

UZP/DKD/WKZ/421/2 /15/LB
KNZ/1/15
dot. KZ/1254/13/DKD

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

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

Zamawiający: Politechnika Warszawska
ul. Noakowskiego 18/20
00 – 668 Warszawa

Rodzaj zamówienia: dostawa

Przedmiot zamówienia: dostawa artykułów biurowych dla jednostek Politechniki Warszawskiej

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 186.451,19 zł (46.385,51 euro)

Środki UE: nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na dostawę artykułów biurowych dla jednostek Politechniki Warszawskiej, będącej przedmiotem niniejszej kontroli był przepis 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 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 03.10.2013 r. (znak: ZP/D/SE/31/13 DZP-390-2/13) poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie Office Media – Biuro Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki zawarta została w dniu 13.11.2013 r. (Nr ZP/D/SE/31/13) z firmą Office Media – Biuro Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w przedmiocie sukcesywnej dostawy dla jednostek Zamawiającego materiałów biurowych wyszczególnionych w opisie przedmiotu zamówienia przez okres: sukcesywnie do wyczerpania asortymentu zawartego w formularzu cenowym w ramach wartości brutto umowy.

Z nadesłanych przez Zamawiającego wyjaśnień oraz dokumentów wynika, iż w przedmiocie dostawy materiałów biurowych dla jednostek Politechniki Warszawskiej, Zamawiający przeprowadził postępowania o zamówienie publiczne:

1. Postępowanie ZP/D/SE/13/12 wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego unieważnione w dniu 28.06.2012 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.
2. Postępowanie ZP/D/SE/34/2012 wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego unieważnione w dniu 07.03.2013 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.
3. Postępowanie ZP/D/SE/13/2013 wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego unieważnione w dniu 29.08.2013 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.
4. Postępowanie ZP/D/SE/31/13 wszczęte w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Umowa zawarta w dniu 13.11.2013 r. z wykonawcą Office Media – Biuro Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
5. Postępowanie ZP/PRPW/PN/5/2013 wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego unieważnione w dniu 13.01.2014 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.
6. Postępowanie ZP/D/DS/1/14 wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego unieważnione w dniu 12.06.2014 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.
7. Postępowanie ZP/D/DS/25/14 postępowanie wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego z terminem rozstrzygnięcia na dzień 08.01.2015 r.

Pomiędzy organizowanymi postępowaniami przetargowymi, w latach 2012 – 2013, Zamawiający dwukrotnie dokonał zakupu z zastosowaniem art. 4 pkt 8 ustawy, czyli poniżej progu 14.000 euro, od którego zastosowanie miały przepisy ustawy:

1. Postępowanie z zastosowaniem art. 4 pkt 8 ustawy w 2012 r. na kwotę 7.938,28 zł netto, tj. 1.974,89 euro.
2. Postępowanie z zastosowaniem art. 4 pkt 8 ustawy w 2013 r. na kwotę 32.822,90 zł netto, tj. 8.165,71 euro.

Zamawiający w uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki wskazał, iż wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, ze względu na fakt, iż trzy kolejne postępowania przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego (lata 2012 – 2013) zostały unieważnione. Dodał, iż zamówienie z wolnej ręki dotyczyło wyłącznie zakresu koniecznego do zabezpieczenia Politechniki Warszawskiej w niezbędne podstawowe artykuły biurowe m.in. takie jak artykuły papiernicze (koperty, teczki, segregatory, papier biurowy) oraz artykuły piśmiennicze (wkłady do długopisów i piór, ołówki, zakreślacze). Zamawiający dodał, iż zaistniała sytuacja miała charakter niemożliwy wcześniej do przewidzenia i była rezultatem przeciągających się postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Zdaniem Zamawiającego, przeprowadzenie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia w pozostałych trybach konkurencyjnych, innych niż wolna ręka, nie było możliwe ze względu na terminy wymagane w tych trybach i konieczność natychmiastowej potrzeby zaopatrzenia Zamawiającego w niezbędne do funkcjonowania jednostek uczelni podstawowe artykuły biurowe.

Zamawiający wyjaśnił, iż po zaopatrzeniu w niezbędne podstawowe artykuły biurowe przy zastosowaniu trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki planowane było wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na pozostałe artykuły biurowe, które nie były pilnie niezbędne i konieczne do funkcjonowania uczelni. Zamawiający podjął decyzję, iż przedmiotowego zamówienia udzieli firmie Office Media – Biuro Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która zdaniem Zamawiającego sprawnie zrealizuje zamówienie na najkorzystniejszych warunkach. Na poparcie wyboru wskazanego wykonawcy dodał, iż wykonawca istnieje na rynku od 8 lat, współpracuje z wieloma liczącymi się producentami i dystrybutorami artykułów biurowych w Polsce. Posiada w swojej ofercie szeroki wachlarz dobrych jakościowo artykułów biurowych. Oferuje dogodny system płatności oraz dostaw. W ocenie Zamawiającego, jedynie wskazany wykonawca był w stanie zapewnić jednostkom Politechniki Warszawskiej szybkie dostawy niezbędnych materiałów biurowych, zapewniając przy tym odpowiednią jakość usług pod każdym względem.

