

Sygn. akt: KIO/KD 49/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 czerwca 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych dnia 7 maja 2014 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Szpital Powiatowy w Białogardzie,
ul. Chopina 29,
78 - 200 Białogard.**

dotyczących informacji od wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia z dnia 30.04.2014 roku.

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
na usługę kompleksowego żywienia pacjentów Szpitala wraz z dzierżawą kuchni.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman

Przemysław Dzierzędzki

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedmiotem oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą jest legalność wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia w oparciu o art. 62 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), w postępowaniu na usługę żywienia pacjentów Szpitala wraz z dzierżawą kuchni, prowadzonym przez Szpital Powiatowy w Białogardzie.

Jak wynika z ustaleń kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - pismem z dnia 26 kwietnia 2012 r. Szpital Powiatowy w Białogardzie przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zamawiający wyjaśnił, że pod koniec 2011 r. firma świadcząca usługi żywienia dla Zamawiającego (ADAMUS PHU P.U.) rozwiązała umowę, zawartą w dniu 29 kwietnia 2009 roku, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Z przekazanej przez Zamawiającego w toku kontroli dokumentacji wynika natomiast, że firma ADAMUS PHU P.U. w dniu 18 listopada 2011 r. odstąpiła od powyższej umowy, gdyż Zamawiający nie przekazał zaległych kwot wynagrodzenia za świadczoną usługę. W dniu 15 grudnia 2011 r. zamawiający zawarł umowę w zakresie całodobowego żywienia pacjentów z firmą Food Investment S.A., na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, z terminem obowiązywania od dnia 31 grudnia 2011 r. do dnia 30 czerwca 2012 r.

Następnie, w dniu 10 maja 2012 r. zamawiający wszczął postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy, w wyniku czego udzielił zamówienia, zawierając umowę w dniu 20 czerwca 2012 r. z firmą Food Investment S.A. Umowa została zawarta na czas określony od dnia 20 czerwca 2012 r. do dnia 30 czerwca 2016 r.

Zamawiający poinformował, że w jego ocenie w przedmiotowym stanie faktycznym zaistniała przesłanka określona w art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy – zagrożenie nieterminową realizacją zadań. Zamawiający wyjaśnił, iż z uwagi na bardzo złą kondycję finansową szpitala, koniecznym stało się rozważenie rozwiązań alternatywnych, w tym opcji rezygnacji z outsourcingu na rzecz powrotu do samodzielnego prowadzenia kuchni szpitalnej. Rzetelne opracowanie analiz uwzględniających zbadanie możliwości w zakresie ponownego zatrudnienia pracowników, przygotowanie procedur związanych z zamawianiem dostaw produktów żywnościowych i wiele innych kwestii trwało na tyle długo, iż przeprowadzenie pełnej, długotrwałej procedury przetargowej groziłoby niedotrzymaniem terminów. Biorąc pod uwagę priorytet, którym było zapewnienie pacjentom należytej opieki, Zamawiający podjął decyzję o zastosowaniu art. 5 ust. 1a ustawy.

Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że firma ADAMUS PHU P.U. , po odstąpieniu od umowy z dnia 29 kwietnia 2009 r., zabrała całe wyposażenie do

