



Warszawa, dnia 9.12. 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/WKZ/421/81 (4) 14/LB

KNZ/38/14

dot. SK/447/11/DKD

Szanowny Pan

Jerzy Lejk

Prezes Zarządu – Dyrektor Generalny

Metro Warszawskie Sp. z o.o.

ul. Wilczy Dół 5

02 – 798 Warszawa

Szanowny Panie Prezisie,

działając z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, 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. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

„zorganizowanie spotkania integracyjno – rekreacyjnego dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o.o.”.

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

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

D. Winiński
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Winiński
Daniel Winiński



Warszawa, dnia 9.12. 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/WKZ/421/81 (u) 14/LB
KNZ/38/14
dot. SK/447/11/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: Metro Warszawskie Sp. z o.o.
ul. Wilczy Dół 5
02 – 798 Warszawa

Rodzaj zamówienia: usługa

Przedmiot zamówienia: zorganizowanie spotkania integracyjno – rekreacyjnego dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o.o.

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 198.149,59 zł. (51.614,90 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 zorganizowanie spotkania integracyjno – rekreacyjnego dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o.o., będącej przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 5 ust. 1 a pkt 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. 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 05.04.2011 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy BOOM – Bardzo Oryginalna Oferta Marketingowa z siedzibą w Warszawie. Umowa w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki została zawarta w dniu 16.05.2011 r., w przedmiocie zorganizowania spotkania integracyjno – rekreacyjnego dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o.o. i ich rodzin, z terminem realizacji zamówienia – 04.06.2011 r. od godziny 12.00 do godz. 17.00 dla 2500 osób na terenie Stacji Techniczno Postojowej Kabaty. Zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonawca zobowiązany był do zapewnienia usług cateringowych, programu artystycznego, gier zabaw sportowych w formie rywalizacji rodzin, dodatkowych atrakcji dla dzieci, zaplecza technicznego, opieki medycznej, ubezpieczenia imprezy i ochrony.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.05.2011 r. pod pozycją 120482.

Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotowego zamówienia udzielił na podstawie art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy, gdyż w jego ocenie zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków oraz mogłoby uniemożliwić terminową realizację zamówienia. Zamawiający wskazał, iż termin pikniku został wyznaczony na dzień 04.06.2011 r. W ocenie Zamawiającego, czas w jakim miało być zorganizowane spotkanie również miał wpływ na zastosowanie ww. trybu ze względu na fakt, iż zorganizowanie tak dużej imprezy wymagało terminowego wyprzedzenia w rezerwacji niezbędnych elementów (namiotów cateringowych, atrakcji dla dzieci typu: karuzela, dmuchane zamki, sprzętów do zawodów sportowych) oraz zawodowej obsługi trenerów i animatorów. Według Zamawiającego, wcześniejsze rozpoczęcie organizacji spotkania i wszczęcie procedury nie mogło nastąpić ze względu na fakt, iż pozycja „piknik dla pracowników i rodzin” została zatwierdzona w preliminarzu wydatków Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych w dniu 29.03.2011 r. uchwałą Nr 35/11. W dalszej części wyjaśnień Zamawiający dodał, iż powierzył realizację przedmiotowego zamówienia firmie BOOM – Bardzo Oryginalna Oferta Marketingowa z Warszawy, której oferta w poprzednich latach uznana została za najbogatszą programowo i najatrakcyjniejszą spośród innych firm biorących udział

w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto wskazał, iż wybrany wykonawca już pięciokrotnie realizował przedmiotowe zamówienie w latach ubiegłych, a dotychczasowa współpraca przy organizacji pikników dla Metra Warszawskiego, ich profesjonalne przygotowanie, fachowość obsługi, kompetencje organizatorów, znajomość specyfiki Zamawiającego uzasadniała powierzenie właśnie temu wykonawcy organizacji imprezy organizowanej w 2011 roku. Dodał, iż oferta przygotowana przez firmę gwarantowała prawidłowe oszacowanie kosztów, ponieważ została oparta na zdobytym już doświadczeniu z lat ubiegłych.

W ocenie Zamawiającego, przedstawione argumenty uzasadniały wszczęcie przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy i powierzenie jego realizacji firmie BOOM – Bardzo Oryginalna Oferta Marketingowa.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak również europejskiego. Zgodnie z orzecnictwem zarówno Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego, przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter zamknięty (wyrok SN z dnia 06.07.2001 r., sygn. akt III RN 16/01, wyrok NSA z dnia 11.09.2000 r. sygn. akt II S.A. 2074/00, wyrok NSA z dnia 01.10.2001 r., sygn. akt II SA 2802/00). Również w świetle orzecnictwa ETS, przesłanki zastosowania tego trybu muszą podlegać wykładni ścisłej, zaś ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne (w przedmiotowym stanie faktycznym – na Zamawiającym) (tak m. in. wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja przeciw Republice Federalnej Niemiec C-126/03).

