

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 7 kwietnia 2016 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 marca 2016 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. w Warszawie, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 26 lutego 2016 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/59(3)/15/LB KNZ/28/15/DKD dot. WK/241/15/DKD) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Daniel Konicz
Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia do wyniku kontroli są niezasadne

UZASADNIENIE

Zamawiający, Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. w Warszawie, przeprowadził na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub "Pzp" – w trybie z wolnej ręki, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych.

Po przeprowadzeniu kontroli ww. zamówienia, w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki* z dnia 26 lutego 2016 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, m.in.:

„[...]”

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym Zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes Urzędu), Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w odniesieniu do zamówienia obejmującego dostawę wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Prezes Urzędu nie rozstrzyga kwestii odpowiedzialności którejkolwiek ze stron za realizację umowy z dnia 14.10.2014 r. nr DW/ORYN/41/2014, dotyczącej dostawy wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli, a co się z tym wiąże zasadności odstąpienia od umowy. Kontrola w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki prowadzona przez Prezesa Urzędu miała na celu sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy, a w przedmiotowej sytuacji dotyczyła oceny zasadności wystąpienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w okolicznościach stanu faktycznego sprawy.

Należy zauważyć, że wyjątkowa sytuacja, uzasadniająca wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki, musi powstać z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, co oznacza, że przyczyny te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego. W świetle okoliczności faktycznych nie sposób przyjąć, iż w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z taką sytuacją. Należy zwrócić uwagę, iż termin dostawy i montażu mebli w umowie nr DW/ORYN/41/2014 z dnia 14.10.2014 r. z firmą Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie został ustalony przez Zamawiającego na okres 45 dni od dnia podpisania umowy. Zgodnie z § 4 pkt 7 ww. umowy Zamawiający zobowiązany był do odbioru ilościowego, asortymentowego i jakościowego przedmiotu zamówienia niezwłocznie po dostarczeniu przez wykonawcę. Zarówno z pisma Wykonawcy z dnia 05.03.2015 r. jak i z pisma Zamawiającego z dnia 27.03.2015 r. o odstąpieniu od ww. umowy wynika, iż wykonawca dostarczył meble w dniu 19.12.2014 r. zgodnie z terminem wynikającym

z umowy a jego odbiór został potwierdzony przez Zamawiającego w dniu 29.12.2014 r. Ponadto Zamawiający jak i wykonawca wskazali, iż brak możliwości ustawienia mebli we wskazanych miejscach wynikał z przedłużającego się okresu wykonania remontu pomieszczeń. Jak wynika z protokołu postępowania w trybie z wolnej ręki „meble dostarczone przez Wykonawcę zostały zdeponowane przez Zamawiającego bez dokonania ich oceny jakościowej ze względu na trwające roboty budowlane (...). Ostatecznie meble zostały rozpakowane i poddane ocenie jakościowej w dniu 26.02.2015 r.”

W związku z powyższym należy uznać, iż Zamawiający miał możliwość dokonania oceny jakości dostarczonych mebli już od 19.12.2014 r., tj. od dnia dostarczenia mebli przez wykonawcę. Konsekwencją zaniechania wykonania przez Zamawiającego oceny mebli niezwłocznie po ich odbiorze (obowiązek ten wynikał z § 4 pkt 7 umowy) i realizacja tej czynności protokołem odbioru jakościowo – ilościowego dopiero w dniu 26.02.2015 r., czyli przeszło po dwóch miesiącach od dostarczenia ich przez wykonawcę, było zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki – w celu wywiązania się z przyjętych zobowiązań umownych. Powyższa sytuacja wynikała zatem z okoliczności zależnych od Zamawiającego. Oczywiście Zamawiający, nie ma wpływu na „jakość” dostarczonych przez wykonawcę mebli. Jednakże jako strona umowy o zamówienie publiczne Zamawiający miał wpływ na wykonywanie swoich uprawnień wynikających z zawartej umowy, w tym w zakresie odbioru jakościowego mebli.