dystrybucji posiłków, którego była właścicielem. Zgodnie z umową zawartą na sześć miesięcy z firmą Food Investment S.A., wykonawca na swój koszt zakupił całość niezbędnego sprzętu oraz zobowiązał się do przeprowadzenia zmiany nośnika medialnego. W związku z tym, że umowa została zawarta na bardzo krótki czas, koszt poniesiony na wyposażenie kuchni nie został zamortyzowany w usłudze, co naraziłoby firmę Food Investment S.A. na dotkliwe straty. Tym samym, warunkiem przejęcia kuchni na wspomniany, sześciomiesięczny okres było zobowiązanie, że po upływie okresu trwania umowy Zamawiający lub nowy wykonawca odkupi sprzęt od podmiotu aktualnie świadczącego usługę. Jak zostało to już wskazane powyżej, w związku ze złą kondycją finansową, Zamawiający nie dysponował środkami w wysokości umożliwiającej spłatę poniesionych kosztów. Dlatego też postanowił przenieść ten obowiązek na nowego wykonawcę, który w przypadku podpisania umowy i tak musiałby wyposażyć kuchnię w niezbędny sprzęt.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej stwierdził, że Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia w oparciu o art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że na mocy art. 5 ust. 1a ustawy, zamawiającemu w przypadku zamówień, których przedmiotem są tzw. usługi niepriorytetowe – a taką jest usługa kompleksowego żywienia pacjentów - przysługuje uprawnienie do zastosowania m.in. trybu negocjacji bez ogłoszenia. Tryb ten może być na podstawie ww. przepisu zastosowany, poza przypadkami enumeratywnie wymienionymi w art. 62 ust. 1 ustawy, również w innych, uzasadnionych sytuacjach. Możliwość ta powstaje 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.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, 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 konkurencję. W informacji o wyniku kontroli, powołano się na uchwały Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 13 maja 2011 r. (sygn. KIO/KD 37/11) oraz z dnia 4 lipca 2012 r. (sygn. KIO/KD 56/12), w których został wskazany kierunek

wykładni przesłanek zastosowania art. 5 ust. 1a ustawy. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie mógł on przewidzieć rozwiązania umowy z firmą ADAMUS PHU P.U. . Z przekazanej dokumentacji wynika, że firma ta w dniu 18.11.2011 r. odstąpiła od umowy z dnia 29 kwietnia 2009 r., której przedmiotem była usługa całodobowego żywienia osób przebywających w oddziałach Szpitalu Powiatowego w Białogardzie, ponieważ Zamawiający nie przekazał zaległych kwot wynagrodzenia za świadczoną usługę. Wykonawca, zdając sobie sprawę z charakteru prowadzonej przez Zamawiającego działalności, w piśmie zawierającym oświadczenie o odstąpieniu zaproponował, że może dostarczać posiłki na podstawie odrębnych zleceń przez czas niezbędny do przygotowania i sfinalizowania nowego postępowania (2 miesiące). Zamawiający zdecydował jednak o zawarciu umowy na okres sześciu miesięcy z firmą Food Investment S.A. Zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego, czas ten był niezbędny do przygotowania nowego postępowania o zamówienie publiczne.

W oparciu o powyższe (abstrahując od kwestii zasadności zawarcia umowy z firmą Food Investment S.A. na okres sześciu miesięcy w przypadku, gdy poprzedni wykonawca odstąpił od umowy z winy Zamawiającego i nie jest ona przedmiotem niniejszej kontroli) zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający miał możliwość w trakcie obowiązywania umowy z Food Investment S.A. zorganizować postępowanie w trybie otwartym. Nieuzasadnione jest więc powoływanie się przez Zamawiającego na zagrożenie niedotrzymania terminów oraz potrzebę zapewnienia ciągłości świadczenia usługi żywienia, w celu uzasadnienia zastosowania art. 5 ust. 1a ustawy w przedmiotowym postępowaniu. Od momentu odstąpienia przez firmę ADAMUS PHU P.U. od umowy z dnia 29 kwietnia 2009 r. (18 listopada 2011 r.) do czasu zakończenia obowiązywania umowy z dnia 15 grudnia 2011 r. z Food Investment S.A. (30 czerwca 2012 r.), Zamawiający miał 7 miesięcy na zorganizowanie postępowania w trybie otwartym. Należy także zauważyć, że sytuacja, w której znalazł się Zamawiający wyniknęła z jego zaniechań (nie przekazanie zaległych kwot wynagrodzenia firmie ADAMUS PHU P.U.).

W wynikach kontroli wskazano także, że zamawiający korzystając z dyspozycji art. 5 a ustawy mógł przeprowadzić postępowanie w trybie otwartym bez konieczności stosowania terminów wynikających z art. 43 ust. 2 lub 49 ust. 2 ustawy. 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.

Dodatkowo należy wskazać, że pojęcie „uzasadniony przypadek”, którym ustawodawca posłużył się w przepisie art. 5 ust. 1a ustawy należy rozumieć jako sytuację, w której zastosowanie niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia oparte jest na obiektywnych argumentach i racjach, popartych dowodami uzasadniającymi takie postępowanie. Tym samym, zamawiający nie może argumentując zastosowania regulacji przewidzianej w art. 5 ust. 1a ustawy, powoływać się na własne, wyłącznie subiektywne opinie, czy przekonania, które nie znajdują oparcia w wiarygodnych dowodach, jak również powoływać się na okoliczności, które wywołał własnym działaniem.

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, jak również ewentualnych innych okoliczności. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Ponadto, Zamawiający nie dopełnił również obowiązku wynikającego z art. 142 ust. 3 ustawy. Zgodnie z ww. przepisem, w przypadku zamiaru zawarcia umowy na okres powyżej 4 lat, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, a wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, Zamawiający powinien zawiadomić o tym Prezesa Urzędu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne dla jej zawarcia. Umowa w trybie negocjacji bez ogłoszenia została zawarta na okres powyżej 4 lat (zgodnie z § 9 od dnia 20 czerwca 2012 r. do dnia 30 czerwca 2016 r.), a jej wartość została ustalona na kwotę 4.000.000,00 zł. Tymczasem Zamawiający w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania, nie poinformował Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia takiej umowy oraz nie podał uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zamawiający, nie zgodził się z ustaleniami kontroli i w dniu 7 maja 2014 roku (pismo z dnia 6 maja) złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. W uzasadnieniu wskazał, że formułując wyniki kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie wziął pod uwagę okoliczności, iż konstrukcja art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp ma charakter otwarty tzn. okoliczności wskazane przez ustawodawcę uzasadniające zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki nie stanowią katalogu zamkniętego, co powoduje, że możliwe jest powoływanie się przez Zamawiającego na okoliczności niewymienione w ww. przepisie, które - w jego ocenie - uzasadniają podjęcie decyzji o wyborze trybu niekonkurencyjnego. Ponadto Prezes UZP nie wziął pod uwagę specyfiki kontrolowanego podmiotu. Szpital jest podmiotem leczniczym, udziela całodobowych świadczeń zdrowotnych pacjentom, służącym zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia. Szpital jest zobowiązany zapewnić wyżywienie odpowiednie do stanu zdrowia pacjentów. Działanie zamawiającego w kontrolowanym

postępowaniu było determinowane dwiema okolicznościami: 1. faktem rozwiązania umowy przez firmę Adamus PHU P.U. , na co zamawiający nie miał wpływu, 2. koniecznością zapewnienia całodobowego wyżywienia pacjentom w specyficznych warunkach działania szpitala w Białogardzie. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP, że mógł on przewidzieć rozwiązanie umowy z firmą Adamus. Zadłużenie szpitala wobec dostawców towarów i usług w drugiej połowie 2011 roku wynikało i wynika ze złej sytuacji większości podmiotów leczniczych w Polsce. Zadłużenia były regulowane w miarę pozyskiwania środków, ale żaden inny dostawca poza firmą Adamus, nie skorzystał z prawa odstąpienia. Zamawiający, wbrew temu co twierdzi Prezes UZP, nie miał zatem podstaw by zakładać że firma ta od umowy odstąpi w trybie natychmiastowym. Zamawiający w sytuacji ekonomicznej, w jakiej się znajdował pod koniec 2011 roku, nie mógł zagwarantować firmie terminowego regulowania należności. Poza tym firma Adamus w 2011 roku stosowała wobec zamawiającego zawyżone stawki na świadczone usługi, co dzisiaj jest podstawą sporów sądowych. Firma nie gwarantowała także odpowiedniej jakości świadczonych usług. Tym samym zamawiający był zmuszony pozyskać kontrahenta, który zagwarantuje ciągłość świadczenia usług żywienia pacjentów Szpitala do czasu wyłonienia wykonawcy w nowej procedurze. W specyficznej sytuacji Szpitala wymagane było dokonanie bardzo precyzyjnych ustaleń w umowie z wykonawcą w zakresie zasad i szczegółowego zakresu świadczenia usług. Przedmiotem negocjacji było:

1. rodzaje diet żywieniowych jakie zapewni wykonawca,
2. zapewnienie ze strony wykonawcy, iż będzie dzierżawił pomieszczenia kuchni na warunkach przedstawionych przez Szpital,
3. poniesienie kosztów sprzętu pozostawionego przez dotychczasowego usługodawcę, którego zakup był konieczny w związku z rozwiązaniem umowy przez Adamus w trybie natychmiastowym,
4. konieczność wymiany kotłów parowych

Zdaniem zamawiającego, powołane przez Prezesa UZP orzecznictwo KIO nie przystaje do warunków postępowania, bowiem dotyczy zamówienia z wolnej ręki. Tymczasem zamawiający skierował zaproszenie do 5 potencjalnych oferentów, nie tylko z rynku lokalnego, ale z całej Polski. Nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP, że miał wystarczający czas na zorganizowanie procedury przetargowej, Prezes UZP nie wziął pod uwagę okoliczności, iż w warunkach w jakich znajdował się zamawiający, ustalenie szczegółowego zakresu sposobu świadczenia usług możliwe było dopiero po przeprowadzeniu negocjacji z potencjalnymi oferentami. Zamawiający zastosował ten tryb świadomie, bowiem uznał, iż w tej procedurze dokona wyboru wykonawcy, który zapewni świadczenia usług specyficznych w warunkach szpitala. Po przeprowadzeniu negocjacji, zamawiający uszczegółowił siwz. W toku procedury wynegocjowano stawki czynszu

korzystniejsze niż w umowie z Adamus. Zamawiający powoła orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 227 kwietnia 2010 roku (Sygn. akt KIO 516/10). Podkreślił także, że usługi świadczone przez firmę Adamus, świadczone były w sposób nieprawidłowy. Szpital nie miał odpowiednio wykwalifikowanego dietetyka, który ustalił by wszelkie wymagania i warunki dla żywienia pacjentów, po jego zatrudnieniu rozpoczęto wprowadzać ustalenia i normy żywieniowe. Wszelkie zaawansowane działania rozpoczęto już w kwietniu 2012 roku, zostało więc dwa miesiące, na wszczęcie postępowania i jego zakończenie wraz z podpisaniem umowy, aby zmieścić się w terminie obowiązywania trwającej umowy do 30 czerwca. Zagrożenie nieterminowym wykonaniem zamówienia było więc wg Zamawiającego bardzo realne. Przy tak specyficznym rodzaju usługi (rozbudowanej i wieloetapowej) bardzo trudne jest dokładne opisanie przedmiotu zamówienia. Procedura negocjacyjna jest mniej sformalizowana niż inne tryby postępowania, zapewnia większą elastyczność w trybie dochodzenia do ustalenia technologii wykonywania usługi, co ma bardzo istotne znaczenie w przypadku ww przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Prezesa co do określenia, która z umów była dla zamawiającego korzystniejsza. Podniósł także, że nie doszło do naruszenia art. 142 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w umowie zaistniała omyłka pisarska dotycząca terminu obowiązywania umowy, która skorygowana została stosownym aneksem. Umowa została zawarta 20 czerwca 2012 roku ale termin jej obowiązywania został poprawiony od 1 lipca 2012 do 30 czerwca 2016 roku. Zatem nie było potrzeby powiadomienia Prezesa UZP o zawarciu umowy na okres powyżej 4 lat, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, a wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Niezaprzeczalnym jest także fakt, iż w tym samym terminie nie ma możliwości obowiązywania dwóch umów na te same usługi i z tym samym wykonawcą.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po rozpatrzeniu zastrzeżeń zamawiającego, nadal podtrzymał stanowisko, że Zamawiający – Szpital Powiatowy w Białogardzie nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Tym samym, w całości nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że stwierdzając naruszenie przez Zamawiającego art. 5 ust. 1a ustawy, wziął pod uwagę „otwarty charakter” ww. przepisu i zgodził się z tezami orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2010 r., na które w swych zastrzeżeniach powołał się zamawiający. Fakt, iż przepis art. 5 ust. 1a ustawy ma charakter otwarty nie zwalnia Zamawiającego od podania faktycznego i prawnego uzasadnienia zastosowania wybranego trybu. W ocenie Prezesa Urzędu, okoliczności wskazane przez Zamawiającego, czy to w protokole postępowania, czy w wyjaśnieniach, nie stanowią obiektywnych, zewnętrznych oraz uzasadnionych przypadków,

