzyko przeprowadzenia akcji strajkowej przez pracowników spółki ACS, co mogło się przyczynić do sparaliżowania bądź istotnego utrudnienia obsługi ruchu lotniczego. Wyjaśnił, że sytuacja ta była niezależna od podejmowanych przez niego działań. Wskazał, że co prawda jako jednoosobowy wspólnik spółki ACS dysponuje 100% udziałów w tej spółce i posiada nad nią kontrolę korporacyjną, rozumianą jako wyłączne prawo do powoływania członków organów tej spółki, ale nie ma on wpływu na zachowanie pracowników. Nadmieniał, że sytuacji tej nie mógł przewidzieć, ponieważ do dnia 9 października 2014 r. nie miał żadnej wiedzy oraz żadnych sygnałów dotyczących planowanego strajku. Powtórzył, że w przypadku wszczęcia akcji strajkowej bądź zaprzestania wykonywania pracy przez pracowników spółki ACS mogłoby dojść do uniemożliwienia normalnego funkcjonowania lotniska, dlatego też spełniona została przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia oraz niemożliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zamawiający poinformował, że we wrześniu 2014 r, po przeprowadzeniu kontroli działalności spółki ACS (w zakresie obrotów z najważniejszymi dostawcami za 2014 i 2013 rok) przez Biuro Kontroli Wewnętrznej Zamawiającego, podjął decyzję o przeprowadzeniu badania rynku usług utrzymania czystości (tzw. Request For Information, dalej: „RFI”).

W dniu 10 września 2014 r. Zamawiający skierował zapytania do następujących firm:

1. 7 Dni Serwis Czystości,
2. Amiux Sp. z o.o.,
3. Cleanex S.C,
4. Dussman Polska Sp. z o.o.,

5. Grupa Ever Sp. z o.o.,
6. Impel S.A. (przedstawiciel DC System),
7. Inwemer System Sp. z o.o.,
8. ISS Facility Sen/ices,
9. F.U.H. „strolux”,
10. ACS Sp. z o.o.

Oferty złożyły firmy:

1. Dussmann Polska Sp. z o.o. w dniu 23.09.2014 r. (tj. zgodnie z terminem),
2. DC System Company Sp. z o.o. (grupa Impel S.A.) w dniu 29.09.2014 r. (z uwagi na prośby potencjalnych wykonawców wydłużono termin),
3. ACS Sp. z o.o. w dniu 29.09.2014 (firma podtrzymała ceny, które obowiązują we wszystkich umowach zawartych pomiędzy Zamawiającym a ACS Sp. z o.o.);

Pozostałe firmy nie złożyły ofert.

Zamawiający wyjaśnił, że celem przeprowadzonej analizy rynku było ujednoczenie nazewnictwa, zmniejszenie częstotliwości niektórych usług oraz uzyskanie podstawy do negocjowania cen ze spółką ACS. Wynik zrealizowanego procesu RFI pozwolił stwierdzić, iż oferty uzyskane w przetargu zaadresowanym do szerokiego rynku powinny pozwolić na obniżenie kosztów w wysokości od 5% do 20%, przy średniej cenie niższej od obowiązującej w czasie kiedy sporządzane było RFI o około 17%.

W wyniku przeprowadzonego procesu RFI rozpoczęte zostały rozmowy z Zarządem spółki ACS mające na celu optymalizację warunków świadczenia usług, w tym zmniejszenie kosztów ponoszonych przez Zamawiającego.

Zamówienie zostało udzielone w trybie z wolnej ręki wykonawcy - DC System „Company” Sp. z o.o. Spółka Komandytowa w przedmiocie:

1. przygotowania oraz pozostawania Wykonawcy w gotowości technicznej (sprzęt i środki), kadrowej (pracownicy) i proceduralnej (przepustki, szkolenia) do natychmiastowego przystąpienia do realizacji procesów utrzymania czystości w sytuacji realizacji strajku,
2. przystąpienia do realizacji usług sprzątnia w sytuacji, gdyby firma ACS przystąpiła do strajku.

Zamawiający wyjaśnił, że spółka DC System „Company” Sp. z o.o. Spółka Komandytowa w procesie przeprowadzonego przez Zamawiającego miesiąc wcześniej badania rynku RFI przedstawiła najniższą cenę za realizację poszczególnych usług oraz posiadała niezbędne doświadczenie i referencje w zakresie świadczenia tego typu usług. Ponadto, za wyborem powyższego podmiotu przemawiał fakt, iż w przeszłości świadczył tego typu usługi na rzecz Zamawiającego. Według Zamawiającego wykonawca ten był w

stanie zabezpieczyć świadczenie usług sprzątnięcia Terminala A Portu Chopina w Warszawie w przypadku nagłej akcji strajkowej.

Zamawiający nadmieniał również, że w ramach realizowanego przez Zamawiającego projektu dotyczącego optymalizacji Grupy Kapitałowej Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze” PwC Polska sp. z o.o. przedstawił w dniu 15 października 2014 r. rekomendację strategiczną dotyczącą spółki ACS. Wskazano w niej zasadność przeprowadzenia dezinwestycji po uprzedniej restrukturyzacji. Dodatkowo doradca zwrócił uwagę, że w spółce ACS występuje patologiczna sytuacja przenoszenia strat generowanych z umów z podmiotami trzecimi na kontrakt Zamawiającego, który generuje 90 % przychodów spółki.

Zamawiający podjął działania restrukturyzacyjne w celu optymalizacji gospodarczej i operacyjnej spółki ACS, w szczególności dotyczyły one restrukturyzacji zatrudnienia. Wobec powyższego, na wypadek akcji strajkowej, Zamawiający przygotował plan naprawczy polegający m.in. na:

1. aktywizacji służb Zamawiającego, w tym w zakresie zimowego utrzymania kluczowej infrastruktury (Zamawiający jest właścicielem urządzeń utrzymania zimowego, z których dotychczas korzystała spółka ACS),
2. zacieśnieniu współpracy z agentami handlingowymi - Welcome Sp. z o.o. oraz LS Airport Services S.A. w celu właściwego utrzymania lotniska,
3. przejęciu bezpośrednio przez Zamawiającego dotychczasowych podwykonawców spółki ACS w zakresie utrzymania zimowego,
4. pozyskaniu osób sprzątających od podmiotów trzecich na wypadek akcji strajkowej.