Na brak możliwości uznania rozwiązania umowy za wyjątkową i nieprzewidywalną sytuację wskazuje także fakt, że problemy z terminową realizacją inwestycji oraz właściwym jej wykonaniu były znane Zamawiającemu już na początkowym etapie realizacji umowy. Już w piśmie z dnia 24.11.2014 r. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu dostawy mebli o 30 dni, na co zgodził się Zamawiający. Jednocześnie pismem z dnia 20.11.2014 r. wykonawca niezasadnie zgłaszał problemy związane z realizacją umowy z dnia 14.10.2014 r. nr DW/ORYN/40/2014, twierdząc o wycofaniu z oferty lamp przypodłogowych. Tym samym, już pod koniec listopada 2014 r., Zamawiający mógł co najmniej liczyć się z opóźnieniami i ewentualną koniecznością odstąpienia od umowy. Nie można zatem uznać, że sytuacja w której znalazł się Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowiła wyjątkową i nieprzewidywalną.

O tym, iż w przedmiotowej sprawie nie mieliśmy do czynienia z sytuacją wyjątkową, której nie można było przewidzieć świadczy również orzecznictwo Europejskiego Trybunału

Sprawiedliwości (dalej: ETS). Zgodnie z orzecnictwem ETS, m.in. C-385/02 Komisja przeciwko Włochom, C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, czy C-337/02 Komisja przeciwko Włochom) okolicznościami stanowiącymi nieprzewidywalną sytuację są zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzenia losowe, awarie, klęski żywiołowe, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających (m. in. orzeczenia C-385/02 Komisja przeciwko Włochom, C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, czy C-337/02 Komisja przeciwko Włochom). Okoliczność wypowiedzenia umowy nie należy do sytuacji występujących wyjątkowo w obrocie gospodarczym. Oczywiście sytuacja taka jest wysoce niepożądana, gdyż zaburza prawidłowe mechanizmy funkcjonowania rynku, jednakże nie sposób potraktować jej jako zjawiska wyjątkowego w obrocie gospodarczym. Przeciwnie – ryzyko związane z prawidłowym wykonaniem zobowiązań umownych jest elementem wpisanym w działalność podmiotów gospodarczych. Podmioty te, a w badanym przypadku Zamawiający, mogą przy użyciu dostępnych środków ekonomicznych i prawnych (np. poprzez odpowiednie zapisy umowy o zamówienie publiczne) zminimalizować ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk, takich jak np. spory stron umowy odnośnie wykonania zamówienia. Jeśli jednak – jak w badanym stanie faktycznym – do takiego zdarzenia dojdzie, nie sposób potraktować takiej sytuacji jako obiektywnie nadzwyczajnej.

Stanowisko co do braku możliwości uznania rozwiązania umowy za uzasadniającą odstępnie od podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych przyjmuje również Komisja Europejska. Przykładem może być prowadzona przez Komisję procedura w sprawie naruszenia prawa europejskiego przez Słowację. Rząd słowacki uzasadniał zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia pilną koniecznością (niezbędność obsługi prawnej dla realizacji projektu) wynikającą z okoliczności, których nie można było przewidzieć (nienależyte wykonanie umowy). Komisja stanęła na stanowisku, że udzielając tego zamówienia w procedurze negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia, naruszono obowiązek przejrzystości wywodzący się z ogólnych zasad traktatowych. Wskazano, iż odstępnie od umowy jest w każdym wypadku zależne od zamawiającego, a fakt, iż umowa została rozwiązana z uwagi na jej nienależyte wykonywanie jasno wskazuje, że była to okoliczność,

którą można było przewidzieć. W konsekwencji, zamówienie to powinno być udzielone w trybie konkurencyjnym¹.

Ponadto należy wskazać, iż realizacja zobowiązań umownych w określonym terminie (w przedmiotowej sprawie krótki termin realizacji zamówienia w trybie z wolnej ręki wynikał z wcześniej zaciągniętych zobowiązań Zamawiającego względem swoich kontrahentów na świadczenie usług zakwaterowania i żywienia), nie jest uznawana za sytuację wyjątkową i nieprzewidywalną, albowiem jest sytuacją występującą w stosunkach handlowych i nie wykracza poza normalne uwarunkowania gospodarcze. Powyższe zostało potwierdzone w opinii rzecznika generalnego Michaela Bendik Elmer, w sprawie C-318/94 z dnia 28 marca 1996 r., Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec, który wskazał, iż „gdyby państwa członkowskie mogły odstępować od stosowania podstawowych procedur przetargowych za każdym razem, gdy zagrożona jest realizacja zaciągniętych zobowiązań umownych, zakres zastosowania wyjątku przewidzianego w dyrektywie byłby niezmiernie szeroki (pkt 18)”. Ponadto jak już wcześniej wskazano krótki termin realizacji zamówienia wynikał z okoliczności zaniechania oceny mebli przez Zamawiającego tuż po ich dostawie przez wykonawcę.