które pozwalałyby na skorzystanie z trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy. Prezes Urzędu zdaje sobie sprawę z potrzeby zapewnienia ciągłości świadczenia usługi żywienia chorych, tym samym nie kwestionuje zasadności wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, w wyniku którego została zawarta umowa na okres 6 miesięcy, tj. od dnia 31 grudnia 2011 r. do dnia 30 czerwca 2012 r. W tym czasie Zamawiający miał możliwość zorganizowania postępowania w trybie otwartym, na co sam wskazywał w wyjaśnieniach z dnia 22 października 2012 r. – czas ten był niezbędny do przygotowania nowego postępowania o zamówienie publiczne. Niezrozumiałe jest zatem powoływanie się Zamawiającego na konieczność zapewnienia ciągłości świadczenia usługi żywienia chorych w kolejnym postępowaniu, objętym niniejszą kontrolą.

Odnosząc się do argumentu dotyczącego specyfiki działania szpitala, Prezesa UZP wskazał, że ustawodawca nie uznał, aby biorąc pod uwagę specyfikę działalności, w tym przypadku zakładu opieki zdrowotnej, odmiennie uregulować przesłanki udzielania zamówień publicznych. Wskazane przez Zamawiającego okoliczności miały jedynie charakter organizacyjny i nie mogły być podstawą do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia w przedmiotowym stanie faktycznym. kwestia sytuacji finansowej Zamawiającego, sposobu wykonywania umowy przez firmę ADAMUS PHU P.U. i prowadzone z tą firmą spory sądowe oraz to, że inni wykonawcy, pomimo opóźnień w regulowaniu należności przez Zamawiającego nie skorzystali z prawa odstąpienia, nie mają znaczenia dla oceny zasadności udzielenia zamówienia będącego przedmiotem niniejszej kontroli. Biorąc pod uwagę treść pisma z dnia 18 listopada 2011 r. zawierającego oświadczenie firmy PHU Adamus P.U. o odstąpieniu od umowy z dnia 29 kwietnia 2009 r., której przedmiotem była usługa całodobowego żywienia osób przebywających w oddziałach Szpitalu Powiatowego w Białogardzie, Zamawiający miał przesłanki, aby zakładać, że firma może skorzystać z przysługującego jej prawa rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym. Trudno też uznać, zdaniem Prezesa UZP, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający wszczynając postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 5 ust. 1a, zapobiegł przerwaniu świadczenia usług i nieterminowej realizacji zadań. Zamawiający oświadczył w zastrzeżeniach, że wszelkie działania związane z udzieleniem zamówienia rozpoczął w kwietniu 2012 r., po zatrudnieniu dietetyka, który ustalił wymagania i warunki żywienia pacjentów. Tymczasem, jak zostało to już wskazane powyżej, firma PHU Adamus P.U. odstąpiła od umowy w dniu 18 listopada 2011 r. Od dnia 31 grudnia 2011 r. do dnia 30 czerwca 2012 r. obowiązywała umowa na świadczenie usług całodobowego żywienia zawarta w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zamawiający miał więc 7 miesięcy na zorganizowanie postępowania w trybie otwartym. Kwestia sposobu ustalenia opisu przedmiotu zamówienia, czy to z udziałem,