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 23 lutego 2015 r. wykonawca świadczy usługę pozostawania w stałej gotowości do świadczenia usługi utrzymania czystości. Usługa utrzymania czystości, w przypadku zorganizowania strajku u dotychczasowego wykonawcy (spółki ACS), nie była realizowana, gdyż do strajku nie doszło. Zamawiający poinformował, że proces restrukturyzacji spółki ACS jest realizowany, a nastroje społeczne uspokojone.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Prezes UZP wskazał, że 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 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.

Kontrolujący podkreślił, że norma zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi przeniesienie na grunt krajowego systemu prawnego treści art. 31 pkt 1 lit, c) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z dnia 30.04.2004 r.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 6, t. 7, str. 132). Zgodnie z ww. przepisem dyrektywy zamawiający może udzielić zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia nie mogą być dotrzymane; zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane zamawiającemu. Przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy powinny być zatem oceniane w świetle zasad i przepisów prawa unijnego oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej,

W ocenie Prezesa UZP w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki,

W pierwszej kolejności Kontrolujący wskazał, że występujące w badanym stanie faktycznym okoliczności nie mogą zostać uznane za sytuację wyjątkową. Wykonywanie działań nadzorczych w stosunku do zależnego od Zamawiającego podmiotu oraz związane z tym konsekwencje nie mogą stanowić sytuacji wyjątkowej. Cechę wyjątkowości należy bowiem przypisywać, zgodnie z zasadą ścisłej interpretacji wyjątków, wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji.

Ponadto Prezes UZP stwierdził, że przesłanką niezbędną do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy jest wystąpienie sytuacji obiektywnie niezależnej od Zamawiającego. Zamawiający, dysponując 100% udziałów oraz 100% ogólnej liczby głosów na Zgromadzeniu Wspólników decyduje o najważniejszych sprawach dotyczących spółki ACS. Z § 9 przekazanej przez Zamawiającego kopii umowy spółki ACS wynika, że Zamawiającemu przysługuje między innymi prawo do otrzymywania informacji o

spółce w formie sprawozdania kwartalnego oraz informacji o wszelkich istotnych zmianach w finansowej i prawnej sytuacji spółki. Jednocześnie w myśl § 24 umowy spółki ACS Zamawiający powołuje i odwołuje członków Rady Nadzorczej, a zgodnie z § 17 zawieszka i odwołuje członków Zarządu. Tym samym, jako podmiot nadzorujący zna sytuację spółki, a jej funkcjonowanie zależy od podjętych przez Zamawiającego działań. Prezes UZP podkreślił jednocześnie, że nie ocenia sposobu zarządzania spółką oraz słuszności podejmowanych przez Zamawiającego decyzji, stwierdzając jedynie, że są one obiektywnie zależne od Zamawiającego.

W dalszej kolejności Kontrolujący wskazał na brak możliwości uznania okoliczności stanu faktycznego sprawy jako sytuacji, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Stwierdzono, iż trudno uznać, że dopiero pisma Prokurenta i Wiceprzewodniczącego Rady Nadzorczej spółki ACS z dnia 9 października 2014 r. stanowiły podstawę do stwierdzenia, że sytuacja w spółce i związane z tym niezadowolenie pracowników może doprowadzić do strajku. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego sprawy, Zamawiający co najmniej od początku września 2014 r. miał wątpliwości odnośnie prawidłowości funkcjonowania spółki, czemu dał wyraz zlecając indywidualne i ogólne kontrole, które doprowadziły do odwołania Zarządu oraz przeprowadzenia przez Zamawiającego badania rynku usług utrzymania czystości będącego podstawą do renegotjowania cen ze spółką ACS. Zamawiający przesunął także rokowania odnośnie zawarcia Zakładowego Układu Zbiorowego Pracy w kształcie tożsamym, jaki funkcjonuje u Zamawiającego do czasu rozstrzygnięcia konkursu na stanowisko Prezesa Zarządu.

Prezes UZP zwrócił następnie uwagę na cel udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Wskazano, że jest nim potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia. Natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie”, a więc „właściwie z dnia na dzień”. Przesłanka ta znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. W ocenie Prezesa Urzędu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie miała miejsca konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, wskutek zajścia nieprzewidzianego, wyjątkowego zdarzenia. Świadczy o tym sam przedmiot udzielonego zamówienia w trybie z wolnej ręki. Jak wynika z zawartej ze spółką DC System „Company” Sp. z o.o. Spółka Komandytowa umowy jej przedmiotem została objęta przede wszystkim usługą pozostawania w gotowości i podjęcia kompleksowego świadczenia usług utrzymania czystości wyznaczonych obiektów, pomieszczeń oraz terenu zewnętrznego Terminalu A Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie na żądanie Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający zapewnił sobie świadczenie usług sprzątnięcia na wypadek zorganizowania strajku przez pracowników spółki ACS. Należy jednak podkreślić, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy wymaga wystąpienia nieprzewidywalnego zdarzenia, w związku z którym

zamawiający zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, zatem sama obawa wystąpienia strajku nie stanowi przesłanki do zastosowania tego przepisu. Jednocześnie, sam Zamawiający przyznał, że celem postępowania przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki było zawarcie umowy na czas przeprowadzenia skutecznej restrukturyzacji spółki ACS (rekomodacja strategiczna dotycząca spółki ACS zalecała podjęcie dynamicznych działań restrukturyzacyjnych, które w szczególności miały dotyczyć zatrudnienia).

Dla poparcia swojego stanowiska, iż stan faktyczny sprawy nie uzasadnia uznania, iż mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową i nieprzewidywalną, Prezes UZP przywołał interpretację dotyczącą zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy zawartą w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 21/09): *Istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia.*

Kontrolujący wskazał, że stosując tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, należy przestrzegać zasady, iż wyłonienie wykonawcy w tym trybie powinno być rozwiązaniem jedynie doraźnym, tj. powinno być stosowane wyłącznie na okres niezbędny do przeprowadzenia procedury konkurencyjnej i zawarcia odpowiedniej umowy z wybranym w tym trybie wykonawcą, co nie miało miejsca w okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy. Pozostawanie w gotowości do świadczenia usług przez okres 6 miesięcy na wypadek zaprzestania wykonywania świadczenia przez dotychczasowego wykonawcę, nie spełnia powyższej przedstawionego kryterium zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Podsumowując Prezes UZP stwierdził, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy nie może być sposobem na ewentualne konsekwencje, które mogą wystąpić w związku z przeprowadzaną restrukturyzacją spółki. Podkreślono, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia (uchwała KIO z dnia 27 stycznia 2015 r., sygn. KIO/KD 2/15).

