

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 13 maja 2014 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 kwietnia 2014 roku, zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 1 kwietnia 2014 r. (znak: KNZ/18/11) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę szczepionki p/w kleszczowemu zapaleniu opon mózgowych,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Luiza Łamejko
Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli są niezasadne

UZASADNIENIE

Zamawiający, Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub "Pzp" – udzielił w trybie z wolnej ręki zamówienia na dostawę szczepionki p/w kleszczowemu zapaleniu opon mózgowych.

W dniach od 14.02.2014 r. do 01.04.2014 r., Prezes UZP przeprowadził kontrolę doraźną(następczą) ww. zamówienia.

W *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 01.04.2014 r. odnośnie zastosowanego trybu zamówienia z wolnej ręki, stwierdzono m.in.:

„[...]”

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą 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. Wystarczy żeby jedna z przywołanych przesłanek nie została wypełniona aby uznać, że Zamawiający niezasadnie zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

Należy podkreślić, że norma zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi przeniesienie na grunt krajowego systemu prawnego treści art. 31 pkt 1 lit. c) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z dnia 30.04.2004 r.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 6, t. 7, str. 132). Zgodnie z ww. przepisem dyrektywy zamawiający może udzielić zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia nie mogą być dotrzymane; zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane zamawiającemu. Przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3

ustawy powinny być zatem oceniane w świetle zasad i przepisów prawa unijnego oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (ETS).

Zamawiający uzasadniając wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki wskazał na otrzymanie polecenia zakupu 4 000 dawek szczepionki przeciwko KZM do dnia 10 lipca 2012 r. Powyższe uzasadnione zostało decyzją o zaangażowaniu Sił Zbrojnych RP w zabezpieczenie turnieju EURO 2012 oraz potrzebą zaszczepienia żołnierzy Grupy Bojowej Unii Europejskiej.

W ocenie Prezesa Urzędu okoliczność otrzymania polecenia zakupu szczepionek przeciwko KZM od jednostki nadrzędnej, tj. Inspektoratu Wojskowej Służby Zdrowia Sztabu Generalnego Wojska Polskiego, pozostaje bez wpływu na stwierdzenie naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zgodnie bowiem z przepisem art. 15 ust. 1 ustawy za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania odpowiedzialny jest Zamawiający. Przyjęcie do realizacji zamówienia na dostawę szczepionek przeciwko KZM powoduje, iż konsekwencje takiego działania obciążają Zamawiającego. Na marginesie należy wskazać, że Zamawiający wszczynając postępowania w trybie z wolnej ręki ustawicznie powołuje się na otrzymywane decyzje wydawane przez Inspektorat, tym samym taki sposób podjęcia decyzji o udzielaniu zamówień nie jest dla Zamawiającego wyjątkowy. W ocenie Prezesa Urzędu, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań podmiotów publicznych, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów, czy uzyskania zatwierdzenia projektu. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat takich postępowań lub braku wypełnienia zobowiązań i nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.

Nie mamy także do czynienia z zamówieniem, którego konieczności realizacji nie można było wcześniej przewidzieć. Nieprzewidywalność sytuacji powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny. Zakres udzielanego zamówienia wskazuje, iż w niniejszej sprawie nie mamy

do czynienia z taką sytuacją, bowiem powszechnie znaną informacją, już w 2007 r., był wybór Polski i Ukrainy jako gospodarzy turnieju EURO 2012. Zamawiający znając termin rozgrywania turnieju mógł odpowiednio wcześniej zapewnić zakup odpowiedniej ilości szczepionek dla wojska skierowanego do ochrony turnieju. Co więcej, przywołane przez Zamawiającego wytyczne z dnia 16 czerwca 2011 r., zostały wydane na długo przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, Zamawiający wiedział więc o konieczności przeprowadzenia szczepień dla żołnierzy i mógł się do nich odpowiednio przygotować. Z informacji przekazanych przez Zamawiającego wynika, że zapotrzebowanie na szczepionki systematycznie rośnie - ilość zakupionych szczepionek w ciągu trzech lat od 2010 r. do 2012 r. wzrosła blisko trzykrotnie, zaś wydanych dwukrotnie. Co więcej, Zamawiający rokrocznie korzystał z wyjątku przewidzianego w ustawie jakim jest przeprowadzenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, w 2011 r. 67,11 % zakupów szczepionek przeprowadzono w trybie z wolnej ręki, zaś w 2012 r. 39,62 % szczepionek zakupiono w tym trybie, mógł zatem, analizując rosnące zapotrzebowanie, przewidzieć konieczność przeprowadzenia szczepień żołnierzy i zakupić odpowiednią ilość zapasów szczepionek w postępowaniu zapewniającym zachowanie konkurencji.