czy bez udziału dietetyka, jak również termin jego zatrudnienia nie mają znaczenia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż należą do czynności organizacyjnych leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego. Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy w przypadku usług o charakterze niepriorytetowym ustawodawca umożliwił szybsze udzielanie zamówień. W postępowaniu dotyczącym tego typu usług można nie stosować m.in. przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert. Prezes UZP odmówił Zamawiającemu prawa powoływania się na kolejne przesłanki zastosowania trybu dopiero na etapie zastrzeżeń od wyników kontroli, tj. na przesłankę z art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy – zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków. Powołał w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 78/11), gdzie podano, że „zastrzeżenia podlegają rozpoznaniu w granicach podstaw prawnych i faktycznych wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy – stosownie do wymagania zawartego w art. 67 ust. 2 (...), których istnienie było badane w trakcie kontroli”. Prezes Urzędu, powtarzając wnioski zawarte w Informacji, wyraża pogląd, że w przedmiotowym stanie faktycznym 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 uzyskanie korzystniejszej oferty i jednocześnie udzielenie zamówienia w krótkim terminie.

W kontekście naruszenia art. 142 ust. 3 ustawy Prezes UZP stwierdził, że podstawą oceny postępowania zamawiającego podczas kontroli są przekazywane Prezesowi Urzędu wyjaśnienia i dokumenty (w tym umowy). Na Zamawiającym ciąży obowiązek, aby materiały te były kompletne i wyczerpujące. Tymczasem, ani w analizowanej dokumentacji, na której opierał się Prezes Urzędu formułując naruszenia przepisów ustawy, ani do zastrzeżeń, będących podstawą niniejszej odpowiedzi, nie został załączony stosowny aneks, który wskazywałby na zaistniałą po stronie Zamawiającego omyłkę pisarską dotyczącą terminu obowiązywania umowy.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

II. Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolną, a także po zapoznaniu się z argumentacją zamawiającego, zawartą w zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podziela zarówno ustalenia faktyczne dokonane w toku kontroli jak i argumentację prawną zawartą w informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia, stwierdzając, że w postępowaniu, objętym kontrolą zamawiający nie wykazał istnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1a 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 Pzp”.

Stosownie do art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp, w przypadku usług niepriorytetowych, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki także w innych, niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub 67 ust. 1 przypadkach, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności: 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.

Podkreślić należy, że mimo, niewątpliwie otwartego katalogu przesłanek określonych w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp., zakres okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia (także zamówienia z wolnej ręki) w oparciu o przywołany przepis ustawy, nie może być stosowany w sposób dowolny. Wykładnia przywołanego przepisu art. 5 ust. 1a ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że możliwość zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem (także zamówienia z wolnej ręki) musi być uzasadniona obiektywnymi przesłankami wskazującymi na to, że zamawiający nie ma możliwości udzielenia danego zamówienia w innym trybie niż tryby otwarte a ewentualne udzielenie zamówienia w tych trybach mogłoby wywołać negatywne skutki dla zamawiającego. Ustawodawca wskazał przykładowy katalog negatywnych skutków, który mogą uzasadniać zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki. Otwartość okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia czy zamówienia z wolnej ręki, wynikająca z art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp nie oznacza zupełnej dowolności w stosowaniu tego przepisu. Zamawiający, powołujący się na dyspozycję tego przepisu, winien wykazać, że zastosowanie innego trybu udzielenia zamówienia mogłoby skutkować naruszeniem

podstawowych zasad, wynikających z ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2013 poz. 885), odnoszących się do gospodarnego, celowego i efektywnego wydatkowania środków publicznych, wydatkowania środków w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań lub zapobieżenia poniesienia straty w mieniu publicznym czy nieterminowej realizacji zadań. Z uwagi na otwarty katalog okoliczności, wymienionych w art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp należy uznać, że przesłanki tam określone wskazują jedynie zasadnicze kierunki w jakich zamawiający, powołujący się dyspozycję art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp winien przeprowadzić rozważania przed zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki czy negocjacji bez ogłoszenia. Fakt, iż przepis art. 5 ust. 1a ustawy ma charakter otwarty nie zwalnia zamawiającego od podania faktycznego i prawnego uzasadnienia zastosowania wybranego trybu.