Jednocześnie nadmieniono, że rodzaj prowadzonej przez Zamawiającego działalności (w tym przypadku zarządzanie portami lotniczymi oraz scentralizowaną infrastrukturą przeznaczoną do prowadzenia działalności lotniczej) nie zostały uznane przez ustawodawcę za czynniki uzasadniające udzielanie zamówień w trybie z wolnej ręki w sytuacji, w której nie występują przesłanki opisane w ustawie.

W konkluzji Kontrolujący stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Kontrolujący wskazał w konkluzji, że Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W zastrzeżeniach do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Zamawiający, w pierwszej kolejności w ramach ogólnych zastrzeżeń, podniósł, że całkowicie nieuprawnione jest twierdzenie Prezesa UZP, że „w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, uprawniających do zastosowania zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy”.

Zamawiający wskazał, że wystąpiły wszystkie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Podkreślono, iż przesłanki przedmiotowego przepisu oparte są na pojęciach o charakterze niedookreślonym i otwartym (np. „wyjątkowa sytuacja”, „natychmiastowe wykonanie”), przez co są bardzo ocenne i pozostawiają szeroki margines uznaniowości przy ocenie ich spełnienia. W takim przypadku analiza działań Zamawiającego powinna wnikliwie rozważać całokształt okoliczności faktycznych sprawy, przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania. W ocenie Zamawiającego, Kontrolujący odstąpił od wnikliwej i wszechstronnej analizy okoliczności niniejszej sprawy. W wielu miejscach w sposób arbitralny, uproszczony i dalece jednostronny dokonał subsumcji przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Powyższe doprowadziło do błędnego stwierdzenia udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sposób nieuprawniony.

Odnosząc się szczegółowo do stanowiska Prezesa UZP, Zamawiający wskazał, że Prezes UZP błędnie odmówił zaistniałej sytuacji w postaci poważnego ryzyka strajku załogi pracowniczej ACS przymiotu „wyjątkowości”. Zastrzeżono przy tym, że w żadnym miejscu Informacja o wyniku kontroli doraźnej nie podważono faktu, że w październiku 2014 r. istniało realne ryzyko strajku pracowniczego w Spółce ACS.

Odwołując się do przyjętej przez Kontrolującego wykładni należy zauważyć, że pojęcie „wyjątkowej sytuacji” rozumiane jest jako „zdarzenie wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego”. Przyjmując taką definicję, zupełnie niezrozumiałym jest brak kwalifikacji sytuacji objętej stanem faktycznym niniejszej sprawy jako zdarzenia wyjątkowego. Oczywistym jest bowiem, że bezpośrednio ryzyko strajku nie jest zdarzeniem wpisującym się w normalne standardy życia gospodarczego i społecznego. Należy także zauważyć, że jako przykładowe „wyjątkowe sytuacje” Prezes UZP wymienia awarie, podczas gdy strajki czy protesty pracowników z natury rzeczy mają bardziej

nieoczekiwany, gwałtowny i dotkliwy w swoich skutkach charakter, jak też w warunkach obrotu gospodarczego występują zdecydowanie rzadziej niż awarie. Ponadto, w przypadku ryzyka strajku pracowników ACS również wymóg „podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań” należy uznać za spełniony. W trakcie kontroli doraźnej Zamawiający wskazywał, że ewentualny strajk załogi spółki ACS wiązałby się dla Zamawiającego z niepowetowanymi stratami. Zamawiający zarządza lotniskiem w Warszawie, posiadającym status lotniska międzynarodowego oraz największego w Polsce Portu Lotniczego. Obowiązkiem Zamawiającego jest utrzymywanie sprawności infrastruktury lotniska, która obsługuje ok. 30 000 pasażerów dziennie oraz zapewni zaplecze do działania dla kilku tysięcy pracowników lotniska oraz podmiotów świadczących usługi w tym obiekcie. Przy takim natężeniu ruchu i dostępności obiektu przez 24 godziny na dobę, brak usługi sprzątnięcia przez choćby jeden dzień naruszałby standardy sanitarne i bezpieczeństwa (ryzyko ukrycia ładunku wybuchowego w pełnym koszu na śmieci - co zdarzało się w innych krajach europejskich), w stopniu stwarzającym bezpośrednie ryzyko zamknięcia lotniska, co z kolei wiązałoby się z ogromnymi stratami i roszczeniami podmiotów trzecich (m.in. przewoźników, pasażerów, najemców powierzchni usługowej).

Zamawiający, co do zasady zgodził się z przyjętą przez Kontrolującego definicją sytuacji wyjątkowej, jednakże uznał, że całkowicie nieakceptowalna jest dokonana przez Prezesa UZP subsumpcja stanu faktycznego do przedmiotowej definicji. Prezes UZP zaniechał wszechstronnej oceny okoliczności faktycznych sprawy i w sposób arbitralny, nieuzasadniony i sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania odmówił kwalifikacji sytuacji bezpośredniego ryzyka strajku pracowniczego jako zdarzenia o charakterze wyjątkowym.

Dla wsparcia swojego stanowiska Zamawiający odwołał się do poglądu wyrażonego w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 28/14) - „przesłanka udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) wynikać musi z wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych, czy niezaplanowanych. Dla oceny jej zaistnienia nie mniejsze znaczenie mają jednak także takie okoliczności, jak profil działalności zamawiającego (ściślej - przedmiot zamówienia w kontekście charakteru świadczonych usług), czy związany z tym kontekst społeczny”. Zamawiający wskazał, że analizując zdarzenie będące powodem dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki Prezes UZP całkowicie pominął kwestię profilu działalności Zamawiającego, zignorował fakt, że przedmiot zamówienia jest niezbędny dla prawidłowego prowadzenia głównej działalności tego przedsiębiorcy, a skutki związane z brakiem utrzymania usługi sprzątnięcia lotniska mogłyby przynieść Zamawiającemu niepowetowane

straty zarówno finansowe jak i wizerunkowe. Okoliczności te jasno wskazują że Zamawiający działał w warunkach sytuacji wyjątkowej i pilnej. W związku z powyższym Kontrolujący zobowiązany był do uwzględnienia przy analizie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp rodzaju działalności prowadzonej przez Zamawiającego i jego powiązania z przedmiotem udzielonego zamówienia, a zaniechanie w tym zakresie rzutowało na przyjęcie błędnych konkluzji w Informacji o wynikach kontroli doraźnej.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w teorii prawa cywilnego strajki i protesty społeczne mogą być uznane są za przejaw siły wyższej (por. min. M. Safjan [w.] K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 7 2013 r., komentarz do art. 435, Nb. 16), przy czym należy pamiętać, że definicja „siły wyższej” jest zdecydowanie węższa niż definicja „sytuacji wyjątkowej”. Wykorzystując regułę wnioskowania *a minori ad maius*, skoro strajk może być uznany za przejaw siły wyższej to tym bardziej nie powinno się mu odmawiać przymiotu sytuacji wyjątkowej.

