

Sygn. akt: KIO/KD 10/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 3 marca 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 5 lutego 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Regionalny Szpital Specjalistyczny im dr Władysława Biegańskiego w Grudziądzu

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 stycznia 2015 r.,
(znak **UZP/DKD/WKZ/421/85(3)/14/AM KNZ/40/14**)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

wykonanie nadbudowy budynku apteki szpitalnej o kondygnację z przeznaczeniem na laboratorium mikrobiologiczne oraz o kondygnację techniczną

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Chudzik

Magdalena Grabarczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 5 lutego 2015 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2015 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP, kontrolujący) wszczął kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie nadbudowy budynku apteki szpitalnej o kondygnację z przeznaczeniem na laboratorium mikrobiologiczne oraz o kondygnację techniczną. Przedmiotem kontroli była prawidłowość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do wyżej wskazanego przedmiotu zamówienia.

W dniu 29 stycznia 2015 r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli wskazał, że 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.

Wywiódł, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę.

Argumentował, że „względy techniczne”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, muszą mieć zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Dla zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) nie jest zatem wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względu np. na specyficzne cechy techniczne zamówienia jest zdolny do realizacji zamówienia. W przeciwnym razie zamawiający winien podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym. Przepis ten nie może więc znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. Zdaniem kontrolującego, w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, obejmującego wykonanie nadbudowy budynku apteki szpitalnej o kondygnację z przeznaczeniem na laboratorium mikrobiologiczne oraz o kondygnację techniczną, nie

zachodziła sytuacja, w której przedmiotowe zamówienie mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Jako uzasadnienie dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki nie można uznać argumentów zamawiającego, że skoro realizuje zadanie budowy obiektów szpitalnych (m.in. apteki, budynku techniczno – warsztatowego, budynku psychiatrii oraz budynku prosektorium) na podstawie umowy Nr I/10/10 z dnia 01.06.2010 r., to należy uznać, iż zachodzą przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp odnośnie wykonania nadbudowy budynku apteki szpitalnej o kondygnację z przeznaczeniem na laboratorium mikrobiologiczne oraz o kondygnację techniczną.

W ocenie kontrolującego, należy wyraźnie odróżnić przyczyny techniczne od przyczyn organizacyjnych i gospodarczych. Zamawiający w przedstawionym stanie faktycznym powołał się na przyczyny organizacyjne, które to same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Zamawiający poprzez swoje działania nie może kreować monopolu powołując się na „przyczyny organizacyjne”, które uzasadniają w jego ocenie zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy. „Przyczyny techniczne” muszą mieć charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z subiektywnej decyzji zamawiającego. Zakres kontrolowanego zamówienia nie stanowił robót budowlanych na tyle specyficznych pod względem technicznym, aby mogły być realizowane wyłącznie przez wykonawcę, który na podstawie umowy nr I/10/10 z dnia 01.06.2010 r. realizował zadanie inwestycyjne polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu w oparciu o program funkcjonalno – użytkowy obiektów szpitalnych: budynku apteki szpitalnej, budynku techniczno – warsztatowego, budynku psychiatrii oraz budynku prosektorium wraz z tunelem komunikacyjno – instalacyjnym i sieciami uzbrojenia podziemnego oraz infrastrukturą drogową. Prezes UZP wywiódł, że rynek usług związanych robotami budowlanymi jest rynkiem konkurencyjnym. Istnieje wiele podmiotów, które posiadają zarówno możliwości techniczne, jak i doświadczenie, aby zrealizować przedmiot zamówienia objęty niniejszą kontrolą. Zwłaszcza, że zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz przedmiarze robót nie wskazał żadnych szczególnych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie tego konkretnego zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot niż wykonawca, który realizował budowę ww. obiektów szpitalnych. Wręcz przeciwnie z dokumentacji nadesłanej przez zamawiającego wynika, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z robotami stanowiącymi standardowe i powszechnie dostępne rozwiązania, wykorzystywane przy tego typu inwestycjach. Ponadto kontrolujący podniósł, że wykorzystując rozwiązania ustawowe zamawiający miał możliwość takiego

sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który zapewniłby mu pozyskanie pożądanego efektu na najkorzystniejszych warunkach dzięki pełnej weryfikacji rynku w drodze przeprowadzonego postępowania przetargowego.