Na mocy art. 5 ust. 1a ustawy (w brzmieniu na dzień 05.04.2011 r., tj. na dzień wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki), Zamawiającemu w przypadku zamówień, których przedmiotem były tzw. usługi niepriorytetowe, przysługiwało uprawnienie do zastosowania m.in. trybu zamówienia z wolnej ręki. Tryb ten mógł być na podstawie ww. przepisu zastosowany, poza przypadkami enumeratywnie wymienionymi w art. 67 ust. 1 ustawy, również w innych, uzasadnionych sytuacjach. Możliwość ta powstawała w szczególności, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających

z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, poniesieniem straty w mieniu publicznym, czy uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Przepisy ustawy nie określały, co należy rozumieć pod pojęciem „uzasadnionych przypadków”, podkreślenia jednak wymaga, że możliwość stosowania trybów nie poprzedzonych ogłoszeniem o zamówieniu, stanowi odstępstwo od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych i w związku z tym przesłanki pozwalające na ich zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Możliwość przewidziana w art. 5 ust. 1a ustawy powinna ponadto uwzględniać zasadę proporcjonalności, a zatem powinna być stosowana tylko w takim zakresie, w jakim tych samych celów nie da się osiągnąć za pomocą środków mniej ograniczających konkurencję¹.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”), Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy w odniesieniu do zamówienia obejmującego zorganizowanie spotkania integracyjno – rekreacyjnego dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o.o.

W myśl art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy w przypadku zamówienia na usługi niepriorytetowe Zamawiający mógł wszcząć postępowanie w trybie z wolnej ręki, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować: naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków (pkt 1) oraz uniemożliwieniem nieterminowej realizacji zadań (pkt 4).

Z analizy dokumentów oraz wyjaśnień zgromadzonych w toku niniejszego postępowania kontrolnego wynika, iż nie zachodziła sytuacja, w której spełniona byłaby przesłanka wymieniona w art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy, tj. Zamawiający nie wykazał, iż w razie udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym doszłoby do naruszenia zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków. Przede wszystkim nie przekonuje argument Zamawiającego, jakoby właściwie przedmiotowe zamówienie była w stanie wykonać tylko firma BOOM – Bardzo Oryginalna Oferta Marketingowa z Warszawy, współpracująca już wcześniej z Zamawiającym. Przedmiot zamówienia nie ma charakteru na tyle specyficznego, którego w ocenie Prezesa Urzędu inny wykonawca niż BOOM – Bardzo Oryginalna Oferta Marketingowa, nie byłby w stanie zrealizować i nie posiadał możliwości zatrudnienia odpowiedniej kadry (trenerów i animatorów) do zorganizowania spotkania integracyjno – rekreacyjnego. Wskazać należy, że w sytuacji zamieszczenia odpowiedniego opisu przedmiotu zamówienia, wraz ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, każdy wykonawca zajmujący się organizacją tego rodzaju imprez kulturalnych byłby w stanie wykonać właściwie przedmiotowe zamówienie.

¹ Wytoczne przyjęte przez Komitet Stały Rady Ministrów 18 listopada 2010 r. dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę (dostępne na stronie www.uzp.gov.pl)

Odnosząc się do argumentu o specyfice klienta wskazać należy, że Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji nie wskazał żadnych specyficznych cech usługi, czy poszczególnych jej odbiorców, które wskazywałyby, iż jedynie wykonawca BOOM – Bardzo Oryginalna Oferta Marketingowa był w stanie świadczyć przedmiotową usługę, w szczególności nie określił żadnych szczególnych wymogów dotyczących przebiegu i organizacji imprezy, który miał zapewnić wykonawca w trakcie trwania spotkania. Z kolei z przedstawionej przez wykonawcę propozycji programu (zapewnienie cateringu, oprawy artystycznej – pokazów tanecznych, DJ, atrakcji dla dorosłych – euro-bungee, kule Water Ball, jazda na quadach i atrakcji dla dzieci – strefa z animatorami zabaw, dmuchane zjeżdźalnie, malowanie twarzy itp.) nie można przypisać charakteru specjalistycznego, do którego realizacji zdolna była ograniczona liczba wykonawców. Co do obaw Zamawiającego dotyczących ewentualnego braku możliwości zweryfikowania walorów wykonawcy w przypadku zdecydowania się na przeprowadzenie postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych, wskazać należy, że przedmiotowa usługa – jak sam Zamawiający zauważył – mieści się w katalogu usług o charakterze niepriorytetowym. Oznacza to, że Zamawiający na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy był uprawniony do niestosowania przepisów ustawy dotyczących zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Tym samym, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi niepriorytetowe prowadzone w trybie konkurencyjnym umożliwiało wybór wykonawcy z uwzględnieniem jego cech podmiotowych. Powyższe dawało Zamawiającemu możliwość zweryfikowania warunków podmiotowych wykonawcy nie tylko w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Obawa Zamawiającego związana z brakiem możliwości oceny potencjału wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia nie miała zatem charakteru obiektywnego. Nie można bowiem a priori założyć, że jakkolwiek inny wykonawca niż preferowany przez Zamawiającego nie spełni oczekiwań tylko dlatego, że dotychczasowy wykonawca wywiązywał się prawidłowo z zadania powierzonego przez Zamawiającego.