Zamawiający podkreślił przy tym, że strajk, który planowany był przez pracowników ACS nie odpowiadał warunkom strajków organizowanych zgodnie z ustawą z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (Dz. U. z 1991 r. Nr 55 poz. 236). Nielegalny charakter strajku dodatkowo dowodzi, że było to zdarzenie gwałtowne i nieoczekiwane.

Zamawiający wskazał, iż w ocenie Prezesa UZP brak jest możliwości stwierdzenia, że zaistniała w przedmiotowej sprawie sytuacja była „obiektywnie niezależna” od Zamawiającego. Co więcej Kontrolujący wręcz upatruje, że ryzyko strajku było bezpośrednią konsekwencją działań nadzorczych podejmowanych przez Zamawiającego. Prezes UZP stwierdził bowiem, że wobec faktu, iż PPL posiada 100% udziałów oraz 100% ogólnej liczby głosów na Zgromadzeniu Wspólników spółki ACS, decyduje on o najważniejszych sprawach tej spółki. Tym samym, w ocenie Prezesa UZP, Zamawiający jako podmiot nadzorujący znał sytuację spółki ACS, a jej funkcjonowanie zależy od podjętych przez Zamawiającego działań.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Prezesa UZP jakoby uprawnienie do powoływania i odwoływania Członków Rady Nadzorczej oraz zawieszania i odwoływania członków Zarządu świadczyły o świadomości lub choćby o możliwości przewidzenia przed dniem 9 października 2014 r. ryzyka przeprowadzenia akcji strajkowej przez pracowników ACS. Wskazać należy, że przyznane Zamawiającemu uprawnienia mają charakter wyłącznie korporacyjny i jako takie ukierunkowane są na szeroko rozumianą kontrolę działalności spółki, natomiast nie mają bezpośredniego przełożenia na decyzje dotyczące bieżącego prowadzenia spraw spółki. Wskazać należy, że do reprezentowania i prowadzenia spraw spółki z ograniczoną odpowiedzialnością uprawniony jest zarząd (art. 201 § 1 ustawy Kodeks spółek handlowych, tekst jednolity z dnia 19 kwietnia 2013 r., Dz.U. z 2013 r. poz. 1030, dalej: „KSH”). Wobec tego Zamawiający jako umocowany do zawieszania i odwoływania

członków Zarządu może wpływać na skład osobowy tego organu przy czym nie oznacza to, że po stronie Zamawiającego występują jakiegokolwiek mechanizmy pozwalające na rzeczywiste i natychmiastowe oddziaływanie na decyzje podejmowane w spółce zależnej. Wskazać również należy, że w świetle art. 219 § 2 KSH Rada Nadzorcza nie może wydawać zarządowi spółki wiążących poleceń, wobec czego uprawnienie do powoływania i odwoływania jej członków nie pozwala na realny i bezpośredni wpływ na funkcjonowanie Spółki. Tym samym, zarówno uprawnienia przyznane Zamawiającemu w umowie spółki ACS jak i uprawnienia przysługujące mu jako wspólnikowi na mocy KSH nie świadczą o tym, że Zamawiający posiadał jakąkolwiek wiedzę o możliwym strajku załogi spółki ACS.

Zamawiający wskazał ponadto, że Kontrolujący błędnie wywodzi, iż „Zamawiający co najmniej od początku września 2014 r. miał wątpliwości odnośnie prawidłowości funkcjonowania Spółki, czemu dał wyraz zlecając indywidualne i ogólne kontrole, które doprowadziły do odwołania Zarządu oraz przeprowadzenia przez Zamawiającego badania rynku usług utrzymania czystości będącego podstawą do renegotjowania cen ze spółką ACS”. Zamawiający wielokrotnie w stanowisku prezentowanym w trakcie kontroli doraźnej podkreślał, że kontrola działalności spółki ACS miała charakter rutynowy i była typową kontrolą właścicielską w grupie kapitałowej dokonaną w celu optymalizacji działania spółek zależnych. Podobne kontrole podejmowane były we wszystkich innych spółkach, w których PPL posiada 100 % udziałów. Działania te związane były z trwającym procesem restrukturyzacji PPL i jego grupy kapitałowej. Zlecona kontrola miała na celu weryfikację wewnętrznej sytuacji działalności Spółki oraz analizę rynku usług utrzymania czystości w celu weryfikacji stawek ACS względem konkurencji. Krzywdzącym nadużyciem jest próba wykazania przez Prezesa UZP, że Zamawiający wiedział że sytuacja w spółce ACS jest zła i powinien przewidywać możliwość strajku. W rzeczywistości bowiem ówczesny zarząd Spółki zapewniał o dobrej kondycji ACS i spokojnych nastrojach załogi pracowników. Sekwencja czasowa zaistniałych zdarzeń jednoznacznie wskazuje, że negatywne nastroje wśród pracowników ACS powstały dopiero po ujawnieniu w trakcie kontroli nieprawidłowości w funkcjonowaniu tej spółki i po skorzystaniu przez Zamawiającego z przysługujących mu uprawnień korporacyjnych, prowadzących do dokonania zmian w składzie Rady Nadzorczej, która następnie odwołała Prezesa ACS.

W związku z powyższymi twierdzeniami Prezesa UZP wskazujące, że ryzyko strajku było bezpośrednim następstwem działań Zamawiającego, które mógł on przewidzieć jest ze wszech miar nieuzasadnione. Uprawnienia właścicielskie Zamawiającego względem ACS nie pozwalają na rzeczywiste i natychmiastowe oddziaływanie na decyzje podejmowane w tej spółce. Dodatkowo należy także wskazać, że Zamawiający nie ma możliwości kontrolowania działań podejmowanych przez pracowników spółki ACS, nakierowanych na nieoczekiwane zorganizowanie nielegalnego strajku. Natomiast sekwencja i charakter

zaistniałych okoliczności jednoznacznie wskazują że Zamawiający nie mógł przewidzieć strajku pracowników ACS, a w szczególności, że świadomość ryzyka strajku była mu obca w momencie zlecenia kontroli działalności spółki ACS.