Zamawiający stwierdził, iż nie miał wpływu na sytuację unieważnienia trzech kolejnych postępowań oraz nie mógł tej sytuacji przewidzieć. Wynikała bowiem z przyczyn leżących po stronie wykonawców – oferty zawierały błędy, były niezgodne ze specyfikacją

asortymentową, mimo opisów o charakterze standardowym, nieskomplikowanym. Wskazał, iż powyższe okoliczności spowodowały, iż po dwóch latach procedowania zaistniało ryzyko braku możliwości realizacji bieżących zadań dla Politechniki Warszawskiej. Dodatkowo wyjaśnił na czym polegało niebezpieczeństwo związane z brakiem rozstrzygnięcia przetargów. Wskazał, iż administracja centralna Politechniki Warszawskiej obejmuje swoją strukturą organizacyjną trzydzieści sześć jednostek zatrudniających łącznie osmiuset siedemdziesięciu czterech pracowników. W skład wchodzi między innymi takie jednostki jak: Biuro Spraw Osobowych, Kwestura, Dział Ekonomiczny, Biuro ds. Nauki, Dział Gospodarczo Administracyjny, Biuro ds. Studenckich, Dział Przygotowania Inwestycji i Remontów itd. Obsługą tych jednostek jest objętych stale bądź okresowo blisko pięć tysięcy pracowników Politechniki Warszawskiej oraz trzydzieści sześć tysięcy studentów. Brak rozstrzygnięcia na przełomie dwóch lat, postawił pod znakiem zapytania skuteczną realizację zadań i płynność oraz terminowość w realizacji obowiązków. Wskazał, iż charakter realizowanych przez jednostki administracji działań wymaga stałości. Nie jest możliwe zawieszenie realizacji działań w oczekiwaniu na pozytywne rozstrzygnięcie procedury (po dwóch latach podejmowania prób wyłonienia wykonawcy w trybie konkurencyjnym). Jeszcze raz podkreślił, iż jako bieżące potrzeby rozumie potrzeby, których zabezpieczenie umożliwia nieprzerwane realizowanie procedur księgowych, kadrowych, inwestycyjnych oraz obsługę społeczności studenckiej. Zawieszenie tych działań, w związku z oczekiwaniem na kolejne rozstrzygnięcie przetargu byłoby krokiem nieodpowiedzialnym i rodzącym liczne konsekwencje w zakresie realizacji zadań ustawowych, tym bardziej że wynik w oparciu o poprzednie doświadczenia ocenił jako niepewny. Powyższe argumenty zdaniem Zamawiającego, wskazują na to, iż termin "bieżące" nie może mieć charakteru punktowego – poprzez wskazanie jednej daty i zastosowanie jednorazowego niewielkiego odbioru, ale by zrealizować swój cel musi się odnosić się do konieczności uzyskania konkretnego efektu jakim jest nieprzerwane, niezakłócone działanie licznych jednostek. Dodał, iż biorąc pod uwagę doświadczenia z lat 2012 – 2013 w jego ocenie, wysoce uzasadnionym było założenie, że kolejne postępowanie prowadzone w jednym z trybów konkurencyjnych może też być nieskuteczne.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż jednorazowe, małe zamówienie nie rozwiązałoby problemu, należało przyjąć zakres ilościowy adekwatny do szacowanego czasu, w oparciu o dotychczasowe negatywne doświadczenia. W uzasadnieniu powyższego założenia Zamawiający powołał się na zasadę gospodarności, która w jego ocenie nakazywała w tym przypadku określić bezpieczny zakres zamówienia, tak by dwa miesiące później nie pojawiła się kolejna konieczność procedowania w trybie zamówienia z wolnej ręki – dodatkowo rozdrobnienie zamówienia prawdopodobnie skutkowałoby mniejszą szansą na uzyskanie korzystnych, niższych cen, akceptowalnych dla Zamawiającego oraz niedopuszczalną przerwą w dostawie choćby takiego asortymentu jak ryzy papieru. Zdaniem Zamawiającego,

w przypadku małych podmiotów, dokładne wypunktowanie liczby, co do sztuki jest możliwe, natomiast w przypadku podmiotu tak rozległego organizacyjnie, przy szacowaniu możliwe jest jedynie dołożenie należytej staranności w oparciu o doświadczenia z lat ubiegłych. Niemniej w ocenie Zamawiającego, ze względu na skalę działań jednostek, oraz ich zmienność w czasie, zawsze istnieje konieczność przyjęcia pewnego marginesu bezpieczeństwa.

Zamawiający podkreślił, iż w związku z racjonalnym pierwotnym oszacowaniem potrzeb oraz bardzo restrykcyjnym oszczędzaniem, nie zaistniała konieczność udzielenia kolejnego zamówienia. Potrzeby zostały w pełni zabezpieczone poprzez wskazany w umowie zakres. Umowa ZP/D/SE/31/13 jest w 100 % zrealizowana na dzień 26.01.2015 r.