Zamawiający w przekazanych wyjaśnieniach powołał się również na przesłankę określoną w art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy, wskazując na zagrożenie nieterminową realizacją zadań związanych z realizacją usługi organizacji spotkania integracyjno – rekreacyjnego. Jednakże stwierdzić należy, że Zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Ustalony w sprawie stan faktyczny nie wskazuje bowiem, aby istniało zagrożenie brakiem lub nieterminową realizacją ww. usługi. Należy zauważyć, iż to sam Zamawiający wyznacza termin pikniku, w 2011 roku został wyznaczony na dzień 04.06.2011 r. i zatwierdzony w preliminarzu wydatków uchwałą Nr 35/11 Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych z dnia 29.03.2011 r. Tym samym, Zamawiający nie może argumentując zastosowania regulacji przewidzianej w art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy, powoływać się na okoliczności, które wywołał własnym działaniem. Nie było

przeszkód, aby termin ten wyznaczony został odpowiednio wcześniej, tak aby można było zorganizować postępowanie w trybie konkurencyjnym, w szczególności, gdy Zamawiający corocznie organizuje tego typu imprezy.

Powyższe potwierdza uchwała z dnia 13 maja 2011 r. (sygn. KIO/KD 37/11) Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie został wskazany kierunek wykładni przesłanek zastosowania art. 5 ust. 1a ustawy. Stwierdzono, iż wykładnia przywołanego przepisu ustawy, łącznie z art. 5 ust. 1 ustawy, „wskazuje na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w sposób obiektywny będzie w stanie uzasadnić w szczególności, że nie ma możliwości udzielenia danego zamówienia w innym trybie niż tryby przetargowe oraz tryb negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej, a także – jak się wydaje – zapytania o cenę, a ewentualne udzielenie zamówienia w tych trybach będzie wywoływało określone, negatywne de facto skutki dla zamawiającego. Te negatywne skutki wskazane przez ustawodawcę w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp odnoszą się do sytuacji związanych ze swego rodzaju okolicznościami wiążącymi się z zasadami gospodarności, finansów publicznych i interesem gospodarczym, czy też publicznym. Nakładają one nacisk na celowość, oszczędność i efektywność wydatków, ich terminowość, czy też terminowość realizacji zadań i ewentualnych strat, co do mienia publicznego. W tym zatem tylko kontekście – w ocenie Izby – można traktować otwartość katalogu przesłanek uzasadniających stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Jeśliby bowiem ustawodawca zezwalał w tym zakresie na zupełną dowolność stosowania zasad udzielania zamówienia z wolnej ręki do usług o charakterze niepriorytetowym nie określałby w sposób na tyle szczegółowy okoliczności związanych z możliwością zastosowania tego trybu”.

Należy też zauważyć, iż zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy, do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a, nie stosuje się m.in. przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Zgodnie z wskazanym przepisem Zamawiający mógł przeprowadzić postępowanie w trybie otwartym bez konieczności stosowania terminów wynikających z art. 43 ust. 2 lub 49 ust. 2 ustawy. Należy stwierdzić, iż upublicznienie informacji o zamówieniu w jednym z konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, przy skorzystaniu z dyspozycji ww. art. 5 ust. 1 ustawy odnośnie możliwości skrócenia terminów, pozwoliłoby na zapoznanie się i udział w postępowaniu wszystkich potencjalnych podmiotów, które byłyby w stanie wykonać przedmiotowe

zamówienie, co stworzyłoby szansę na uzyskanie korzystniejszej oferty i jednocześnie pozwoliłoby Zamawiającemu na udzielenie zamówienia w krótkim terminie.

Mając powyższe na uwadze, odnosząc się do uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki zaprezentowanego przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie, stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób postępowanie konkurencyjne prowadzone w trybie publicznego ogłoszenia mogłoby doprowadzić do negatywnych dla niego konsekwencji, w odniesieniu zarówno do ustawowych przesłanek wskazanych w przepisie art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy, jak również ewentualnych innych okoliczności.

Tryb zamówienia z wolnej ręki, jako tryb niekonkurencyjny, powinien być stosowany ze szczególną rozwagą, wyłącznie w sytuacjach spełniających przesłanki ustawowe, gdy jednocześnie niecelowe czy znacząco utrudnione byłoby przeprowadzenie postępowania poprzedzonego ogłoszeniem. W przedmiotowej sprawie Zamawiający polegał na subiektywnym przekonaniu, że tylko jeden podmiot jest w stanie efektywnie zrealizować cel postępowania. Nie wykazał zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 5 ust 1a pkt 1 i 4 ustawy.

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wykazały spełnienia wszystkich przywoływanych przez siebie przesłanek określonych w art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 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.

Z up. Prese VZP
dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Wiciński
Daniel Wiciński