Prezes UZP natychmiastową potrzebę realizacji zamówienia, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp rozumie jako konieczność realizacji zamówienia w trybie „szybciej niż pilnym”, „właściwie z dnia na dzień”. W ocenie Prezesa przesłanka ta znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie pilnej reakcji. Zamawiający zgodził się z takim rozumieniem art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Nie zgodził się natomiast z przyjętą przez Prezesa UZP kwalifikacją stanu faktycznego sprawy.

Prezes UZP w żadnym miejscu nie kwestionuje, że istniała ścisła zależność czasowa pomiędzy realnym zagrożeniem strajku pracowniczego w spółce ACS a udzieleniem kwestionowanego zamówienia z wolnej ręki. Powyżej jak i w treści stanowisk Zamawiającego przekazywanych w trakcie kontroli doraźnej, opisane zostały szczegółowo skutki ewentualnego zaprzestania świadczenia usługi sprzątnia lotniska przez spółkę ACS. Nie powielając tych opisów Zamawiający wskazał, że zakres oraz moc oddziaływania konsekwencji wynikających z zaprzestania świadczenia usługi utrzymywania czystości na lotnisku Chopina w Warszawie nie tylko uzasadniały niezwłoczną interwencję, ale nawet nakazywały podjąć natychmiastowe działania, mając na względzie obowiązki organu zarządzającego przedsiębiorstwem. W takich okolicznościach zupełnie niezrozumiałym jest, dlaczego realne ryzyko wystąpienia strajku pracowniczego nie jest postrzegane przez Kontrolującego jako wystarczająca przyczyna dla działań zmierzających do niezwłocznego zabezpieczenia świadczenia usług niezbędnych dla podstawowej działalności Zamawiającego.

Ponadto w ocenie Zamawiającego całkowicie błędne jest stanowisko Prezesa, zgodnie z którym sama obawa wystąpienia strajku nie stanowi przesłanki do zastosowania przepisu z art. 67 ust. 1 pkt. 3 Pzp. Takie stwierdzenie prowadzi do absurdalnego wniosku, że Zamawiający powinien poczekać na wystąpienie strajku i dopiero po jego zaistnieniu podjąć działania celem zabezpieczenia usług sprzątnia lotniska. Absurd sugerowanej przez Prezesa UZP sekwencji działań polega na tym, że wystąpienie strajku byłoby równoznaczne z naruszeniem standardów sanitarnych wymaganych dla infrastruktury lotniska, narażeniem pasażerów i pracowników na niebezpieczeństwo, jak również narażeniem przedsiębiorstwa na niepowetowane straty związane z ewentualnym zamknięciem lotniska. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki po zaistnieniu strajku na pewno jeszcze pełniej wpisywałoby się w pojęcie natychmiastowej potrzeby, o której mowa w z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, jednakże z gospodarczego punktu widzenia byłoby działaniem dalece spóźnionym i przez to naruszającym interes przedsiębiorstwa. W sytuacji analizowanego stanu faktycznego wyrazem należytej staranności w zarządzaniu przedsiębiorstwem było zabezpieczenie usługi

sprzątania lotniska już na etapie pojawienia się realnego zagrożenia strajku pracowniczego spółce ACS.

W tym kontekście należy wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka „natychmiastowości” może odnosić się zarówno do usuwania skutków zdarzenia jak i do zapobieżenia niebezpieczeństwu. W uchwale z dnia 17 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 18/11) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „przesłanka określona w art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), znajdzie zatem zastosowanie w sytuacji, gdy niezbędne będzie podjęcie natychmiastowych działań, związanych z usuwaniem skutków katastrof lub zapobieżeniem gwałtownemu niebezpieczeństwu”. Błędne jest zatem twierdzenie organu, że „sama obawa strajku nie stanowi przesłanki do zastosowania tego przepisu”. Ponadto działania nakierowane na zapobiegnięcie zagrożeniu, w niniejszej sprawie, były daleko bardziej uzasadnione względami o charakterze gospodarczym niż oczekiwanie na usuwanie skutków ewentualnego strajku.

Zamawiający odniósł się również do twierdzenia Prezesa UZP, w którym zostało wskazane, że „sam Zamawiający przyznał, że celem postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki było zawarcie umowy na czas przeprowadzenia skutecznej restrukturyzacji spółki ACS”. Kontrolujący poprzez takie twierdzenie stara się podważyć konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Jednakże należy podkreślić, że zasadniczym powodem i bezpośrednim impulsem udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki było ryzyko strajku i zaprzestania świadczenia usług utrzymania czystości lotniska Chopina przez ACS. Zaproszenie do negocjacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia z wolnej ręki zostało wystosowane w dniu 10 października 2014 r., czyli dnia następnego po otrzymaniu informacji od Prokurenta ACS o planowanym strajku pracowników tej Spółki. Natomiast umowa z ewentualnym nowym wykonawcą DC System „Company” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. została zawarta w dniu 16 października 2014 r. Z kolei informacje o planowanej restrukturyzacji Spółki przekazane zostały Kontrolującemu dodatkowo, w celu uzasadnienia 6-miesięcznego okresu, na jaki została zawarta umowa z wykonawcą DC System „Company” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. Na taki właśnie okres zaplanowane zostały działania restrukturyzacyjne w Spółce ACS, w szczególności w pionie zatrudnienia, które mogłyby powodować niepokoje społeczne i stwarzać ryzyko strajku. Umowa zawarta z DC System „Company” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. przewidywała możliwość jej wcześniejszego wypowiedzenia przez Zamawiającego, na wypadek gdyby jej kontynuowanie nie było konieczne, co dodatkowo potwierdza jej przejściowy charakter. Podważanie przesłanki „natychmiastowej potrzeby” z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez później podejmowane działania restrukturyzacyjne Zamawiającego w spółce ACS jest wyrazem arbitralnej i wybiórczej analizy stanu faktycznego sprawy.