Okoliczności faktyczne sprawy nie potwierdzają również tezy Zamawiającego o skomplikowanym charakterze przedmiotowego zamówienia. Jak wynika z dokumentacji sprawy w toku negocjacji w trybie z wolnej ręki z wykonawcą ██████████ sp. j. termin wykonania zamówienia został określony na dzień 10.04.2015 r., a więc realizacja miała nastąpić jedynie w przeciągu 20 dni kalendarzowych.

Reasumując stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

[...]

¹ Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dnia 08.10.2009 r. (znak: IP/09/1470) o skierowaniu do Republiki Słowackiej uzasadnionej opinii w sprawie naruszenia art. 226 TWE (obecnie art. 258 TFUE) (znak postępowania: 2008/4043)

Pismem z dnia 7 marca 2016 r. Zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia wobec ww. wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach wskazano:

„[...]”

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający miał możliwość dokonania oceny jakości dostarczonych mebli już od dnia 19.12.2014r. tj. od dnia dostarczenia mebli przez wykonawcę, zaś faktycznie dokonał tej czynności protokołem odbioru jakościowo-ilościowego dopiero w dniu 26.02.2015r. tj. po dwóch miesiącach od realizacji dostawy, czego konsekwencją było zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki - w celu wywiązania się z przyjętych na siebie zobowiązań umownych. Warto podkreślić, że Zamawiający traktował sprawę przyjęcia dostawy mebli, stanowiących wyposażenie pawilonów, priorytetowo z należytą starannością i terminie optymalnym dla dokonania czynności odbiorowych. Z załączonej kserokopii Protokołu odbioru robót „ Wykonanie robót budowlanych wykończeniowych w pawilonach wczasowych w oddziale WDW Rynia ul. Wczasowa 59, 05-127 Białobrzegi” jednoznacznie wynika, że roboty budowlane zakończono 17.03.2015 r. a odbioru jakościowo-ilościowego mebli dokonano w dniu 26.02.2015r.

Dowodzi to jednoznacznie, że jeszcze w trakcie niezakończonych robót budowlanych, Zamawiający przystąpił do odbioru jakościowo-ilościowego mebli w warunkach umożliwiających ich rozstawienie. Kontrolujący zwrócił uwagę, że Zamawiający, nie ma wpływu na jakość dostarczanych mebli, jednakże jako strona umowy miał wpływ na wykonywanie swoich uprawnień wynikających z zawartej umowy, w tym w zakresie odbioru jakościowego mebli.

Wobec powyższego wyjaśniamy, iż meble były w opakowaniach tekturowych, mocno i grubo ostreczowane (ofoliowane) w większości składające się z poszczególnych elementów przygotowanych do montażu, opakowaniach spełniających warunki § 4 ust. 4 i 5 umowy DW/ORYN/41/2014 z 14.10.2014 r. w brzmieniu: " 4. Wykonawca dostarczy przedmiot zamówienia w odpowiednim opakowaniu zabezpieczającym je przed zniszczeniem lub uszkodzeniem () i dalej 5. Opakowanie zabezpieczające przed uszkodzeniami zostanie zabrane i zutylizowane przez Wykonawcę".

Ich rozpakowanie i montaż w okresie poprzedzającym ich docelowe rozstawienie było nieuzasadnione i nieracjonalne. Dodatkowo mogło spowodować zniszczenie czy rozkompletowanie poszczególnych elementów. Dokonanie odbioru ilościowo jakościowego w