Należy też wskazać, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową, której nie było można 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 (tak też m.in. orzeczenia ETS-u: sprawa C-385/02 Komisja przeciwko Włochom, C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, czy C-337/02 Komisja przeciwko Włochom). Z przedstawionych przez Zamawiającego wyjaśnień wynika, że powodem wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki była konieczność uzupełnienia zapasów ze względu na wydanie szczepionek przeciwko KZM żołnierzom ochraniającym turniej EURO 2012. Prezes Urzędu nie może uznać przytoczonej powyżej argumentacji za spełniającą kryterium wyjątkowości na gruncie ustawy, bowiem niczym niezwykłym dla wyspecjalizowanego ośrodka zajmującego się ochroną zdrowia żołnierzy jest konieczność zaszczepienia uczestników ćwiczeń GB UE i żołnierzy ochraniających turniej EURO 2012 w sytuacji kiedy, przywoływane przez Zamawiającego, wytyczne, a tym samym obowiązek zaszczepienia żołnierzy, były Zamawiającemu znane na długo przed wszczęciem

postępowania, mógł więc do tej sytuacji się odpowiednio przygotować. Szczególnie, że jak to zostało wykazane powyżej szczepienia żołnierzy odbywają się cyklicznie, a zapotrzebowanie na szczepionki systematycznie wzrasta.

Należy też dodać, że Zamawiający prowadzący co roku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy szczepionek ma instrumenty prawne, aby zapewnić sobie dostawy potrzebnych medykamentów o ustalonych przez siebie cechach. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewidziała możliwość zawarcia umowy ramowej dającej Zamawiającym możliwość ustalenia warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości.

Reasumując, w ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[...]"

Pismem z dnia 14.04.2014 r. zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia wobec ww. wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach wskazano:

„[...]"

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki po łącznym spełnieniu następujących przesłanek

- 1) ze względu na wyjątkową sytuację,
- 2) niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,
- 3) której to sytuacji nie mógł zamawiający przewidzieć,
- 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- 5) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Pomiędzy przesłankami powinien dodatkowo zachodzić adekwatny związek przyczynowo-skutkowy.

Ad 1. Wyjątkowość sytuacji

Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli wskazał, iż "zamawiający ustawicznie powołuje się na otrzymywane decyzje wydawane przez Inspektorat Wojskowej Służby Zdrowia tym samym taki sposób podjęcia decyzji o udzielaniu zamówień nie jest dla zamawiającego wyjątkowy". Takie twierdzenie jest zdecydowanym uproszczeniem tej złożonej sytuacji.

Zamawiający oczywiście często otrzymuje polecenia z Inspektoratu z krótkim lub bardzo krótkim terminem realizacji, ale nie oznacza to jeszcze, że w jakikolwiek sposób jest w stanie tę wiedzę o trybie pracy instytucji nadzorującej uwzględnić w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający aż do chwili otrzymania oficjalnego polecenia nie jest w stanie przewidzieć szczegółowego zakresu zamówienia, wymaganych informacji dotyczących realizacji ani terminu realizacji. W sytuacji, gdy zamawiający otrzymuje polecenie od przełożonego - Inspektoratu w terminie pozwalającym na zorganizowanie postępowania w trybie konkurencyjnym, to takie postępowanie jest

niezwłocznie ogłaszane, co wprost wynika z ustaleń poczynionych przez Prezesa UZP w trakcie kontroli - w 2012 r. spośród 6 postępowań na zakup szczepionek przeciwko KZM (kleszczowemu zapaleniu opon mózgowych) 5 w trybie przetargu nieograniczonego i 1 w trybie z wolnej ręki (będący przedmiotem kontroli). Niezależnie od powyższych zamawiający dokonał wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym na okres trzyletni - oczywiście w zakresie w jakim był w stanie przewidzieć uwzględniając dane historyczne. Zachowując takie proporcje trybów trudno uznać, iż zamawiający nie dochowuje obowiązku stosowania trybów konkurencyjnych, o ile jest to możliwe.

Ponadto Zamawiający nie podziela zawężającej wykładni przesłanek z wolnej ręki wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp zastosowanej przez Prezesa UZP. Ograniczanie możliwości stosowania tego przepisu wyłącznie do katastrof naturalnych, klęsk żywiołowych i innych zdarzeń losowych nie znajduje odzwierciedlenia ani w treści przedmiotowego przepisu Pzp ani w treści jego europejskiego źródła (art. 31 pkt 1 lit c dyrektywy klasycznej). Dostrzegła to również KIO w uchwale z 8,3.2014 r. sygn, KIO KD 13/14.

Ad 2. Przyczyny niezależne od zamawiającego

Zamawiający nie kwestionuje, iż w rozumieniu art. 15 ust. 1 Pzp jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania. Natomiast zdecydowanie nie może podzielić poglądu, iż fakt bycia instytucją podległą inspektoratowi "pozostaje bez wpływu" na stosowanie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Wpływ ten jest zasadniczy, ponieważ istotne kompetencje decyzyjne, w tym przede wszystkim w zakresie planowania, mające bezpośredni wpływ na prowadzone postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie należą do zamawiającego, W związku z tym zamawiający dysponuje bardzo ograniczonymi możliwościami wpływu na terminy realizacji poszczególnych zamówień. Również trudno zaakceptować twierdzenie, iż "przyjęcie do realizacji zamówienia na dostawę szczepionek

przeciwko KZM powoduje, iż konsekwencje takiego działania obciążają Zamawiającego". Zamawiający jest częścią Sił Zbrojnych RP i przepisy nie przewidują takiej sytuacji jak nieprzyjęcie do realizacji polecenia służbowego wydanego przez instytucję nadrzędną, o ile nie nosi ono cechy bezprawności, co w analizowanej sytuacji w sposób oczywisty nie miało miejsca. Zamawiający wykonuje polecenia Inspektoratu, ponieważ jest jego jednostką podległą -w analizowanym okresie Zamawiający wykonywał swoje zadania na podstawie rozkazu nr 26/IWSZ/2011 Szefa inspektoratu Służby Zdrowia WP z 22 czerwca 2011 r. w sprawie nadania szczegółowego zakresu działania Wojskowemu Ośrodkowi Farmacji i Techniki Medycznej. Cały szereg działań i podejmowanych decyzji przez różne gremia (w tym polityczne) ma zasadniczy wpływ na treść poleceń jakie wpływają do Zamawiającego, który jest ostatnim ogniwem złożonego procesu decyzyjno-wykonawczego. Wymaga jednoznacznego podkreślenia, iż Zamawiający najczęściej nie ma wpływu ani na termin, ani na zakres (przedmiot) udzielanych zamówień i jest w tym całkowicie zależny od Inspektoratu.

Ad 3. Nieprzewidywalność

Nieprzewidywalność potrzeby udzielenia przedmiotowego zamówienia wynikała również z przyczyny zewnętrznego planowania i braku wpływu Zamawiającego na proces decyzyjny. W 2012 r, zamawiający organizował przetargi nieograniczone zawsze, o ile było to możliwe ze względu na narzucone terminy. W wyniku przeprowadzonych 5 przetargów nieograniczonych dokonał łącznego zakupu 4000 dawek szczepionek przeciwko KZM, wszystkich niezależnie od zawartej umowy długoterminowej, która nie przewidywała tak dynamicznego zwiększenia potrzeb. W sytuacji, gdy z przyczyn całkowicie niezależnych od zamawiającego okazało się, że niezbędny jest pilny zakup dodatkowych 4000 dawek wówczas zamawiający musiał zabezpieczyć ich pozyskanie w narzuconym terminie,

Ponadto należy podkreślić ścisłą współzależność czasową kilku wydarzeń. Wbrew twierdzeniu Prezesa UZP zamawiający nie wskazuje jako nieprzewidywalnej tak ogromnej imprezy sportowej jaką było Euro 2012. Sam fakt organizacji mistrzostw był znany od 2007 r., ale już konsekwencje organizacyjne i szczegółowe dane dotyczące zakresu wymaganych dla tego celu zamówień były doprecyzowywane do ostatniej chwili. Skala niezbędnego zabezpieczenia imprezy w postaci patroli złożonych z żołnierzy, a w szczególności ich całkowita liczba została ustalona w ostatniej chwili i była wypadkową wielu decyzji organizatorów imprezy. Jednakże z punktu widzenia zamawiającego równie istotny jak konieczność wystawienia patroli składających się z zaszczepionych żołnierzy był fakt, iż w tym samym czasie zamawiający musiał zabezpieczyć medycznie (m.in. szczepionkami

przeciwko KZM) wyjazd Grupy Bojowej UE. Prezes UZP, w informacji o wyniku kontroli, w żaden sposób nie odniósł się do tego faktu. Należy podkreślić, iż decyzja o wysłaniu GB UE na misje nie była podejmowana z takim wyprzedzeniem czasowym jak decyzja o organizacji EURO 2012. Podejmowanie decyzji o wysłaniu żołnierzy za granicę jest procesem dynamicznym wymagającym przewidywania wielu współzależnych czynników mających wpływ na logistykę. Sam proces szczepienia przeciwko KZM ze względu na wskazania medyczne trwa 2 miesiące (nie licząc dawki uzupełniającej). Również Prezes UZP w informacji zauważył, iż potrzeby związane z zakupem szczepionek rosną bardzo żywiłowo, ale dla Zamawiającego - całkowicie nieprzewidywalnie, co do ilości.

Ad. 4. Natychmiastowe wykonanie zamówienia

Konieczność natychmiastowego wykonania przedmiotowego zamówienia wynikała wprost z jego nieprzewidywalności i była nierozdzielnie związana z ubytkiem zapasu szczepionek użytych do szczepienia żołnierzy zabezpieczających EURO 2012 a jednocześnie niezbędnych do zaszczepienia przygotowującej się do wyjazdu GB UE, Niezaszczepienie żołnierzy w terminie wymaganym kalendarzem szczepień stawiałoby pod znakiem zapytania ich przydatność podczas misji oraz narażałoby w sposób nieuzasadnionych ich zdrowie i życie,

Ad. 5 Niemożność dochowania terminów dla trybów konkurencyjnych

Jak wynika wprost z dokumentacji przedstawionej podczas kontroli zamawiający otrzymał polecenie z Inspektoratu od pilnej konieczności zakupu szczepionek 21 czerwca 2012 r. wraz z poleceniem zrealizowania zakupu do 10 lipca 2012 r. tj, w terminie 19 dni. Tymczasem zgodnie z informacjami prezentowanymi przez UZP średni czas postępowania na dostawy poniżej progu unijnego w okresie, którego kontrola dotyczy wynosił ponad 30 dni (Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych Nr 6/2012, www.uzp.gov.pl). Pozyskanie szczepionek w niezbędnym terminie było więc niemożliwe nawet zakładając brak jakichkolwiek dodatkowych komplikacji.

[...]"

Pismem z dnia 29.04.2014 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego o uwzględnieniu ww. zastrzeżeń oraz ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosnie zastrzeżeń Zamawiającego w ww. piśmie wskazano:

„[...]"

Na wstępie należy wskazać, iż Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z zasadą zapisaną w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. - Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawa Prawo zamówień publicznych daje zamawiającym możliwość ukształtowania obiektywnych warunków udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dających gwarancję właściwej jego realizacji.

Zamawiający podniósł, że polecenie zakupu szczepionek przeciwko KZM od jednostki nadrzędnej, tj. Inspektoratu Wojskowej Służby Zdrowia Sztabu Generalnego Wojska Polskiego, determinuje prawidłowość zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Należy podkreślić, iż na procedurę udzielania zamówień publicznych nie mogą mieć wpływu działania lub zaniechania innych podmiotów określających terminy wykonania zamówienia. Takie stanowisko zostało potwierdzone w przywołanej uprzednio w informacji o wyniku kontroli, opinii Rzecznika Generalnego z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, w której wskazano, że władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat takich postępowań lub braku wypełnienia zobowiązań i nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.

