

Sygn. akt: KIO/KD 46/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 19 maja 2014 roku**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o.
ul. Głogowska 131/133
60-244 Poznań**

Dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak: UZP/DKD/WKZ/421/29(3)/14/LB; KNZ/19/14; KZ/1422/13/DKD) z dnia 7 kwietnia 2014 r. w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Utrzymanie czystości taboru tramwajowego”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Beata Pakulska
	Katarzyna Prowadzisz

wyraża następującą opinię:

„Zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej” z dnia 22 kwietnia 2014 r. do naruszeń wskazanych przez Prezesa UZP w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki” z dnia 7 kwietnia 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/29(3)/14/LB; KNZ/19/14; KZ/1422/13/DKD) uznaje za nieuzasadnione.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Utrzymanie czystości taboru tramwajowego”.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/29(3)/14/LB; KNZ/19/14; KZ/1422/13/DKD) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 166 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował zamawiającego, tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., o wynikach kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki pn.: „Utrzymanie czystości taboru tramwajowego”.

Zgodnie z ustaleniami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiotowym postępowaniu stwierdzono, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł, iż zamawiający nie wykazał, że zaistniała sytuacja stanowi 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.

Na brak możliwości uznania rozwiązania umowy za sytuację wyjątkową oraz nieprzewidywalną wskazuje fakt, iż z treści uzasadnienia do złożonego oświadczenia wynika, iż wykonawca zgłaszał problemy związane z realizacją przedmiotowej umowy już w piśmie z dnia 22.04.2013 r., a więc na kilka miesięcy wcześniej przed złożeniem przez niego oświadczenia o wypowiedzeniu z dnia 31.10.2013 r. umowy. Tym samym nie można uznać, iż sytuacja, w której znalazł się zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowiła sytuację wyjątkową oraz nieprzewidywalną.

Prezes Urzędu wskazał także, że nie rozstrzyga kwestii odpowiedzialności którejkolwiek ze stron związanej ze sporem odnośnie prawidłowości wykonania umowy w zakresie usługi utrzymania w czystości taboru tramwajowego, a co się z tym wiąże zasadności rozwiązania umowy, jednakże nie na sposób przyjąć, iż wystąpienie zaistniałego stanu faktycznego wynika wyłącznie z przyczyn niezależnych od zamawiającego.

Nadto dodał, iż potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Zamówienie z wolnej ręki powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji.

Art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stwarza możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji gdy zachodzi konieczność zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie nie została spełniona powyższa okoliczność. Nie można uznać, iż przedstawiony przez zamawiającego okres ponad dwóch lat realizacji przedmiotowego zadania jest niezbędnym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie gwarantującym zachowanie konkurencji.

Tak więc 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 Pzp. W konsekwencji, w niniejszej sprawie zamawiający nie wykazał, że została spełniona powyższa okoliczność. Okres na jaki zamawiający udzielił zamówienia, tj. od dnia 20.11.2013 r. do dnia 29.02.2016 r., czyli na okres 27 miesięcy jest zbyt długi i nie odpowiada celowi zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki.

Reasumując stwierdził, 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 Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

W dniu 22 kwietnia 2014 r. (datowanym na dzień 15 kwietnia 2014 r.) zamawiający zgłosił zastrzeżenia do kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzając, iż nie może się zgodzić ze stanowiskiem Prezesa UZP dotyczącym naruszenia przepisów art. 10 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponieważ udzielając zamówienia z wolnej ręki zostały spełnione łącznie trzy przesłanki, tj. zaistniała wyjątkowa sytuacja, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wystąpił wymóg natychmiastowego wykonania zamówienia oraz nie

można było zachować terminów określonych dla innych trybów ustawowych. Jest on związany umową na świadczenie usług publicznych dotyczących realizacji zadania własnego Miasta Poznania w zakresie lokalnego transportu zbiorowego, zapisy której nakładają na niego obowiązek utrzymania w ciągłej czystości taboru tramwajowego przez wszystkie dni w roku i przez całą dobę. Niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje nałożeniem kar umownych. Zamawiający nie jest w stanie zabezpieczyć usługi sprzątnięcia we własnym zakresie, w związku z tym dokonuje wyboru wykonawcy w trybach konkurencyjnych zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zaprzestanie wykonywania usługi przez okres potrzebny na rozpisanie ponownej procedury przetargowej i wyłonienie nowej firmy sprzątnięcia, tj. okres około 2 miesiące spowodowałoby nałożenie na zamawiającego kar umownych w wysokości około 260 tysięcy miesięcznie, co naraziłoby zamawiającego na poniesienie znaczących strat finansowych.

W 2013 r. przeprowadzono procedurę wyboru wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego i zawarto umowę z Zakładami Usługowymi Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Umowa miała obowiązywać przez okres 3 lat. Zamawiający nie mógł przewidzieć, że wykonawca rozwiąże umowę ze skutkiem natychmiastowym. Zgłaszanie uwag wykonawcy na etapie realizacji umowy nie może przesądzać o zamiarze wypowiedzenia przez niego umowy, zwłaszcza że zamawiający nie zgadzał się z zarzutami wykonawcy. Zakład Usługowy Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu dokonał wypowiedzenia umowy bezpodstawnie, a jego celem było uniknięcie konsekwencji płacenia kar umownych za nienależyte wykonywanie umowy.

Zamawiający nie miał czasu na udzielenie zamówienia w trybach konkurencyjnych, wszczynanych ogłoszeniem i wiedział, że nie może zachować terminów określonych dla trybów przetargowych ani też negocjacji z ogłoszeniem, dlatego zdecydował się na tryb z wolnej ręki. Wybrał przy tym wykonawcę, który w pierwotnej procedurze przetargowej uplasował się na drugim miejscu. Okres zawarcia umowy został określony do dnia, do którego miała obowiązywać umowa z dotychczasowym wykonawcą, ponieważ zakładano uzyskanie konkurencyjnej ceny w stosunku do krótszego okresu.

Reasumując stwierdził, iż przedstawione argumenty oraz okoliczności faktyczne potwierdzają, że w przedmiotowej sprawie zaistniała wyjątkowa sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów ustawowych.

Pismem z dnia 5 maja 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/29(7)14/LB; KZ/19/14; KZ/1422/13/DKD) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, że w całości nie uwzględnia wniesionych przez niego zastrzeżeń.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł m.in., iż zamawiający nie wykazał, że zaistniała sytuacja stanowiła sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć. Ustawa Pzp umożliwia zamawiającemu zastosowanie trybu z wolnej ręki, w przypadku natychmiastowej konieczności wykonania zamówienia, wskutek zajścia nieprzewidzianych okoliczności. Jednakże, zakres tych zamówień musi być ograniczony jedynie do zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym. W niniejszej sprawie nie została spełniona powyższa okoliczność. Okres na jaki zamawiający udzielił zamówienia, tj. od dnia 20.11.2013 r. do 29.02.2016 r. (27 miesięcy) jest zbyt długi, aby mógł odpowiadać celowi zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Błędym było założenie zamawiającego, iż w przypadku wykonywania usługi utrzymania w czystości taboru tramwajowego, przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia może mieć miejsce w okresie obejmującym ponad dwa lata. 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 Pzp. Zamówienie z wolnej ręki powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji.

Reasumując podniósł, iż nie podważał celowości udzielenia przedmiotowego zamówienia, lecz brak zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w okresie od dnia 20.11.2013 r. do 29.02.2016 r., a w konsekwencji naruszenie wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 5 maja 2014 r. (pismem z tej samej daty) do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” i uznała je za słuszne. Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w informacji o stwierdzeniu naruszenia. Nie wykazał on bowiem, że w rozpatrywanej sprawie istniały okoliczności, uzasadniające skorzystanie ze szczególnego trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki. Podstawowymi trybami udzielenia zamówienia publicznego są bowiem tryby konkurencyjne, a przesłanki zastosowania zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki należy traktować, jako wyjątek od zasady, w sposób ścisły. Wielokrotnie Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok NSA z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00; wyrok NSA z dnia 1 października 2001 r., sygn. akt II SA 2802/00; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobne stanowisko w swych orzeczeniach wyrażał także 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). Tak więc skorzystanie z tego trybu (zamówienia z wolnej ręki), będącego trybem niekonkurencyjnym, może nastąpić wyłącznie w przypadku określonym w ustawie.

Powołany przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp określa jedną z przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a mianowicie tę przesłankę, którą zamawiający - w niniejszym stanie faktycznym - wskazał jako podstawę jego zastosowania. W myśl wyżej powołanego przepisu dla zastosowania tego trybu koniecznym jest wykazanie, iż „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”. Tak więc możliwym jest udzielenie zamówienia w tym właśnie trybie, gdy łącznie zaistnieją wskazane w przepisie okoliczności.

W ocenie Izby, wypowiedzenie umowy – co do zasady, niezależnie od tego kto ją wypowiedzi, jak i niezależnie od tego jakie są przyczyny takiego działania czy to wykonawcy, czy zamawiającego, jest niewątpliwie sytuacją wyjątkową. Zamawiający, przeprowadzając postępowanie o zamówienie publiczne, a następnie podpisując umowę z wyłonionym w postępowaniu przetargowym wykonawcą nie zakłada, że umowa tak zawarta zostanie wypowiedziana. Ryzyko takie rzeczywiście istnieje, niemniej jednak nie można takiemu działaniu przypisać charakteru typowego. Istotnie w treści umowy na taką możliwość się wskazuje, nie oznacza to jednak, iż okoliczność taka faktycznie wystąpi. W tym stanie faktycznym zamawiający, w oparciu o treść obowiązującej umowy, obciążył wykonawcę

karami umownymi z tytułu niewłaściwego sprzętania taboru tramwajowego. I dopiero wówczas dyscyplinowany przez zamawiającego wykonawca, obciążany wcześniej takimi karami, wypowiedział dotychczasową umowę ze skutkiem na dzień doręczenia niniejszego pisma (oświadczenie o wypowiedzeniu umowy KZ/13/2013 z dnia 26 lutego 2013 r.). Wypowiedzenie umowy jest co prawda możliwe po wystąpieniu okoliczności w niej wskazanych, okoliczność taką w treści umowy zawarł także obecny zamawiający, niemniej jednak ich wystąpienie w trakcie realizacji umowy nigdy nie jest pewne. Okoliczność ta nie może więc przemawiać za brakiem możliwości uznania, że była to sytuacja nieprzewidywalna.

Zaistnienie powyższych okoliczności nie oznacza jeszcze, iż możliwe jest udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Aby było to możliwe konieczne jest bowiem wykazanie, iż wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia. Zamówienie w trybie z wolnej ręki może być więc udzielone tylko w takim zakresie, w jakim wymagana jest natychmiastowa jego realizacja, przy czym zamawiający powołując się na tę przesłankę nie może udzielić zamówienia w zakresie przekraczającym konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. W tym konkretnym stanie faktycznym z uwagi na charakter usługi (konieczność zapewnienia czystości w środkach komunikacji miejskiej) jej świadczenie nie mogło zostać przerwane. Nie oznacza to jednak, iż zaistniała natychmiastowa konieczność wykonania całego zamówienia. Zamawiający zobowiązany był zapewnić wykonanie usługi, jej ciągłość, udzielając zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, jedynie na czas niezbędny do wyłonienia kolejnego wykonawcy już w trybie konkurencyjnym. Przesłanka ta wskazuje bowiem nie na pilną konieczność zawarcia umowy, ale na konieczność jej natychmiastowego wykonania. Dlatego też w oparciu o tę właśnie przesłankę niemożliwe jest zawarcie umowy wieloletniej, a w tym przypadku taka sytuacja ma miejsce. Umowę zawarto bowiem aż na 27 miesięcy.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w przedmiotowej sprawie - nie zaistniała przesłanka do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest „Utrzymanie czystości taboru tramwajowego”.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
.....
.....