dniu 19.12.2014r. i w dniach następnych wiązałyby się z wyjęciem każdego elementu z opakowania, montażem a następnie demontażem i ponownym zapakowaniem mebli w sposób zabezpieczający towar przed uszkodzeniem i zabrudzeniem. Meble stanowiły wyposażenie 3 pawilonów wczasowych . Wskazuje to na wielkość i czasochłonność przedsięwzięcia a ponadto zaangażowanie ograniczonego poza sezonem personelu. W wykonywaniu podobnych czynności odbiorowych winien uczestniczyć Wykonawca, aby obiektywnie stwierdzić o istnieniu wad bądź ich braku. Działanie takie spowodowałoby zaangażowanie istotnych środków finansowych, byłoby nieracjonalne i nieuzasadnione, zważywszy na fakt, że działanie odbiorowe nie wyczerpuje warunku określonego w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, a odnoszące się do wniesienia i ustawienia mebli w wyremontowanych pawilonach. Zamawiający zwraca uwagę na cel jaki przyświeca udzieleniu zamówienia publicznego. Bez jakichkolwiek wątpliwości należy przyjąć, że jest nim wyłonienie wykonawcy gwarantującego Zamawiającemu prawidłową i rzetelną realizację zamówienia. Rolą Wykonawcy jest zaspokojenie potrzeb Zamawiającego i zabezpieczenie jego interesów, zgodnie ze złożonym zobowiązaniem. Zamawiający, działając w dobrej wierze i w swoim najlepszym interesie, nie zakładał nienależytego zrealizowania zamówienia. Wybrany Wykonawca został dokładnie zweryfikowany na etapie postępowania i wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określając siebie w nich jako profesjonalny, uczciwy i rzetelny. Tocząca się aktualnie sprawa sądowa z pozwu Zamawiającego przeciwko Wykonawcy TRONUS Polska sp. z o.o. i wyrok wydany w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej jednoznacznie odpowie na pytanie i zweryfikuje jakość wykonanych przez Wykonawcę mebli oraz zasadność odstąpienia od umowy.

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający eksplikuje: sprawę udzielenia zamówienia publicznego pn: „Dostawa wyposażenia pokoi hotelowych — dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych” należy rozpatrywać łącznie, z uwzględnieniem wszystkich czynności i procedur jakie podjął Zamawiający aby osiągnąć zamierzony cel, czyli wyposażenie nowo wyremontowanych pawilonów w nowo zakupione meble. Nie można zatem, zdaniem Zamawiającego, ograniczyć się wyłącznie do oceny czynności Zamawiającego w procesie udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Należy również wziąć pod uwagę dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na tożsamy przedmiot zamówienia we wszystkich postępowaniach;

- przetarg nieograniczony opublikowany pod numerem ogłoszenia: 282626 - 2014; data zamieszczenia: 26.08.2014 (unieważniono w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp)
- przetarg nieograniczony opublikowany pod numerem ogłoszenia: 307442 - 2014; data zamieszczenia: 16.09.2014
- postępowanie z wolnej ręki ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, numer ogłoszenia: 78696-2015 ; data zamieszczenia: 08.04.2015.

Całościowy pogląd na sprawę i spojrzenie na trzy ww. postępowania, łącznie nie daje podstaw do zarzucania Zamawiającemu, że nie zastosował jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, tj. przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a w konsekwencji nie dopełnił obowiązku zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Zamawiającego ocena stanu prawnego oraz faktycznego, tj. w szczególności:

- a) okoliczności przeprowadzenia postępowania przetargowego zakończonego zawarciem umowy;
- b) wskazanych w Ustawie Pzp przesłanek skorzystania z trybu z wolnej ręki;
- c) oraz co w ocenie Zamawiającego najistotniejsze, ważnego z punktu widzenia ekonomicznego i gospodarczego, interesu Spółki,

- prowadzi do wniosku, iż wybór wykonawcy w postępowaniu na: „Dostawę wyposażenia pokoi hotelowych - dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych”, w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp był uzasadniony. Zamawiający nie miał absolutnie żadnych innych możliwości zapewnienia otwarcia Ośrodka oraz wywiązania się ze swoich zobowiązań na czas.

W okresie 20.04.2015-30.05.2015 r. w ośrodku WDW Rynia - Zamawiający - odnotował sprzedaż usług gastronomiczno-hotelarskich na kwotę 397,1 tys. zł (kopię zestawienia przekazano jako załącznik do pisma z dnia 02.10.2015 r. wystosowanego do Departamentu Kontroli Doraźnej). Potwierdza to fakt, iż graniczny termin wykonania zamówienia winien nastąpić do 10.04.2015 r., w przeciwnym wypadku Zamawiający, Spółka Skarbu Państwa, naraziłby się na niewspółmierne straty finansowe nie tylko w postaci niezyskania przychodu w wysokości 397,1 tys. zł, ale również ponoszenia kosztów stałych funkcjonowania ośrodka; zatrudnienie, energia, ochrona, itp., na poziomie 383,2 tys. zł, co stanowiłoby stratę w tej wysokości dla Spółki Skarbu Państwa.

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 22 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 691/15 (LEX nr 1757409) stwierdziła, iż; „skorzystanie z trybu w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 p-Z-P- możliwe jest tylko w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od namawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Natychmiastowość wykonania musi, w myśl omawianego przepisu, być konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, a potrzeba natychmiastowego zrealizowania -mówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Ponadto wystąpienie okoliczności powodujących konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi »ynikać z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, okoliczności których nie można było przewidzieć wcześniej, a w zaistniałej sytuacji nie da się zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. "

Okres jaki upłynął od czasu kiedy Zamawiający zamieścił pierwsze ogłoszenie (w trybie przetargu nieograniczonego) a osiągnął efekt ostateczny, tj.: dostarczenie właściwego towaru, zamyka się w przedziale 26.08.2014 - 10.04.2015 tj. prawie 8 miesięcy, z tym że, negocjacje w trybie zamówienia z wolnej ręki rozpoczęto 16.03.2015r., a umowę podpisano 20.03.2015r. Z tego terminarza jednoznacznie wynika, że Zamawiający dołożył szczególnej staranności, aby wyłonić Wykonawcę w trybie podstawowym, jednakże wystąpiła wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. Dlatego też, niezrozumiałym dla Zamawiającego jest zarzut kontrolującego, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określających ww. art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tym bardziej, że w sytuacji, w której znalazł się Zamawiający nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów. Zamawiający podejmował dwukrotnie próby wyłonienia wykonawcy stosując tryby podstawowe zamówienia, co świadczy o bardzo starannym i należyтым podejściu do realizacji zamówienia.

Kolejnym postawionym przez kontrolującego zarzutem w sprawie, było niepotwierdzenie tezy o skomplikowanym charakterze przedmiotowego zamówienia. Kontrolujący zauważył, że w toku negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, wykonawca ██████████ Sp. J. określił termin wykonania zamówienia na dzień 10.04.2015r. a więc realizacja miała nastąpić w przeciągu 20 dni kalendarzowych. Nie jest zależnym od Zamawiającego, że Wykonawca, który był w stanie zrealizować zamówienie w ciągu 20 dni nie przystąpił do dwóch kolejno prowadzonych postępowań przetargowych (w trybach podstawowych — przetargu nieograniczonego). Wolą Zamawiającego nie jest ograniczanie

konkurencji w żaden sposób, zatem wnioskowanie, że znalazł się jeden wykonawca, który jest w stanie zrealizować zamówienie w tak krótkim czasie nie może stanowić podstawy do potwierdzenia tezy o nieskomplikowanym charakterze sprawy. Zamawiający dołożył należytej staranności przygotowując i prowadząc wszystkie postępowania, między innymi prosząc o ocenę niezależnych fachowców z branży meblarskiej w pierwszym prowadzonym przez siebie postępowaniu, które następnie zostało unieważnione. Ponadto Wykonawcy zgodnie potwierdzali, w rozmowach telefonicznych, że zamówienie to było skomplikowane, o dużym zakresie.

Kontrolujący całą swoją opinię oparł na twierdzeniu, iż „(.. .) jak już wcześniej wskazano krótki termin realizacji zamówienia wynikał z okoliczności zaniechania oceny mebli przez Zamawiającego tuż po dostawie przez wykonawcę”. Zdaniem Zamawiającego Kontrolujący winien odnieść się do sprawy nie tylko przez pryzmat przepisów ustawy Pzp, ale w szerszym aspekcie, biorąc pod uwagę także odpowiedzialność Zamawiającego za stosowanie zasad racjonalności, gospodarności, dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Gdyby Zamawiający podjął decyzję, na jaką wskazuje Kontrolujący tj. dokonania oceny mebli natychmiast, tuż po ich dostarczeniu, to naraziliby się na zniszczenie czy też rozkompletowanie poszczególnych elementów stanowiących przedmiot zamówienia a w konsekwencji dodatkowe koszty. Zamawiający nadal potwierdza, że dokonanie odbioru ilościowo-jakościowego w dniu 19.12.2014r. i w dniach następnym wiązałoby się z wyjęciem każdego elementu z opakowania, montażem a następnie demontażem i ponownym zapakowaniem mebli w sposób zabezpieczający towar przed uszkodzeniem i zabrudzeniem.

Dla zachowania warunków gwarancji czynności te winien wykonać Wykonawca w obecności Zamawiającego za dodatkową zapłatą, nie wynikającą z treści zawartej umowy. Meble stanowiły wyposażenie 3 pawilonów wczasowych. Takie rozwiązanie podczas prowadzonego remontu, które

dodatkowo znacznie zaangażowałoby personel Zamawiającego nie było wówczas absolutnie możliwe. Ponadto, Zamawiający nie zakładał z góry, że otrzymał towary wadliwe, i analogicznie zawsze, prowadząc postępowanie, celem Zamawiającego jest wyłonienie rzetelnego wykonawcy i pełna, należyta realizacja zamówienia publicznego. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem, że w tym konkretnym przypadku nie wystąpiły okoliczności, których nie można było przewidzieć. Sytuacja taka, zdaniem Zamawiającego miała miejsce i spełniła wszystkie przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, natomiast wcześniej

Zamawiający działał rozsądnie i profesjonalnie nie zakładając i nie planując nierzetelnej realizacji umowy. Powstałe zdarzenia miały Zdecydowanie charakter losowy. Zdaniem Zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że nieprzewidywalność okoliczności powinna być zawsze oceniana indywidualnie — w konkretnym stanie prawnym i faktycznym. O nieprzewidywalności określonych okoliczności można mówić w sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby mało prawdopodobne.

[...]"

Pismem z dnia 23.03.2016 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że nie uwzględni ww. zastrzeżeń oraz o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosnie zastrzeżeń w ww. piśmie wskazano:

„[...]”

w odpowiedzi na pismo z dnia 7 marca 2016 r. (znak: DW/ZARZ/1181/16), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli z dnia 26 lutego 2016 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/59(3)/15/LB), w związku z przeprowadzoną kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych uprzejmie informuję, iż Zamawiający – Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. w Warszawie – nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, dalej: „ustawa Pzp”). Tym samym, w całości nie uwzględniam zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

Odnosnie kontrolowanego przez Prezesa Urzędu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na dostawę wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych, ustalono następujący stan faktyczny. Zamawiający Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. – podmiot prawa publicznego zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – w zakresie obejmującym dostawę z montażem mebli przeprowadził trzy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: dwa w trybie przetargu nieograniczonego oraz postępowanie w trybie z wolnej ręki. Pierwsze postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (nr DW/ORYN/PZP/12/2014) nie wyłoniło wykonawcy zamówienia. W części obejmującej dostawę i montaż mebli zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust.

1 pkt 4 ustawy Pzp. W drugim postępowaniu przetargowym (nr DW/ORYN/PZP/16/2014) wyłoniono najkorzystniejsze oferty dla wszystkich części zamówienia, w tym części obejmującej dostawę i montaż mebli. W wyniku tego postępowania Zamawiający zawarł w dniu 14 października 2014 r. umowę nr DW/ORYN/41/2014 z firmą Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie w zakresie dostawy i montażu mebli.

Wykonawca zamówienia dostarczył meble w dniu 19 grudnia 2014 r. zgodnie z terminem wynikającym z umowy a jego odbiór został potwierdzony przez Zamawiającego w dniu 29 grudnia 2014 r. Odbiór jakościowo – ilościowy mebli protokolarnie został dokonany przez Zamawiającego w dniu 26 lutego 2015 r. i wykazał w ocenie Zamawiającego, iż wyroby wykonane zostały niezgodnie z projektem, niedokładnie i wadliwie. W związku z brakiem wymiany przez Wykonawcę dostarczonych mebli na wolne od wad Zamawiający pismem z dnia 27 marca 2015 r. na podstawie § 10 ust. 4 umowy nr DW/ORYN/41/2014 z dnia 14 października 2014 r. odstąpił od ww. umowy z winy Wykonawcy.

Zamawiający w dniu 9 marca 2015 r. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki (nr DW/ORYN/ZWR1/2015) pn.: dostawa wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych. Umowa nr DW/ORYN/20/2015 została zawarta w dniu 20 marca 2015 r. z wykonawcą [REDAKTOWANE] sp. j. w Łodzi na czas określony do 10 kwietnia 2015 r.

W uzasadnieniu prawnym zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż dołożył szczególnej staranności by wyłonić Wykonawcę w trybie podstawowym, jednakże wystąpiła wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. Nie mógł przewidzieć, że otrzyma meble niezgodne z opisem zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji meble niezdatne do użycia. Brak realizacji zamówienia na wyposażenie pokoi skutkowałby nie tylko znaczącymi stratami finansowymi dla spółki, ale również utratą zaufania klientów, w związku z nie otwarciem Ośrodka Wczasowego na początku sezonu wypoczynkowego, czy też zwrotem zaliczek klientom, którzy zaplanowali już swój urlop i opłacili koszty pobytu.

Dokonując oceny przedstawionych powyżej okoliczności Prezes Urzędu w informacji o wyniku kontroli z dnia 26 lutego 2016 r. stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej podtrzymał swoje stanowisko, iż zaistniała sytuacja dawała podstawę do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do postanowień zawartych w informacji o wyniku kontroli Zamawiający wskazał, iż rozpakowanie i montaż mebli w okresie poprzedzającym ich docelowe rozstawienie było nieuzasadnione i nieracjonalne. Na dowód swych twierdzeń przytoczył § 4 ust. 4 i 5 umowy z dnia 14 października 2014 r. Zgodnie z § 4 ust. 4 umowy wykonawca miał dostarczyć przedmiot zamówienia w odpowiednim opakowaniu zabezpieczającym je przed zniszczeniem lub uszkodzeniem (...), natomiast w myśli § 4 ust. 5 umowy opakowanie zabezpieczające przed uszkodzeniem miało zostać zabrane oraz zutylizowane przez Wykonawcę.

Zamawiający wyjaśnił następnie, iż w przedmiotowej sprawie nie można ograniczyć się wyłącznie do oceny czynności Zamawiającego w procesie udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Należy również wziąć po uwagę dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na tożsamy przedmiot zamówienia (...).

Zamawiający w dalszej kolejności stwierdził, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zaistniałej sytuacji faktycznej było niezbędne, nie miał absolutnie żadnych innych możliwości zapewnienia otwarcia Ośrodka oraz wywiązania się ze swoich zobowiązań.

W ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do zamówienia obejmującego dostawę z montażem mebli i lamp przypodłogowych.

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.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego dotyczącego braku możliwości rozpakowania i montażu mebli w okresie poprzedzającym ich docelowe rozstawienie należy wskazać, iż obowiązek Zamawiającego dotyczący niezwłocznego odbioru mebli po dostarczeniu ich przez Wykonawcę wynikał wprost z § 4 pkt 7 umowy, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany był do odbioru ilościowego, asortymentowego i jakościowego przedmiotu zamówienia niezwłocznie po dostarczeniu przez Wykonawcę. Zamawiający miał zatem obowiązek dokonania oceny jakości dostarczonych mebli w terminie od 19 grudnia 2014 r., tj. od dnia przekazania mebli przez Wykonawcę. Obowiązek ten nie został zrealizowany przez Zamawiającego. Niewykonanie zobowiązania po stronie Zamawiającego w konsekwencji doprowadziło do wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w marcu 2015 r. Tym samym należy uznać, iż zaniechanie zadośćuczynienia obowiązkowi odbioru przedmiotu zamówienia stanowiło w niniejszej sprawie przyczynę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, która to przyczyna bez wątpienia leżała po stronie Zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał również, iż rozwiązanie umowy z dnia 14 października 2014 r. było sytuacją wyjątkową i nieprzewidywalną. W ocenie Prezesa Urzędu, niewłaściwa realizacja umowy oraz jej rozwiązanie przez Zamawiającego jest sytuacją występującą w stosunkach handlowych i nie wykracza poza normalne uwarunkowania gospodarcze. Fakt rozwiązania umowy przez Zamawiającego jako jedno z ryzyk przewidywanych w umowie nie stanowiło zatem podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. O tym, iż rozwiązanie umowy z dnia 14 października 2014 r. nie było sytuacją wyjątkową i nieprzewidywalną wskazywały także problemy z terminową jej realizacją znane Zamawiającemu już na początkowym etapie realizacji zamówienia. Prośba Wykonawcy o przedłużenie terminu dostawy mebli o 30 dni (pismo z dnia 24 listopada 2014 r.) powinna stanowić dla Zamawiającego sygnał o możliwości wystąpienia opóźnień i ewentualnej konieczności odstąpienia od umowy.

W kwestii argumentu Zamawiającego dotyczącego unieważnienia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na tożsamy przedmiot zamówienia należy wskazać, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi sytuacji

wyjątkowej, której nie można było przewidzieć, albowiem jest sytuacją określoną w procedurze udzielania zamówień publicznych – art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Uznanie unieważnienia postępowania, za wyjątkowe oraz nieprzewidywalne stanowiłoby znaczne poszerzenie zakresu wyjątku, który zgodnie ze wskazanym powyżej orzecznictwem nie powinien być traktowany rozszerzająco.

Powyższy sposób interpretacji jest zgodny z opinią Rzecznika Generalnego Jacobsa z dnia 24 lutego 2005 r., który nawiązując do orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości C-318/94 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec wskazał, iż Zamawiający zamierzając udzielić danego zamówienia publicznego, muszą dochować należytej staranności i być świadomi konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z danym zamówieniem, a wynikających z przepisów prawa krajowego (...). Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat tego typu postępowań lub braku wypełnienia obowiązku z toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego².

Odnosząc się do argumentu dotyczącego krótkiego terminu realizacji zamówienia (dostawy z montażem mebli), tj. od 20 marca 2015 r. do dnia 10 kwietnia 2015 r., który wynikał z przyjętych uprzednio przez Zamawiającego zobowiązań umownych dotyczących otwarcia Ośrodka Wczasowego oraz zapewnienia w nim zakwaterowania i wyżywienia, wyjaśnienia wymaga, iż wystąpienie okoliczności powodujących konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, których nie można było wcześniej przewidzieć. W przedmiotowej sprawie krótki termin realizacji dostawy mebli w trybie zamówienia z wolnej ręki związany był z zaniechaniem niezwłocznej oceny mebli przez Zamawiającego tuż po ich dostawie przez Wykonawcę. Fakt ten, przy jednoczesnej świadomości Zamawiającego o konieczności wykonania przyjętych zobowiązań umownych, przesądza o tym, iż w sprawie stanowiącej przedmiot kontroli nie została spełniona przesłanka natychmiastowego wykonania zamówienia.

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł przewidzieć

² Urząd Komitetu Integracji Europejskiej „Analiza przesłanek stosowania procedury o udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacyjnym bez publikacji ogłoszenia na podstawie art. 31 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 40 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości”, Warszawa 2006 r.

oraz wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a tym samym Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przywoływanych przez siebie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.
[...]"

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został zreferowany w treści pism i dokumentów przytoczonych powyżej. Podano tam również i zacytowano wszystkie adekwatne przepisy prawa znajdujące zastosowanie w sprawie.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nieprzewidywalność okoliczności w kontekście zastosowania przesłanek zamówienia z wolnej ręki, powinna być zawsze oceniana indywidualnie – w konkretnym stanie faktycznym. Izba za nietrafne uznaje również jakiegokolwiek generalizacje, że nienależyte wykonanie umowy i konieczność odstąpienia od umowy z tego tytułu są okolicznościami przewidywalnymi, bo przecież w warunkach rynku mogą wystąpić i faktycznie występują. Na tej samej zasadzie można twierdzić, że przewidywalną okolicznością są rozmaite klęski żywiołowe, które przecież w danych warunkach geograficznych czy klimatycznych mogą wystąpić i faktycznie występują, a podmioty w tych warunkach działające winny się liczyć z ich wystąpieniem.

Jednakże stwierdzone w wyniku kontroli naruszenie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy nie znajduje w tym przypadku oparcia w jakichkolwiek prawnych generalizacjach (jakkolwiek pomocniczo w argumentacji prawnej powoływanych), ale było wynikiem prawidłowo dokonanej przez Prezesa UZP całościowej oceny zaistniałego stanu faktycznego, z uwzględnieniem wszystkich podnoszonych przez Zamawiającego okoliczności danej sprawy, w szczególności co do czasu, w którym Zamawiający mógł dowiedzieć się o nieprawidłowej realizacji jego umowy.

Izba w całości podziela stanowisko Prezesa UZP, co do oceny ustalonego stanu faktycznego i stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeń wskazanych przepisów ustawy.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....