Zdaniem kontrolującego, również argument finansowy przywołany przez zamawiającego nie stanowi podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie ww. przepisu. Jak zostało wskazane wcześniej uzasadnieniem zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp jest brak innego wykonawcy, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze mógłby zrealizować zamówienie. Zamawiający nie wykazał, że taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie.

Odnosząc się do drugiej z przywołanych przez zamawiającego podstaw udzielenia zamówienia z wolnej ręki, kontrolujący podniósł, że zgodnie z 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. Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Kontrolujący wskazał, że nie kwestionuje konieczności dostosowania pomieszczeń Laboratorium Analitycznego do wymogów zawartych w przepisach prawnych wymienionych w decyzji z dnia 08.07.2011 r., jednakże powoływanie się przez zamawiającego na decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Grudziądzu jako dokument uprawniający Zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy jest nieuzasadnione.

Prezes UZP podkreślał, iż wymogi dotyczące medycznych pomieszczeń laboratoryjnych wynikają bezpośrednio z przepisów prawa, w tym w szczególności z rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 3 marca 2004 r. w sprawie wymagań, jakim powinno odpowiadać medyczne laboratorium diagnostyczne (Dz. U. Nr 100, poz. 1083, z późn. zm.). Trudno zatem dopatrzeć się w tej sprawie wyjątkowej sytuacji niemożliwej do przewidzenia, kiedy to zamawiający jest zobowiązany przepisami prawa do podejmowania określonych działań. 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, a tego typu sytuacja nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

Dodatkowo, wydanie decyzji przez określony organ państwowy, w którym nakazuje się wykonanie określonych prac z jednoczesnym wskazaniem terminu ich realizacji, w tym przypadku decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Grudziądzu, nie stanowi sytuacji wyjątkowej i nieprzewidywalnej. Powyższe potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS), zgodnie z którym za nieprzewidywalną nie może być uznana konieczność dochowania terminów wyznaczonych przez określony organ: *fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu (orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji)*. Władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, tym samym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z przepisów prawa. Zamawiający nie może zatem w toku postępowania powoływać się na działania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.

Po drugie, w badanym stanie faktycznym nie zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy znajduje bowiem zastosowanie jedynie w przypadkach, gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia np. usunięcie bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia czy zabezpieczenie majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach. Muszą to zatem być sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego. W przedmiotowej sprawie nie doszło do nagłego i niespodziewanego wydarzenia.

Ponadto zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, Zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. W tej sprawie Zamawiający nie przesłał takiego zawiadomienia, pomimo, iż wartość przedmiotowego zamówienia (839 609,84 euro) przekroczyła ww. próg (który w dacie wszczęcia postępowania wynosił 125 000,00 euro), w konsekwencji naruszył przepis art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

Reasumując Prezes UZP wywiódł, że w przedmiotowej sprawie w chwili wszczęcia postępowania nie zachodziły przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

II.

W dniu 5 lutego 2015 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli. Nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP podniósł, że przedmiotowe zamówienie nie mogło być z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze zrealizowane przez innego wykonawcę, niż ten, który wyłoniony w drodze przetargu aktualnie realizował zamówienie polegające na budowie obiektu podlegającego nadbudowie. Zamawiający zwracał uwagę, iż stosowna analiza ekonomiczna została przeprowadzona w celu wyboru sposobu zaspokojenia określonej potrzeby inwestycyjnej, a nie jako uzasadnienie wyboru trybu postępowania. Decyzja o wykonaniu nadbudowy budynku jest autonomiczną decyzją zamawiającego i nie podlega ocenie z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp. Ocenie takiej podlegać natomiast dokonany przez zamawiającego wybór trybu wykonania tejże nadbudowy; tu z kolei rolę odgrywają przesłanki techniczne, sprowadzające się przede wszystkim do zagadnień z zakresu branży instalacyjnej. Gdyby nadbudowa polegała tylko na „dostawieniu” jednej kondygnacji do istniejącego już budynku (być może taki stan rzeczy wyobrażała sobie osoba przeprowadzająca kontrolę postępowania z ramienia Prezesa UZP), to może tryb konkurencyjny wchodziłby tu w rachubę. Tak jednak nie było, ponieważ budynek znajdował się w trakcie realizacji i nie był jeszcze uzbrojony we wszystkie instalacje techniczne. Przesłanki techniczne o obiektywnym charakterze w tym przypadku polegały na tym, że w związku z nadbudową należało nie tylko rozbudować wszystkie pionory instalacyjne (wod-kan, co, cw, wentylacji, ciepła technologicznego) o przewody kolejnej kondygnacji, ale również poprowadzić te pionory od piwnicy aż po poddasze, ponosząc przy tym jednoznaczną odpowiedzialność za ich prawidłowość i szczelność, szczególnie w świetle faktu, że budynek ten wznoszono w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Z technicznego punktu widzenia budynek realizowany w ramach postępowania przetargowego i jego nadbudowa realizowana w trybie z wolnej ręki stanowią tak naprawdę w ostatecznym rozrachunku jedno zadanie inwestycyjne z elementami instalacyjnymi, infrastrukturalnymi przenikającymi się wzajemnie i tworzącymi jednolity konglomerat techniczno-budowlany. Niemożliwe było zatem powierzenie nadbudowy innemu wykonawcy niż temu, który znajdował się w trakcie realizacji obiektu podlegającego nadbudowie, stąd też przesłanka wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt. 1 a ustawy Pzp została zastosowana słusznie.

Odnosząc się do zarzutu niewłaściwego zastosowania przesłanki „pilności” wynikającej z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający podniósł, iż aktualnie obowiązujące przepisy w zakresie wymogów technicznych dla bazy lokalowej placówek ochrony zdrowia są na tyle ogólne, że wiele zaleceń organów państwowych, takich jak np. Państwowa Inspekcja Sanitarna, może być nieprzewidywalnych dla zarządzającego placówką medyczną, szczególnie w sytuacji zmieniających się okoliczności zewnętrznych, w tym przede wszystkim epidemiologicznych. Nie jest tajemnicą, że Państwowy Inspektor Sanitarny wydając zalecenia lub nakazy, opiera się oczywiście na obowiązujących przepisach, ale kieruje się przede wszystkim tzw. „dobrą praktyką higieniczną”, która ma charakter dynamiczny, zmienny w czasie i niemożliwy do przewidzenia w określonym horyzoncie czasowym. Nakazy Państwowego Inspektora Sanitarnego powinien Szpital respektować z należytą powagą i przyjmować do pilnej realizacji, biorąc pod uwagę bezpieczeństwo zdrowotne pacjentów i personelu medycznego, stąd też także przesłanka wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp została przez zamawiającego zastosowana słusznie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający podniósł, że nie miał obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 3 dni od wszczęciu przedmiotowego postępowania w trybie z wolnej ręki o jego wszczęciu, ponieważ wartość zamówienia była wielokrotnie niższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W dacie wszczęcia postępowania obowiązywało Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2009 r. Nr 224 poz. 1795). Zgodnie z § 1. pkt. 1 b) wymienionego rozporządzenia kwota, od której uzależniony był obowiązek powiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania z wolnej ręki, określona została dla robót budowlanych (które były przedmiotem postępowania) na poziomie 4 845 000 euro, a wartość zamówienia wynosiła równowartość 839 609,64 euro. Nadto, w istotnych warunkach zamówienia przesłanych wykonawcy wraz z zaproszeniem do udziału w postępowaniu zamawiający poinformował, że dotyczą one postępowania o wartości poniżej równowartości kwoty 4 845 000 euro.

III.

W dniu 16 lutego 2015 r. Prezes UZP, odpowiadając na wniesione zastrzeżenia podtrzymał stanowisko przedstawione w informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu wskazał, że

przeprowadzając kontrolę niniejszego postępowania odnosił się jedynie do zgodności zastosowania trybu z wolnej ręki z przepisami ustawy Pzp, nie dokonywał zaś kontroli przedmiotowego postępowania pod kątem celowości udzielenia jak również nie sugerował sposobu dostosowania pomieszczeń laboratorium analitycznego do wymogów wartych w decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Grudziądzu z dnia 8.07.2011 r. (nr 212/N.EP/2011).

Kontrolujący wywiódł, że przesłanka prawna jedyne wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi, przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu. Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, przesłanych dokumentach, jak również na etapie zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej nie wykazał na czym miałyby polegać szczególne warunki techniczne uniemożliwiające wykonanie nadbudowy budynku apteki szpitalnej o kondygnację z przeznaczeniem na laboratorium mikrobiologiczne oraz o kondygnację techniczną przez innych wykonawców. Wskazanie przez zamawiającego w zastrzeżeniach, iż przesłanki techniczne sprowadzają się przede wszystkim do zagadnień z zakresu branży instalacyjnej nie uzasadnia istnienia szczególnych przyczyn technicznych, które uniemożliwiają wykonanie przedmiotowego zamówienia przez wykonawców z branży budowlanej. Wybór wykonawcy przedmiotowego zamówienia powinien zostać poprzedzony stosowną weryfikacją rynku. Rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a profesjonalne podmioty na nim działające, byłyby w stanie bez przeszkód zrealizować przedmiotowe zamówienie, zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego (rozbudowa pionów instalacyjnych o przewody kolejnej kondygnacji).

W ocenie Prezesa Urzędu, również zarzut niewłaściwego zastosowania przesłanki pilności wynikającej z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy nie został odpowiednio zinterpretowany przez zamawiającego. Według zamawiającego, zalecenia organów państwowych takich jak np. Państwowa Inspekcja Sanitarna mają charakter niemożliwy do przewidzenia dla zarządzającego placówką medyczną. Zgodnie z przyjętą zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie interpretacją,

zdarzenia nieprzewidywalne to takie, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne a nieprzewidywalność takich sytuacji przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Jak już to zostało wykazane w informacji o wyniku kontroli - wymagania dotyczące medycznych pomieszczeń laboratoryjnych wynikały z przepisów prawa i obowiązywały zamawiającego, tym samym trudno określić je mianem nieprzewidywalnych. Decyzja Państwowego Inspektora Sanitarnego była konsekwencją braku przestrzegania przez zamawiającego przepisów prawa.

Odnosząc się do zastrzeżeń odnośnie naruszenia art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes UZP podniósł, że zgodnie z przywołanym przepisem, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Obowiązek przekazania zawiadomienia dotyczy zatem, każdego zamówienia niezależnie od jego rodzaju (również robót budowlanych), którego wartość szacunkowa przekracza próg odnoszący się do ogłoszeń na dostawy i usługi przekazywanych Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Jak zostało to wykazane w informacji o wyniku kontroli wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 3.223.261,40 zł, co stanowi równowartość kwoty 839.609,64 euro, zatem przekraczała kwotę 125 000 euro określoną w obowiązującym w chwili wszczęcia postępowania rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23.12.2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795). Tym samym, zamawiający zgodnie z treścią art. 67 ust. 2 ustawy, był zobowiązany do zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu przedmiotowego postępowania.

IV.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

V.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zamawiający nie wykazał, aby na rynku, którego dotyczyło zamówienie publiczne udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki, istniał wyłącznie jeden wykonawca, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze był zdolny do wykonania zamówienia. Nie zostało również wykazane, aby potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia powstała z powodu zaistnienia sytuacji o charakterze wyjątkowym, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i których nie mógł on przewidzieć. Wreszcie, prawidłowo oceniono, że zamawiający nie sprostął obowiązkowi zawiadomienia Prezesa UZP w terminie 3 dni o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Argumentację faktyczną i prawną przedstawioną w informacji o wyniku kontroli i odpowiedzi na zastrzeżenia odnośnie niewykazania przesłanek Izba podziela i uznaje za własną.

Dostrzec należy, że w świetle art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, można udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki jeżeli łącznie zostaną spełnione 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.

Z kolei w myśl art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp można udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca.

Zamawiający w toku postępowania kontrolnego wskazywał, że powodem dla którego udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki było to, że otrzymał decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego z 8 lipca 2011 r., w której nakazano mu dostosowanie pomieszczeń laboratorium do rodzaju wykonywanych tam prac w terminie do 31 grudnia 2011 r. Argumentował, że jedynym do osiągnięcia w tym czasie rozwiązaniem było wybudowanie kolejnej kondygnacji do realizowanego obiektu apteczno – laboratoryjnego (w ramach inwestycji

pn. realizacja w formule „zaprojektuj i wybuduj” zadania inwestycyjnego polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu w oparciu o program funkcjonalno – użytkowy obiektów szpitalnych: budynku apteki szpitalnej, budynku techniczno – warsztatowego, budynku psychiatrii oraz budynku prosektorium wraz z tunelem komunikacyjno – instalacyjnym i sieciami uzbrojenia podziemnego oraz infrastrukturą drogową – § 1 umowy Nr I/10/10 z dnia 01.06.2010 r.) i umieszczenie tam laboratorium mikrobiologicznego. Zamawiający uznał bowiem, iż za takim rozwiązaniem przemawia analiza kosztów inwestycyjnych uwzględniająca zarówno aspekt konstrukcyjny budynku, jak i krótki możliwy do osiągnięcia czas realizacji w porównaniu z alternatywnym rozwiązaniem, jakim mogłoby być postawienie odrębnego budynku z odrębnym tunelem komunikacyjno – instalacyjnym.

Dodatkowo w zastrzeżeniach wobec informacji o wyniku kontroli zamawiający w pierwszej kolejności podnosił, że Prezes UZP nie ma prawa kwestionować jego decyzji biznesowej o wykonaniu nadbudowy budynku.

Zdaniem Izby, w świetle przywołanych wyżej przepisów przyczyny oraz okoliczności, jakie legły u podstaw decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej, ręki są istotne z punktu widzenia przesłanek udzielenia zamówienia. Po pierwsze, skoro w myśl art. 67 ust. 1 pkt 1 a Pzp, monopol ma być wynikiem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, to nie bez znaczenia jest ustalenie, czy źródłem monopolu są takie właśnie okoliczności, a nie np. określone działania lub zaniechania zamawiającego. Z kolei z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wprost wynika, że przyczyna natychmiastowego wykonania zamówienia nie może leżeć po stronie zamawiającego. Wreszcie, nawet jeśli przyczyna nie leży po jego stronie, istotnym jest zbadanie czy konieczność natychmiastowego działania nie była wynikiem sytuacji, której zamawiający nie był w stanie przewidzieć.

Według Izby sytuacja, w jakiej zamawiający znalazł się w lipcu 2011 r., gdy uzyskał decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Grudziądzu, nie była sytuacją nieprzewidywalną ani niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Wymagania, jakie powinny spełniać laboratoria medyczne, wynikały z przepisów prawa, określonych w decyzji. W większości przepisy te obowiązywały od dłuższego czasu, również wtedy, gdy zamawiający wszczynał postępowanie na wykonanie zadania inwestycyjnego polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu w oparciu o program funkcjonalno - użytkowy obiektów szpitalnych: budynku apteki szpitalnej, budynku techniczno - warsztatowego, budynku psychiatrii oraz budynku prosektorium wraz z tunelem komunikacyjno - instalacyjnym i sieciami

uzbrojenia podziemnego oraz infrastrukturą drogową, które zakończyło się zawarciem umowy Nr I/10/10 z dnia 01.06.2010 r. Podejście biznesowe, na które powołuje się zamawiający, obejmuje również konieczność racjonalnego planowania i przygotowania prowadzonych inwestycji i gospodarowania środkami pieniężnymi. Nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający wszczynając postępowanie, które zakończyło się podpisaniem umowy z 1.06.2010 r., przewidział umieszczenie laboratorium w nowobudowanych obiektach, w sytuacji gdy pomieszczenia użytkowanego laboratorium nie odpowiadały już wtedy przepisom obowiązującego prawa. Zatem przyczyny, dla których udzielono zamówienia, nie miały charakteru obiektywnego ani nieprzewidywalnego czy niezależnego od samego zamawiającego.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, który powołując się na przepis art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazywał, że rozstrzygnięcie Państwowej Inspekcji Sanitarnej zaskoczyło zamawiającego, gdyż było uznaniowe. Trudno zgodzić się z zamawiającym, że akt właściwego organu, którego treścią jest nakaz zastosowania się do obowiązujących w tym zakresie przepisów jest okolicznością niemożliwą do przewidzenia, a tym bardziej, aby była to przyczyna niezależna od zamawiającego. Skoro pomieszczenia użytkowanego laboratorium nie odpowiadały wymogom obowiązującego prawa, to jest to okoliczność obciążająca zamawiającego. Możliwość, że właściwy organ dostrzeże uchybienia i nakaże ich usunięcie, nie tylko mogła ale i powinna być przewidziana przez zamawiającego. Jeżeli zaś zamawiający z rozstrzygnięciem organu się nie zgadzał, to - jak wynika z treści decyzji - przysługiwało mu prawo do wniesienia odwołania do organu II instancji.

Odnosnie wskazanych w zastrzeżeniach „zagadnień z zakresu branży instalacyjnej”, które miały świadczyć o braku możliwości powierzenia prac innemu wykonawcy z przyczyn technicznych, to nie świadczą o wykazaniu monopolu bliżej nie sprecyzowane zagadnienia natury instalacyjnej. Zamawiający ani w uzasadnieniu swej decyzji o udzieleniu zamówienia z trybie z wolnej ręki, ani w toku postępowania kontrolnego ani wreszcie w zastrzeżeniach wobec informacji o wyniku kontroli nie sprecyzował, jakie zasady wiedzy techniczne czy reguły sztuki budowlanej przemawiały za brakiem możliwości powierzenia zadania innemu wykonawcy.

Nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia zamawiającego odnośnie naruszenia art. 67 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy, *jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, Zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia*

postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

Jak wynika z ww. przepisu, znajduje on zastosowanie do wszystkich rodzajów zamówień (w tym również robót budowlanych), a nie tylko dostaw i usług. Ustawodawca wskazuje bowiem, że „jeżeli wartość zamówienia” przekracza określony próg, to aktualizuje się obowiązek zawiadamiania Prezesa UZP. Podkreślić należy, że ustawodawca nie ograniczył zakresu zamówień, których dotyczy obowiązek zawiadamiania, jedynie do dostaw i usług, jak interpretował to zamawiający. Pojęciem „dostawy lub usługi” posłużono się jedynie przy doprecyzowaniu wartości zamówień, której przekroczenie powoduje obowiązek zawiadamiania. Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 3.223.261,40 zł, co stanowiło równowartość kwoty 839.609,64 euro, zatem przekraczała kwotę 125 000 euro określoną dla dostaw i usług w obowiązującym w chwili wszczęcia postępowania rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23.12.2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795). Tym samym, zamawiający zgodnie z treścią art. 67 ust. 2 ustawy, był zobowiązany do zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu przedmiotowego postępowania, czego zaniechał.

Tym samym, w ocenie Izby, kontrolujący prawidłowo ocenił, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wskazane w informacji o wyniku kontroli.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....