Prezes UZP stwierdził również, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki nie spełnia kryterium doraźności, a okres na jaki zostało udzielone wykraczał poza niezbędny czas do przeprowadzenia procedury konkurencyjnej. Zamawiający wskazał, że powyższe twierdzenie ma również charakter wysoce arbitralny, Kontrolujący nie uzasadnił bowiem, z jakich przyczyn udzielone zamówienie nie spełnia wskazanych kryteriów „doraźności”. W tym kontekście należy wskazać, że zarówno czas trwania umowy z Wykonawcą DC System „Company” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. jak i przedmiot kwestionowanego zamówienia, który obejmował przede wszystkim „gotowość do świadczenia usługi sprzątnia lotniska” ściśle koresponduje z okolicznościami niniejszej sprawy oraz stanowi realizację najbardziej adekwatnego i proporcjonalnego rozwiązania w związku z zaistniałą sytuacją. Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 58/10) - „określenia „natychmiastowe wykonanie zamówienia” nie można utożsamiać z natychmiastowym rozpoczęciem i z natychmiastowym zakończeniem realizacji zamówienia, co miałyby nastąpić w krótkim okresie czasu. Oznaczałoby to, że w tym trybie można byłoby udzielić zamówień wyłącznie „krótkotrwałych”, a taki pogląd wydaje się systemowo nieuprawniony”. Sekwencja działań podejmowanych przez Zamawiającego oraz ich treść, jak również okoliczności sprawy jednoznacznie wskazują, że 6-miesięczny okres realizacji zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki spełniał kryterium doraźności i nie może być uznany za przekraczający uprawnienia ustawowe Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił końcowo, że przywołane powyżej wskazania dowodzą również, że w przedmiotowej sprawie nie było możliwości zachowania terminów dla przeprowadzenia innych trybów zamówień. Mając na względzie całokształt okoliczności faktycznych niniejszej sprawy nie sposób więc zaprzeczyć, że wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, o czym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Prezes UZP nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń.

Na wstępie wskazano, że Kontrolujący ustala stan faktyczny sprawy na podstawie informacji przekazanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu, wyjaśnieniach oraz przesłanych dokumentach. W oparciu o powyższe została przeprowadzona analiza w celu stwierdzenia, czy w przedmiotowej sprawie wystąpiły wszystkie przesłanki niezbędne do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli, że wskazane okoliczności nie stanowią sytuacji wyjątkowej. Ponownie wskazano, że ryzyko wystąpienia strajku w spółce zależnej od Zamawiającego, która świadczy usługę utrzymania czystości na rzecz Zamawiającego (umowa zawarta została 29 maja 2013 r. z 36 miesięcznym terminem obowiązywania) nie stanowi uzasadnienia do zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy na zamówienie w przedmiocie pozostawania w gotowości do

świadczenia tożsamyh usług na wypadek przeprowadzenia strajku. Jednocześnie, wyjątkowości zaistniałej sytuacji nie można uzasadniać poprzez rodzaj prowadzonej przez Zamawiającego działalności. Prezes UZP wskazał, że działalność poszczególnych zamawiających może charakteryzować właściwa specyfika, skala czy waga. Ustawodawca nie uznał jednak, aby biorąc pod uwagę specyfikę działalności Zamawiającego, w tym przypadku zarządzanie portami lotniczymi oraz scentralizowaną infrastrukturą przeznaczoną do prowadzenia działalności lotniczej, odmiennie uregulować przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki.

Kontrolujący nadmienił także, że zgodnie z treścią art. 161 ust. 1 i 2 ustawy Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielania zamówień, a celem tej kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy, a zatem dokonuje kontroli jedynie na podstawie kryterium legalności. Prezes Urzędu nie kontroluje umiejętności Zamawiającego w zakresie sposobu zarządzania w celu utrzymania w sprawności infrastruktury lotniska. Związane z tym okoliczności o charakterze ekonomicznym, ewentualne starcia finansowe i wizerunkowe pozostają poza kognicją Prezesa Urzędu, tym bardziej w sytuacji, gdy nie stanowią one przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Prezes UZP nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że zaistniała w spółce ACS sytuacja była niezależna od Zamawiającego. Ponownie podkreślono, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy nie może być sposobem na ewentualne konsekwencje, które mogą wystąpić w związku z przeprowadzaną restrukturyzacją spółki.

Odnosząc się do kwestii natychmiastowego wykonania zamówienia Kontrolujący ponownie wskazał, że biorąc pod uwagę przedmiot udzielonego zamówienia, tj. pozostawanie w gotowości i podjęcie kompleksowego świadczenia usług utrzymania czystości wyznaczonych obiektów, pomieszczeń oraz terenu zewnętrznego Terminalu A Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie na żądanie Zamawiającego, nie wystąpiła konieczność podjęcia działań, niezwłocznego zareagowania na zaistniałą sytuację. Prezes UZP wskazał, że w uchwale z dnia 29 września 2014 r. (sygn. KIO/KD 81/14) Krajowa Izba Odwoławcza dokonując wykładni sformułowania natychmiastowe wykonanie zamówienia stwierdziła, że literalna wykładnia tego sformułowania nasuwa wniosek, że objęte są nią sytuacje, w których przedmiot zamówienia musi zostać wykonany niemalże natychmiast po udzieleniu zamówienia publicznego (zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego). W tym przypadku nacisk położony został na szybkość osiągnięcia przez zamawiającego pożądanego efektu w postaci realizacji zamówienia publicznego. Gdyby natomiast było tak, jak stwierdził Zamawiający w Zastrzeżeniach, że efekt w postaci natychmiastowego wykonania zamówienia publicznego nie był warunkiem sine qua non, to - kierując się

dyrektywą racjonalnego ustawodawcy - w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp użyte zostałyby inne pojęcie, jak chociażby „pilna potrzeba udzielenia zamówienia”, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp. W takiej sytuacji punktem odniesienia jest jak najszybsze zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (w ten sposób dochodzi do pilnego udzielenia zamówienia), nie zaś realizacja przedmiotu takiego kontraktu. Powyższa interpretacja została również zaprezentowana w uchwale KIO z dnia 8 sierpnia 2014 r. (sygn. KIO/KD 70/14).

Prezes UZP wskazał także, że oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji, która nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca wymaga również, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć, a wystąpienie okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć musi powodować konieczność natychmiastowego (bezzwłocznego) wykonania zamówienia.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń Prezes UZP, stosownie do art. 167 ust. 2 Pzp, złożone zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po przekazaniu zastrzeżeń przez Prezesa UZP, Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dodatkowe stanowisko w sprawie argumentując, że stwierdzenie Kontrolującego, iż „Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uprawniające do zastosowania trybu z wolnej ręki” narusza podstawowe zasady procedury administracyjnej, w szczególności zasadę legalizmu i zasadę prawdy obiektywnej wyrażone w art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego. Zamawiający wskazał, że obowiązek wykazania naruszenia przepisów ciąży bowiem na organie, który prowadzi postępowanie administracyjne. Podkreślono, że organ nie może zarzucać przepisów ustawy twierdząc, że strona nie przekonała go do przeciwnego rozstrzygnięcia. W związku z powyższym obowiązkiem Prezesa UZP w trakcie kontroli było wyczerpujące zebranie materiału dowodowego oraz wszechstronna jego analiza w kontekście przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Prezes UZP, stwierdzając naruszenie, nie powinien opierać się na twierdzeniu, że Zamawiający w trakcie kontroli nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Takie działanie stanowi niedozwolone przerzucenie na stronę ciężaru dowodu w postępowaniu administracyjnym. Zamawiający ponownie podkreślił, że analiza materiału dowodowego dokonana przez Prezesa UZP była jednostronna, sprzeczna z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania.

Zamawiający podniósł następnie, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie dopuszcza uwzględnienie charakteru działalności prowadzonej przez zamawiającego w ramach przesłanki „wyjątkowości” zaistniałej sytuacji. Podkreślono, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego w ramach działalności prowadzonej na Lotnisku

w Warszawie jest utrzymanie sprawności i udostępnienie infrastruktury portu lotniczego. Z racji na ogromne dzienne natężenie ruchu (ok. 30 000 pasażerów) oczywistym jest, że brak usługi utrzymania czystości przez choćby jedną dobę mógłby zagrozić ciągłości funkcjonowania tego obiektu i doprowadzić do olbrzymich strat finansowych i wizerunkowych. W konsekwencji, całkowicie niezrozumiałym jest, dlaczego Kontrolujący odmawia uwzględnienia powyższych okoliczności w ramach przesłanej z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, a przedmiotowe pominięcie należy uznać jako istotny błąd w sferze gromadzenia i oceny dowodów w trakcie postępowania w przedmiocie kontroli doraźnej.

Zamawiający sprzeciwił się także twierdzeniu Kontrolującego, że zaistniała sytuacja w spółce ACS nie była niezależna od Zamawiającego. W praktyce funkcjonowania przedsiębiorstw nie jest bowiem przyjęte, aby przed kontrolą właścicielską spółki zależnej dokonywać zabezpieczenia świadczenia usługi przez ten podmiot. Nieuprawnionym byłoby również twierdzenie, że strajk pracowników i zagrożenie zaprzestania działalności jest oczywistą i naturalną konsekwencją decyzji właścicielskich w zakresie zmiany zarządu spółki zależnej w związku z wykrytymi w trakcie kontroli nieprawidłowościami. Zamawiającemu nie można zatem w żadnej mierze przypisywać obowiązku, a nawet możliwości przewidzenia sytuacji zaistniałej w ACS.

Zamawiający podtrzymał także argumentację wykazującą, że w przedmiotowej sprawie po stronie Zamawiającego spełniona była przesłanka natychmiastowego wykonania zamówienia.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji Zamawiającego i Kontrolującego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Izba uznaje ustalenia Prezesa UZP poczynione w niniejszej sprawie za prawidłowe i przyjmuje je za własne. Izba w całości podziela także wywody i argumentację prawną przedstawioną przez Prezesa UZP w odniesieniu do poczynionych ustaleń oraz stwierdzonych naruszeń.

Kontrolujący dokonał wszechstronnej analizy dokumentacji niniejszego postępowania, przedstawiając rzeczowe argumenty dla uzasadnienia swojego stanowiska. Rozpoznając zastrzeżenia Izba, z uwzględnieniem dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, w pełni podzieliła trafność wniosków Prezesa UZP. Izba nie zgodziła się z zarzutami Zamawiającego, że ustalony przez Kontrolującego stan faktyczny przedstawiony w informacji o wyniku kontroli, jak również jego ocena, obarczone były błędem.

W konsekwencji, Izba podziela stanowisko Prezesa UZP w sprawie stwierdzonych w informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki naruszeń przepisów ustawy Pzp dotyczących wyboru trybu udzielenia zamówienia – art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie zasługiwały na uwzględnienie argumenty i zarzuty Zamawiającego nakierowane na podważenie wniosku o braku wykazania przesłanek warunkujących zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia 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.

Przede wszystkim, należy zgodzić się ze stanowiskiem Kontrolującego, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zaistniała przesłanka w postaci konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Działania Zamawiającego należało w istocie postrzegać nie jako działania determinowane potrzebą natychmiastowego uzyskania określonych usług, ale jako działania nakierowane na stworzenie alternatywy na wypadek, gdyby świadczenie tych usług zostało zaprzestane przez obecnego wykonawcę. O braku przesłanki w postaci wymogu natychmiastowego wykonania zamówienia świadczy jednoznacznie, na co zwrócił uwagę Kontrolujący, sam przedmiot udzielonego zamówienia, a więc pozostawanie w stałej gotowości do świadczenia usług oraz przystąpienie do ich świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez Zamawiającego.

Przy stosowaniu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp istotnym jest odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, o której stanowi norma prawna zawarta w ww. przepisie. Pomocne w tej materii jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na podstawie którego stwierdzić można, że wystąpienie okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi skutkować koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Zakres zamówienia jest wówczas absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia (patrz: orzeczenia ETS; C-385/2 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-24/91 Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii, C-525/03 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji).

Należy podkreślić, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest ostatecznym narzędziem służącym udzieleniu zamówienia, tj. stosowanym jedynie wówczas, gdy nie można przeprowadzić postępowania w żadnym z pozostałych trybów. Wynika to z faktu, iż procedura ta nie gwarantuje realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Z tego też względu zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp wymaga – oprócz pozostałych przesłanek – zaistnienia już (a więc

dokonania się) sytuacji wyjątkowej, a ponadto zaistniałe już zdarzenia musi tworzyć taki stan rzeczy, w którym koniecznym jest, by określony rodzaj zamówienia był natychmiast wykonywany. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że sama obawa strajku nie powodowała konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Stan zagrożenia, jakim w tej sprawie było ryzyko strajku, było zdarzeniem, które w swoich skutkach nie prowadziło jeszcze do konieczności udzielenia zamówienia z wolnej ręki, gdyż usługa sprzątnia nadal była świadczona, także w stanie zagrożenia strajkiem. Dopiero, gdyby doszło do nagłego, niespodziewanego zaprzestania świadczenia usług to Zamawiający znalazłby się w sytuacji, w której koniecznym byłoby podjęcie niezbędnych działań w celu przywrócenia i utrzymania stanu porządku na swoich obiektach i terenach.

