

Sygn. akt KIO/KD 16/15

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 31 marca 2015 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

**Politechnika Warszawska**

**ul. Noakowskiego 18/20**

**00-668 Warszawa**

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

**dostawę artykułów biurowych dla jednostek Politechniki Warszawskiej**

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący : Ewa Sikorska

Członkowie : Magdalena Rams

Robert Skrzyszewski

wyraża następującą opinię:

**nie uwzględnia zastrzeżeń z dnia 6 marca 2015 roku od wyników kontroli z dnia 27 lutego 2015 roku, w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną.**

### **Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: kontrolujący) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę artykułów biurowych dla jednostek Politechniki Warszawskiej.

Podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki był przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 03.10.2013 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie Office Media – Biuro Partner Sp. z o.o. w Warszawie.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki została zawarta w dniu 13 listopada 2013 roku z Office Media – Biuro Partner Sp. z o.o. 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, że 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 Pzp.
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 Pzp.
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 Pzp.
4. Postępowanie ZP/D/SE/31/13 wszczęte w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Umowa zawarta w dniu 13.11.2013 r. z wykonawcą Office Media – Biuro Partner Sp. z o.o. 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 Pzp.

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 Pzp.
7. Postępowanie ZP/D/DS/25/12 wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, unieważnione z terminem rozstrzygnięcia na dzień 08.01.2015 r..

Pomiędzy postępowaniami przetargowymi w latach 2012-2013 zamawiający dwukrotnie dokonał zakupu z zastosowaniem art. 4 pkt 8 ustawy, czyli poniżej progu 14.000 euro:

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, że wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki ze względu na fakt, że trzy kolejne postępowania przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego (lata 2012-2013) zostały unieważnione. Dodał, że zamówienie z wolnej ręki dotyczyło wyłącznie zakresu koniecznego do zabezpieczenia Politechniki Warszawskiej w niezbędne podstawowe artykuły biurowe i piśmiennicze. Dodał, że zaistniała sytuacja miała charakter niemożliwy wcześniej do przewidzenia i była rezultatem przeciągających się postępowań w trybie przetargu nieograniczonego. Zdaniem zamawiającego przeprowadzenie postępowania w pozostałych trybach konkurencyjnych 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, że po zaopatrzeniu w niezbędne podstawowe artykuły biurowe przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki planowane było wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na pozostałe artykuły biurowe. Zamawiający podjął decyzję, że przedmiotowego zamówienia udzieli firmie Office Media – Biuro Partner Sp. z o.o. w Warszawie.

Zamawiający stwierdził, że 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. Powyższe okoliczności spowodowały, że po dwóch latach procedowania istniało ryzyko braku możliwości realizacji bieżących zadań zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że jednorazowe małe zamówienie nie rozwiązałoby problemu, należało przyjąć zakres ilościowy adekwatny do szacowanego czasu, w oparciu

dotychczasowe negatywne doświadczenia. W uzasadnieniu powołał się na zasadę gospodarności.

### **Stanowisko kontrolującego**

Kontrolujący zważył, iż tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego trybu nie jest możliwe. Zgodnie z art. 66 ustawy zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielania 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 ustawie przypadkach. Kontrolujący powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 września 2001 roku sygn. akt II SA 2074/00 oraz wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 kwietnia 2003 r., C—20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Zgodnie a 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.

W ocenie kontrolującego zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wykazał, że w niniejszym stanie faktycznym mieliśmy do czynienia z sytuacją wyjątkową, której nie można było wcześniej przewidzieć. W ocenie kontrolującego fakt unieważnienia postępowań nie stanowi sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć. Unieważnienie postępowania jest przewidziane w procedurach dotyczących udzielania zamówień. Zamawiający musi brać pod uwagę konieczność unieważnienia postępowania w razie wystąpienia jednej z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrolujący zauważył, 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

uzasadniająca powstanie wyjątkowej sytuacji nie wynikającej przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Zamawiający nie ma wpływu na „ważność” składanych ofert, ale jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania zamówienie publiczne, w tym za określony w siwz opis przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie zamawiający przeprowadził 5 postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, które w większości zostały unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Ww. okolicznościom niemożna przypisać cechy wyjątkowości, niezwiązanej z działaniem zamawiającego. Cechę wyjątkowości można przypisać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym (powódzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji.

W ocenie kontrolującego w przedmiotowej sprawie nie została również spełniona przesłanka dotycząca konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem ETS 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 Pzp, powinno jedynie dotyczyć zakresu, jaki jest absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidywalnego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach wolnej konkurencji. W niniejszej sprawie ta okoliczność nie została spełniona. 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. Zamawiający, po unieważnieniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 13.01.2014 r. kolejne postępowanie przeprowadził dopiero kilka miesięcy później, następne – po niespełna roku. Powyższe okoliczności oraz fakt, że umowa w trybie z wolnej ręki została w 100% zrealizowana na dzień 26.01.2015 r. świadczą o tym, że zakres udzielonego zamówienia był zbyt szeroki kontekście zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Kontrolujący ostatecznie uznał, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu z wolnej

ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

### **Stanowisko zamawiającego**

Zamawiający w zastrzeżeniach z dnia 6 marca 2015 roku wskazał, iż trzykrotne unieważnienie następujących po sobie przetargów jest sytuacją, której nie można uznać za normalny tok rzeczy, który powinien być uwzględniony przy planowaniu działalności zamawiającego. Przyjęcie takiej wykładni oznaczałoby, że zamawiający miał realną możliwość zapobieżenia takiej sytuacji, a tak nie było. Zamawiający musiałby wszczynać postępowanie z nieokreślonym wyprzedzeniem. Nie jest to jednak możliwe z uwagi na procedury finansowe (brak planu rzeczowo-finansowego i zatwierdzonego budżetu) oraz na fakt, iż opis przedmiotu zamówienia nie mógłby być nierzetelny. Nie można więc twierdzić, że doszło do sytuacji, którą zamawiający powinien był przewidywać.

Zamawiający nie zgodził się, że wyjątkowa sytuacja uzasadniająca zastosowanie trybu z wolnej ręki spowodowana została działaniem zamawiającego. Stwierdził, że niezłożenie prawidłowej oferty skutkowało koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyczyny nieleżące po stronie zamawiającego to przyczyny obiektywne, na których wystąpienie (złożenie prawidłowej oferty) zamawiający nie miał wpływu.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem niespełnienia przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Podniósł, że brak realizacji zamówienia skutkowałby koniecznością wstrzymania prac administracyjno-biurowych w licznych jednostkach zamawiającego. Skutkowałoby to brakiem obsługi dla kilku tysięcy pracowników i trzydziestu sześciu tysięcy studentów, co mogłoby narazić zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą w związku z brakiem realizacji obowiązków lub przekroczeniem terminów w ich realizacji. Artykuły biurowe, oprócz sprzętu informatycznego, stanowią podstawowe narzędzie pracy i ich brak jest tożsamy z koniecznością przerwania realizacji zadań. Określenie „sukcesywnie” nie wyłącza natychmiastowości, a jedynie wskazuje na ciągłość charakteru realizowanych przez zamawiającego zadań. Zamawiający nie realizuje bowiem swoich zadań i funkcji poprzez jednorazowy akt. Zamawiający zobowiązany był zapewnić ciągłość realizacji zadań poprzez udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym na czas niezbędny do wyłonienia kolejnego wykonawcy w trybie

konkurencyjnym. Stan natychmiastowej konieczności miał charakter przemijający i trwał do czasu rozstrzygnięcia procedury konkurencyjnej.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w analizowanym przypadku zaszła również przesłanka zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający przeprowadził kolejno trzy przetargi nieograniczone, przy czym pierwszy został unieważniony z innych przyczyn niż wskazane w tym przepisie. Kolejne dwa zostały jednak unieważnione w okolicznościach określonych w przepisie. W każdym z nich wpłynęły po trzy oferty i wszystkie zostały odrzucone ze względu na ich niezgodność z siwz. Wykonawcy nie wnieśli środków ochrony prawnej. Istotne warunki zamówienia we wszystkich postępowaniach były takie same.

**Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do poszczególnych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby wnioski zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej należy uznać za zasadne.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Przesłanki zastosowania zamówienia z wolnej ręki zawarte są w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp 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.

Okolicznością niezbędną do zastosowania trybu z wolnej ręki jest wymóg natychmiastowego wykonania zamówienia. Wielki Słownik Języka Polskiego definiuje określenie "natychmiastowy" jako taki, który nastąpił lub nastąpi w jak najkrótszym czasie po pewnym innym zdarzeniu, o którym mowa lub o którym wiadomo. Odnosząc powyższe do treści art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podkreślić należy, że potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia oznacza wykonanie zamówienia jak najszybciej, zaraz po ustąpieniu okoliczności, które tę potrzebę spowodowały. Przyjmuje się, że "natychmiastowe wykonanie zamówienia" oznacza konieczność jego realizacji "szybciej niż pilnie", czyli właściwie "z dnia na dzień".

Podstawą wskazanej regulacji jest 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.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114), zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucje zamawiające nie mogły przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, o której mowa w art. 30, nie mogą być dotrzymane. Zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane instytucji zamawiającej.

Poprzez sformułowania "w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne" oraz "pilna konieczność" należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w piśmiennictwie ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. Podkreślić również należy, iż zamówienia dokonywane na podstawie art. 31 pkt 1 lit. c dyrektywy winny charakteryzować się natychmiastowością/pilnością wykonania, szybką reakcją zamawiającego oraz krótkim okresem trwania zamówienia. Oznacza to, że zamówienie powinno ograniczać się jedynie do usunięcia absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia.

W ocenie Izby wskazane wyżej przesłanki nie zostały spełnione. Należy zgodzić się z kontrolującym, że określony przez zamawiającego okres (sukcesywnie do wyczerpania asortymentu zawartego w formularzu cenowym w ramach wartości brutto umowy – faktycznie od 13.11.2013 do 26.01.2015 r.) był niezbędny do realizacji przedmiotowej dostawy.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie zaszły również przesłanki do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie ze wskazanym przepisem zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zakres zamówienia z wolnej ręki znacznie różnił się od zakresu wynikającego z unieważnionych postępowań przetargowych. Zamówienie z wolnej ręki obejmowało 99 pozycji o wartości szacunkowej 186.451.19 zł.



Zakres zamówienia przewidziany dla postępowań przetargowych obejmował odpowiednio: 731 pozycji o wartości 570.619,88 zł oraz 734 pozycje o wartości 561.748.37 zł.

Ponadto w unieważnionych przetargach nieograniczonych wagi zastosowanych kryteriów różniły się w sposób istotny. W pierwszym postępowaniu kryterium ceny wynosiło 40%, jakość – 60%. W drugim postępowaniu kryterium ceny wynosiło 10%, jakość – 90%. W trybie zamówienia z wolnej ręki cena udzielonego zamówienia ustalona została po negocjacjach z wykonawcą.

Wątpliwości budzi również spełnienie przesłanki przeprowadzenia kolejno dwóch postępowań o zamówienie publiczne. Postępowania te były prowadzone w 6-miesięcznym odstępie czasowym, a pomiędzy nimi zamawiający dwukrotnie dokonał zakupu artykułów biurowych bez stosowania ustawy.

Konkludując Izba uznała, iż kontrolujący zasadnie stwierdził, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki i poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....