W ocenie Zamawiającego, przedstawione uzasadnienie potwierdzało zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, w zakresie dostaw artykułów biurowych dla jednostek Politechniki Warszawskiej.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Na wstępie należy zauważyć, że Prezes Urzędu zgodnie z treścią art. 161 ust. 1 i 2 ustawy, 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 gospodarowania majątkiem, jego solidności, należytego wypełniania obowiązków i dotrzymywania zobowiązań.

Tryb zamówienia 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 sukcesywną dostawę artykułów biurowych dla jednostek Politechniki Warszawskiej – do wyczerpania asortymentu zawartego w formularzu cenowym w ramach wartości brutto umowy.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający nie wykazał, że w niniejszym stanie faktycznym mieliśmy do czynienia z sytuacją wyjątkową, której nie można było przewidzieć. Zamawiający jako wyjątkową sytuację, której nie mógł wcześniej przewidzieć wskazuje unieważnienie prowadzonych przez niego trzech postępowań w trybie przetargu nieograniczonego. W ocenie Prezesa Urzędu, fakt unieważnienia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć. Unieważnienie postępowania jest przewidziane w procedurach dotyczących udzielenia zamówień. Zamawiający musi więc brać pod uwagę konieczność unieważnienia postępowania w razie wystąpienia jednej z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 ustawy.

Należy również 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. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też jego unieważnienie, jest działaniem Zamawiającego, nie może więc być okolicznością uzasadniającą powstanie wyjątkowej sytuacji nie wynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Oczywiście Zamawiający, nie ma wpływu na „ważność” składanych ofert przez wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne. Należy

jednak mieć na względzie, iż to Zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, w tym za określony w SIWZ opis przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie do czasu wszczęcia kontroli Zamawiający przeprowadził 5 postępowań o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego, które w większości zostały unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Powyższe może budzić wątpliwości, w szczególności w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są powszechnie dostępne artykuły o ustalonych standardach jakościowych. Bez wątpienia Politechnika Warszawska ma rozbudowaną strukturę organizacyjną. Należy jednak zauważyć, iż podobną organizację ma wielu Zamawiających na rynku zamówień publicznych, nie przeszkadza to jednak w udzielaniu zamówień na artykuły biurowe po przeprowadzeniu postępowania konkurencyjnego. W konsekwencji ww. okolicznościom nie można przypisać cechy wyjątkowości, nie związanej z działaniem Zamawiającego. Zgodnie z zasadą ścisłej interpretacji wyjątków, cechę wyjątkowości można przypisać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji.

W przedmiotowej sprawie nie została również spełniona przesłanka dotycząca konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. Ochrona danego interesu może jednakże nastąpić jedynie zgodnie z zasadą proporcjonalności tzn. zamówienie publiczne, które może być udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, powinno jedynie dotyczyć zakresu, który jest absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji (*orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości C-107/92 Komisja przeciwko Republice Włoch* oraz *C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji*). W niniejszej sprawie nie została spełniona powyższa okoliczność. Nie można uznać, iż określony przez Zamawiającego okres (sukcesywnie do wyczerpania asortymentu zawartego w formularzu cenowym w ramach wartości brutto umowy – faktycznie od 13.11.2013 r. do 26.01.2015 r.) był niezbędny do realizacji przedmiotowej dostawy. Należy zwrócić uwagę, iż po unieważnionym postępowaniu w trybie

przetargu nieograniczonego w dniu 13.01.2014 r. Zamawiający kolejne postępowanie przeprowadził dopiero kilka miesięcy później, następnie natomiast po niespełna roku. Powyższe okoliczności oraz fakt, iż umowa w trybie z wolnej ręki została w 100% zrealizowana na dzień 26.01.2015 r. świadczą, iż zakres udzielonego zamówienia był zbyt szeroki w kontekście zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Jak zostało to już wyżej wskazane, możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ww. przepisu, musi być ograniczona do zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego. W konsekwencji, zamówienie, które z uwagi na jego wielkość musi być realizowane przez wiele miesięcy, co do zasady, nie może być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Tym samym, błędnym było założenie Zamawiającego, iż w przypadku zaopatrzenia Zamawiającego w artykuły biurowe ustawowa przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia mogła mieć miejsce przez okres ponad roku.

Powyższy sposób interpretacji został potwierdzony w orzecznictwie KIO. W uchwale z dnia 28 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/KU 3/08) stwierdzono, iż *„dyspozycja przepisu dotycząca zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z powodu konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, jest wypełniona wówczas, gdy natychmiastowe wykonanie zamówienia jest niezbędne dla usunięcia awarii lub jej skutków, co charakteryzuje się natychmiastowością, szybką reakcją i krótkim okresem trwania. W przedmiotowej sprawie natychmiastowe wykonanie zamówienia (usługa utrzymania czystości) miała trwać przez okres 36 miesięcy, czego w żaden sposób nie można zaakceptować”*.

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 art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Wyszczególnienie załączników:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej.