



Warszawa, dnia 13.10 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIENÍ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/WKZ/421/65(4)/14/MA
KNZ/28/14
KZ/1125/13

Pan
dr n. med. Janusz Piotrowski
Prezes Zarządu
Wielospecjalistycznego Szpitala Powiatowego S.A.
ul. Pyskowicka 47 - 51
42 – 612 Tarnowskie Góry

Szanowny Panie Prezesie!

Uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), przeprowadził kontrolę doraźną – kontrolę w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy – postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była:

„usługa sprzątania pomieszczeń Wielospecjalistycznego Szpitala Powiatowego S.A. w Tarnowskich Górach”

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy w załączeniu przesyłam informację o wyniku ww. kontroli.

Z poważaniem
Z p. Prese VCP
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Winiński
Danuta Winińska



Warszawa, dnia 13.10 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/WKZ/421/65 (4)/14/AM

KNZ/28/14

Dot. KZ/1125/13

**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: Wielospecjalistyczny Szpital Powiatowy S.A.
ul. Pyskowicka 47 - 51
42 – 612 Tarnowskie Góry

Rodzaj zamówienia: usługa

Przedmiot zamówienia: sprzątnie pomieszczeń Wielospecjalistycznego Szpitala Powiatowego S.A. w Tarnowskich Górach

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

Wartość zamówienia: 2.071.916,67 zł. (515.453,45 euro)

Środki UE: nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń.

Pismem z dnia 6 września 2013 r. (WSP/DZP/24/09/2013) Zamawiający – Wielospecjalistyczny Szpital Powiatowy S.A. w Tarnowskich Górach przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, dalej: Prezes Urzędu, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), dalej: ustawa, na: *„usługę sprzątnia pomieszczeń Wielospecjalistycznego Szpitala Powiatowego S.A. w Tarnowskich Górach”*.

Z zawiadomienia wynika, iż Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie wysyłając w dniu 5 września 2013 r. zaproszenie do negocjacji Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą we Wrocławiu (53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118) oraz Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Spółka komandytowa (członek konsorcjum) z siedzibą we Wrocławiu (53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118), dalej: Konsorcjum Impel.

Umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta w dniu 10 września 2013 r. z Konsorcjum Impel w przedmiocie usługi kompleksowego utrzymania czystości wraz z usługą w zakresie opieki medycznej świadczonej na rzecz podmiotów leczniczych, zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, w obiektach Szpitala Zamawiającego o łącznej powierzchni szacowanej na 13 670,35 m², znajdujących się przy ul. Pyskowskiej 47 – 51 i ul. Opolskiej 21 w Tarnowskich Górach, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1-15 do umowy oraz z ofertą. Przedmiotowa umowa została zawarta na okres 16 miesięcy, tj. od dnia 11 września 2013 r. do 31 grudnia 2014 r.

Zamawiający poinformował, iż obowiązująca go umowa na świadczenie usług sprzątnia pomieszczeń szpitalnych zawarta w dniu 28 czerwca 2010 r. ze Spółdzielnią Inwalidów „Naprzód” z siedzibą w Krakowie miała obowiązywać do dnia 31 lipca 2013 r. W celu zagwarantowania ciągłości wykonywania przedmiotowej usługi Zamawiający w dniu 24 maja 2013 r. wszczął postępowanie przetargowe, które zostało unieważnione 15 lipca 2013 r. (cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). W tym samym dniu, tj. 15 lipca 2013 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, w wyniku którego w dniu 31 lipca 2013 r. została zawarta umowa z datą obowiązywania od 1 sierpnia 2013 r. do 31 października 2013 r. z firmą Synap Development Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Mając na uwadze okres obowiązywania umowy zawartej z firmą Synap Development Sp. z o.o. (*„3 miesiące (...) – do czasu rozstrzygnięcia postępowania na okres 12 miesięcy”*), Zamawiający w dniu 14 sierpnia 2013 r. wszczął kolejne postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, które zostało unieważnione 11 września 2013 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zdaniem Zamawiającego istotną zmianą okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżało w interesie publicznym,

czego nie można było wcześniej przewidzieć - było przedterminowe wypowiedzenie przez firmę Synap Development Sp. z o.o. umowy na świadczenie usług sprzątnia. Jak wynika z przekazanej dokumentacji umowę przed końcem terminu jej zakończenia wypowiedziała również Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” (Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” – 30 lipca 2013 r., Firma Synap Development Sp. z o.o. – 27 sierpnia 2013 r.). Zdaniem Zamawiającego „działanie obu firm miało na celu wbrew dotychczas obowiązującym umowom oraz powszechnie obowiązującym przepisom prawa przekazanie pracowników Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” do Wielospecjalistycznego Szpitala Powiatowego S.A. w Tarnowskich Górach, przekazanych uprzednio przez Samodzielny Publiczny Szpital (obecnie w likwidacji) w wyniku postępowania przetargowego z roku 2010 w drodze art. 23 (1) Kp.”.

Zamawiający wyjaśnił, iż bezpośrednią przyczyną wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na świadczenie usługi sprzątnia pomieszczeń Wielospecjalistycznego Szpitala Powiatowego S.A. w Tarnowskich Górach, był fakt rozwiązania w dniu 27 sierpnia 2013 r. przez dotychczasowego wykonawcę firmę Synap Development Sp. z o.o. umowy (z dwutygodniowym wypowiedzeniem) - tym samym Zamawiający od dnia 11 września 2013 r. został pozbawiony całodobowego specjalistycznego sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń szpitalnych. Powyższa sytuacja, zdaniem Zamawiającego, była na tyle wyjątkowa i niebezpieczna z punktu widzenia zdrowia pacjentów, że w pełni uzasadniała wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Według Zamawiającego zostały zachowane wszelkie przesłanki zastosowania niniejszego trybu: sytuacja powstała z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, Zamawiający nie był w stanie jej przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zamawiający poinformował, iż udzielił zamówienia po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki „na okres do dnia 31 grudnia 2014 r., tj. na okres bieżących potrzeb Zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia prawidłowo – nie obciążonej wadą, procedury przetargowej”. Zdaniem Zamawiającego „procedura taka będzie możliwa w chwili ustalenia pracodawcy dla 37 dotychczasowych pracowników Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” przez właściwy Sąd. W przypadku bowiem ustalenia przez Sąd Pracy, że pracodawcą dla tychże pracowników jest Zamawiający będzie wiadomo czy Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia winien ująć kolejne przejście pracowników, którzy de facto na chwilę obecną zdaniem Zamawiającego nie są jego pracownikami (...)”.

Odnosząc się do okresu na jaki została zawarta umowa w trybie z wolnej ręki, Zamawiający poinformował, iż znana jest mu treść uchwały KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 21/09), jednak zdaniem Zamawiającego „w odniesieniu do placówki medycznej, trudno oceniać czy okres 12 lub też 15 miesięcy jest okresem długim, czy krótkim”.

Ponadto Zamawiający zaznaczył, iż trudno czynić mu zarzut z podjęcia działań zapewniających długoterminowe (16 miesięczne) bezpieczeństwo epidemiologiczne pacjentom i personelowi biorąc pod uwagę zarówno przedmiot umowy jak i doświadczenia Szpitala w zawieraniu umów. Zamawiający wskazał, iż dotychczasowa praktyka zawierania umów na kompleksowe sprzątnie Szpitala dodatkowo uzasadnia zawarcie umowy na taki czasookres. Zdaniem Zamawiającego prowadzenie kolejnego postępowania z możliwością jego unieważnienia, nie zapewnia bezpieczeństwa placówki medycznej.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Na wstępie należy podnieść, że kompetencje kontrolne Prezesa Urzędu nie obejmują kontroli etapu realizacji umów w sprawie zamówień publicznych. W związku z powyższym Prezes Urzędu przeprowadzając niniejszą kontrolę nie rozstrzygał sporu pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami odnośnie zasadności rozwiązania umów (z dnia 28 czerwca 2010 r. oraz z dnia 31 lipca 2013 r.). Kontrola Prezesa Urzędu, dotyczyła legalności wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki – w niniejszej sprawie zaistnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

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.