Izba podziela stanowisko wyrażone w informacji o wynikach kontroli, że zamawiający w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającym na świadczeniu kompleksowego żywienia pacjentów Szpitala wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchni, które zakończyło się podpisaniem umowy w dniu 20 czerwca 2012 r. z firmą Food Investment S.A., miał wystarczająco dużo czasu aby przeprowadzić postępowanie w jednym z podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych. Abstrahując od kwestii zasadności zawarcia umowy z firmą Food Investment S.A. na okres sześciu miesięcy (od dnia 31 grudnia 2011 r. do dnia 30 czerwca 2012), zdaniem Izby, czas ten był wystarczający do przygotowanie założeń i przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zasługuje na uznanie argumentacja przedstawiona przez zamawiającego, że z uwagi na brak zatrudnienia odpowiednio wykwalifikowanego dietetyka i trudność w dokładnym opisanu przedmiotu zamówienia, wszelkie zaawansowane działania zmierzające do wszczęcia nowego postępowania zamawiający rozpoczął dopiero w kwietniu 2012 roku. Argument ten dotyczy sfery organizacyjnej zależnej wyłącznie od samego zamawiającego i pozostaje bez wpływu na okoliczność wystąpienia ewentualnego zagrożenia nieterminowym wykonaniem zamówienia. Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że nawet czas dwóch miesięcy (jaki wskazuje zamawiający w złożonych zastrzeżeniach) był, zdaniem Izby, wystarczającym czasem na przeprowadzenie procedury o zamówienie publiczne w jednym z podstawowych trybów udzielania zamówień.

Zgodzić się należy także ze stanowiskiem wyrażonym w odpowiedzi na zastrzeżenia, że specyfika działalności zamawiającego, w tym przypadku zakładu opieki zdrowotnej czy rodzaj usług pozostają w tym przypadku bez wpływu na faktyczną możliwość powoływania się na przesłanki uzasadniające zastosowanie danego trybu postępowania o zamówienie publiczne. Podobnie zła kondycja finansowa zamawiającego czy sposób wykonywania umowy przez firmę ADAMUS PHU P.U. oraz prowadzone z tą firmą spory sądowe a także to, że inni dostawcy, mimo opóźnień w regulowaniu należności przez zamawiającego nie

skorzystali z prawa odstąpienia od zawartych umów, nie mają żadnego znaczenia dla oceny zasadności powołania się przez zamawiającego na przesłankę, wynikającą z art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp.

Zasadnym jest także stanowisko wyrażone przez Prezesa UZP, że zamawiający nie może na etapie zgłaszania zastrzeżeń od wyników kontroli, powoływać się na inne, niż wskazane w wyjaśnieniach przesłanki wyboru trybu tj. na przesłankę z art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy – zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków. Przesłanka ta nie była przedmiotem badania kontrolujących i nie została wskazana w informacji o wynikach kontroli. Niezależnie od powyższego, stwierdzić należy, że w rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne okoliczność z art. 5 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp również nie zaistniała. Zamawiający miał wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie konkurencyjnego postępowania, które w sposób najbardziej optymalny gwarantuje, że środki publiczne będą wydatkowane w sposób celowy, oszczędny i efektywny.

Podtrzymać należy także argumentację zawartą w odpowiedzi na zastrzeżenia, dotyczącą naruszenia art. 142 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający winien przedstawić kompletne i wyczerpujące dokumenty dotyczące postępowania, objętego kontrolą. Zarówno w złożonej przez zamawiającego dokumentacji, która była przedmiotem oceny kontrolujących, jak i do złożonych zastrzeżeń, nie został załączony aneks, na który powołuje się zamawiający, który mógłby wskazywać na dokonanie zmiany w terminie obowiązywania umowy. Stanowisko zamawiającego co do powstałej omyłki pisarskiej w terminie obowiązywania umowy i jej poprawienia w stosownym aneksie pozostało zatem gołosłowne. Podkreślić należy, że Prezes UZP w toku przeprowadzonej kontroli, jak również Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrująca zastrzeżenia od wyniku kontroli, opierają się na zgromadzonej w danej sprawie dokumentacji.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....