W konsekwencji należało uznać zasadność wniosku Prezesa UZP, iż skoro przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp wymaga wystąpienia nieprzewidywalnego zdarzenia, w związku z którym zamawiający zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, to sama obawa wystąpienia strajku, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie mogła zostać uznana za przesłankę do zastosowania tego przepisu. Izba zwraca przy tym uwagę, że Zamawiający w swoich działaniach przyjął założenie, że ewentualny strajk zostanie przeprowadzony z naruszeniem trybu i zasad przewidzianych w ustawie z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (Dz. U. Nr 55, poz. 236). Zasadność przedmiotowego założenia, jego podstawy i prawdopodobieństwo, nie zostały jednak, zdaniem Izby, wykazane i uzasadnione przez Zamawiającego. Pisma Prokurenta oraz członka Rady Nadzorczej z dnia 9 października 2014 r., informowały o dużym ryzyku podjęcia akcji strajkowej, o możliwości przeprowadzenia jej w najbliższym czasie, jednak ani z tych dokumentów, ani z innych przedstawionych przez Zamawiającego, nie wynika, by ewentualne działania strajkowe miały być planowane i przeprowadzone bez respektowania przepisów ww. ustawy. Należy zwrócić uwagę, że przeprowadzenie nielegalnego strajku może skutkować szeregiem konsekwencji, w tym o charakterze karnym. Zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych karze grzywny albo ograniczenia wolności podlega ten, kto kieruje strajkiem lub inną akcją protestacyjną zorganizowaną wbrew przepisom ustawy. Z kolei art. 26 ust. 3 ustawy stanowi, że, za szkody wyrządzone strajkiem lub inną akcją protestacyjną zorganizowaną wbrew przepisom ustawy organizator ponosi odpowiedzialność na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym. W myśl art. 17 ust. 2 ustawy strajk jest środkiem ostatecznym i nie może być ogłoszony bez uprzedniego wyczerpania możliwości rozwiązania sporu według zasad określonych w art. 7-14. Rozdział 2 ustawy (art. 7-9) dotyczy rokowań stron. Ponadto, jak stanowi art. 19 ust. 1 ustawy niedopuszczalne jest zaprzestanie pracy w wyniku akcji strajkowej na stanowiskach pracy, urządzeniach i instalacjach, na których zaniechanie pracy zagraża życiu i zdrowiu ludzkiemu lub bezpieczeństwu państwa.

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że działający w Spółce Niezależny Związek Zawodowy Pracowników ACS wezwał spółkę ACS m.in. do rozpoczęcia rokowań. Spółka ACS zwróciła się z wnioskiem o przesunięcie wyżej wymienionych rokowań do czasu rozstrzygnięcia konkursu na stanowisko prezesa zarządu spółki. Fakt, że miało miejsce wezwanie do rozpoczęcia rokowań przemawia za oceną, że działanie strony pracowniczej bliższe było postępowaniu odpowiadającemu zasadom prowadzenia sporu określonym przepisami ww. ustawy, niż postępowaniu, które miało, zdaniem Zamawiającego, nie respektować i naruszać te zasady. W tym zakresie założenie wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (pkt 3 Protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnego ręki) cechowało się arbitralnością, a bynajmniej Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, ani nie uzasadnił podstaw przyjętej tezy o zamiarze prowadzenia sporu (w postaci samej już akcji strajkowej) wbrew przepisom ww. ustawy. Jest to o tyle istotne, że przy założeniu, iż po stronie pracowniczej istniała chęć respektowania zasad ww. ustawy – które to założenie uprawdopodobnia nie tylko fakt wezwania do rokowań, ale także to, że nawet w świetle zasad doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, nie można domniemywać (bez rzeczowych ku temu podstawy) zamiaru złamania ustawowych reguł prowadzenia sporu, zwłaszcza, gdy może to skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą i karną – to w ocenie Izby w sytuacji, gdyby do strajku faktycznie doszło to Zamawiający miałby wystarczający czas do zabezpieczenia nieprzerwanego świadczenia usług i mógłby wówczas – dopiero w świetle zaistnienia strajku – skorzystać z trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na świadczenie określonych usług, a więc na natychmiastowe ich wykonanie (a nie na pozostawanie w gotowości do ich świadczenia, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie). Należy wskazać, że zgodnie z art. 20 ust. 3 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, ogłoszenie strajku powinno nastąpić co najmniej na 5 dni przed jego rozpoczęciem. W niniejszej sprawie Zamawiający już wcześniej przeprowadził badanie rynku usług utrzymania czystości. Samo zaś przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej trwało od 9 października 2014 r. (powołanie komisji przetargowej, 10 październik 2014 r. zaproszenie do negocjacji) do 16 października 2014 r. (zawarcie umowy z wykonawcą DC System „Company” Sp. z o.o. SP. k. z siedzibą w Warszawie).

O ile ryzyko strajku może zostać uznane za sytuację odbiegającą od normalnego toku zdarzeń, to Izba nie uznała za przekonujące argumenty Zamawiającego, że zaistniała sytuacja była obiektywnie od niego niezależna oraz niemożliwa do przewidzenia. Nie powtarzając uznanego za trafne stanowiska Prezesa UZP, należy jedynie wskazać, że nie sposób przyjąć, by podmiot, który dysponuje 100% udziałów oraz 100% ogólnej liczby głosów na zgromadzeniu wspólników i decyduje o najważniejszych sprawach spółki, a więc

w istocie

w pełni kontroluje spółkę zależną, nie miał wpływu na to, co dzieje się w tej spółce bądź by było to od niego niezależne, bądź by nie miał podstaw do przewidzenia możliwości zaistnienia ryzyka strajku przy stwierdzonych nieprawidłowościach i próbie ich wyeliminowania poprzez odpowiednie procesy restrukturyzacyjne, które z założenia mogą wywoływać napięcia pracownicze. O ile w relacji „podmiot dominujący – podmiot zależny” brak jest w tej sprawie bezpośredniego podporządkowania wynikającego ze stosunku pracy, jak również prawa do bezpośredniego prowadzenia spraw spółki, to jednak podmiot kontrolujący, poprzez fakt, że funkcjonowanie spółki zależy *de facto* od podejmowanych przez niego działań, wywiera pośrednio decydujący wpływ na działanie spółki i jej sytuację, a w dalszej konsekwencji na sytuację jej pracowników i panujące wśród nich nastroje. Korzystanie z praw właściciela, praw korporacyjnych, nie funkcjonuje bowiem w próżni, lecz ma bezpośrednie przełożenie na sytuację organizacyjną i gospodarczą danego podmiotu, a w konsekwencji także na jej sytuację wewnętrzną.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....