Dodatkowo należy podkreślić, 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) (dalej „dyrektywa”). 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”*.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż usługa stanowiąca przedmiot niniejszego zamówienia nie spełnia ww. przesłanek. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych następstw zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Zamówienie z wolnej ręki powinno odnosić się jedynie do zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia rezultatom określonego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji (orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości C-107/92 Komisja przeciwko Republice Włoch oraz C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji).

Z brzmienia art. 31 pkt 1 lit. c) dyrektywy wynika, iż zamówienie publiczne powinno być udzielone jedynie do zakresu, który jest absolutnie niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia w celu ochrony danego interesu. Tym samym w ocenie Prezesa Urzędu udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, dopuszczalne jest jedynie w ograniczonym zakresie, mającym na celu usunięcie doraźnych skutków wystąpienia wyjątkowej sytuacji oraz zapobieżeniu powstania poważnych szkód. Przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki obejmuje wykonywanie czynności w dłuższym okresie czasu (umowa będąca wynikiem przeprowadzonego postępowania została zawarta na czas określony: od dnia

11 września 2013 r. do dnia 31 grudnia 2014 r.). Nie można zatem przyjąć, że w opisanej sytuacji została spełniona przesłanka natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia, oraz że okres 16 miesięcy realizacji przedmiotowego zadania jest niezbędnym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie gwarantującym zachowanie konkurencji. W związku z powyższym nie sposób uznać, że przedmiotowe zamówienie obejmuje usługę, mającą na celu usunięcie bezpośrednich skutków nagłego zdarzenia. Okres na jaki Zamawiający udzielił zamówienia, jest zbyt długi i nie odpowiada celowi zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki. Podsumowując - zamówienie, które jest realizowane przez wiele miesięcy (kilkanaście) – co do zasady nie może być udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

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”*. Podobnie zostało stwierdzone w cytowanym przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 13 sierpnia 2009 roku (sygn. akt KIO/KD 21/09). Również w wyroku KIO z dnia 2 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 8/11) wyrażono opinię, że *„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 zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia, niemożliwego do przewidzenia. W zaistniałym stanie faktycznym, zlecenie realizacji w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nastąpiło na okres 12 miesięcy, a zatem nie można mówić o krótkim okresie trwania zamówienia, mającym na celu jedynie zapobieżenie najpilniejszym skutkom nieprzewidywalnego zdarzenia. Należy zatem podzielić stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że udzielenie zamówienia na okres roku nie odpowiada celowi określönemu w przesłance art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp”*. Z kolei w wyroku KIO z dnia 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 11/13) stwierdzono: *„jak słusznie wskazał Prezes UZP w Informacji o wynikach kontroli – chodzi o sytuacje, kiedy potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia wynika z konieczności uniknięcia negatywnych następstw zaniechania, niezwłocznego podjęcia działań przez podmiot zamawiający, w sytuacji, gdy wchodzi w grę ograniczenie, czy też zapobieżenie rezultatom określönego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji (...)”*.

Zamawiający w treści zawiadomienia wskazywał również, iż okoliczności, w których zostało udzielone zamówienie z wolnej ręki miały charakter wyjątkowych, których nie mógł on przewidzieć.

W ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający nie wykazał, że zaistniała sytuacja stanowiła sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć. 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. 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.

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała wyjątkowa sytuacja, której Zamawiający nie mógł przewidzieć oraz zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, a tym samym 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 odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 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.

Z up. Prezesa UZP
Dyrektor
Departament Kontroli Doraźnej
D. Winiński
Daniel Winiński