Trzeba też dodać, iż zgodnie z treścią art. 2 pkt 13 ustawy - Prawo zamówień publicznych - zamówieniem publicznym jest umowa zawarta między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym, to na Zamawiającym (w imieniu, którego działa kierownik zamawiającego lub upoważniona przez niego osoba) ciąży odpowiedzialność za prawidłowość zastosowanej procedury udzielenia zamówienia (np. orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej: z dnia 10 stycznia 2011 r., sygn. akt BDF1/4900/103/113/10/90 oraz z dnia 1 lipca 2010 r., sygn. akt BDF/4900/50/57/10/1381). W konsekwencji, uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki wydaniem polecenia Zamawiającemu przez inny podmiot nie może być uznane za trafne.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że nie można było przewidzieć wydania konkretnego polecenia zakupu szczepionek przez jednostkę nadrzędną. Jednakże, analizując rosnące

rokrocznie zapotrzebowanie na szczepionki można było przewidzieć wzrost zapotrzebowania na szczepionki w 2012 r. i w związku z tym dokonać z odpowiednim wyprzedzeniem zakupów w trybie konkurencyjnym. Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy w okresie 2010 r. - 2012 r. zakup szczepionek zwiększył się niemal trzykrotnie (z 3 720 w 2010 r. do 8 514 - w 2011 r. oraz 10 095 w 2012 r.), jednocześnie w tym czasie wydano o 6 200 sztuk szczepionek więcej, niż zakupiono.

Zamawiający podtrzymał także stanowisko, że nie był w stanie przewidzieć konieczności wszczęcia przedmiotowego postępowania w trybie z wolnej ręki, ze względu na skalę niezbędnego zabezpieczenia turnieju EURO 2012, która była doprecyzowana w ostatniej chwili oraz nieprzewidywalność wyjazdu żołnierzy Grupy Bojowej Unii Europejskiej za granicę. Na potwierdzenie powyższego wskazał na pismo Inspektoratu Wojskowej Służby Zdrowia z dnia 21 czerwca 2012 r., w którym czytamy, iż w związku z decyzją o zaangażowaniu Sił Zbrojnych RP w zabezpieczaniu turnieju Euro 2012, zaszczepiono przeciwko KZM żołnierzy biorących udział w patrolach zabezpieczających ww. turniej. Ze względu na wykorzystanie na ten cel znacznej części zgromadzonego zapasu szczepionki oraz z uwagi na rozpoczynający się w sierpniu 2012 r. cykl szczepień żołnierzy GB UE polecono Zamawiającemu w terminie do 10 lipca 2012 r. zakup 4 000 dawek szczepionki przeciwko KZM. Jednocześnie, w zastrzeżeniach do informacji o wyniku kontroli, Zamawiający wskazał, iż „sam proces szczepienia przeciwko KZM, ze względu na wskazania medyczne trwa 2 miesiące (nie licząc dawki uzupełniającej)”.

Z powyższych okoliczności bezsprzecznie wynika, biorąc pod uwagę ile czasu musiał trwać proces szczepień żołnierzy skierowanych do obsługi Euro 2012 r., że decyzja o zaangażowaniu i zaszczepieniu żołnierzy na Euro 2012 musiała być podjęta, co najmniej na początku kwietnia 2012 r. Mecz otwarcia Euro 2012 r. został bowiem zaplanowany na 8 czerwca 2012 r. Tym samym, o tym, że liczba szczepionek przeciwko KZM, niezbędna do zaszczepienia żołnierzy Grupy Bojowej Unii Europejskiej jest niewystarczająca, było wiadomo już co najmniej na cztery miesiące przed terminem szczepień zaplanowanym na sierpień 2012 r. W tym kontekście nie może być spełniona przesłanka wyjątkowości sytuacji i jej nieprzewidywalności, określona w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Jednocześnie, odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że „Skala niezbędnego zabezpieczenia imprezy w postaci patroli złożonych z żołnierzy, a w szczególności ich całkowita liczba została ustalona w ostatniej chwili i była wypadkową wielu decyzji organizatorów imprezy. Jednakże z punktu widzenia zamawiającego równie istotny jak

konieczność wystawienia patroli składających się z zaszczepionych żołnierzy był fakt, iż w tym samym czasie zamawiający musiał zabezpieczyć medycznie (m.in. szczepionkami przeciwko KZM) wyjazd Grupy Bojowej UE" - należy podnieść, że po pierwsze, jak już wskazano wyżej, ze względu na proces szczepienia przeciwko KZM - trwający dwa miesiące - decyzja o szczepieniach żołnierzy na EURO 2012 musiała zapaść na początku kwietnia 2012 r.

Po drugie konieczność wystawienia patroli składających się z zaszczepionych żołnierzy nie mogła być w żadnym przypadku podstawą udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w dniu 10 lipca 2012 r. ze względu na fakt, iż ostatni mecz turnieju EURO 2012 odbył się 1 lipca, a ponadto już w poleceniu z dnia 21 czerwca 2012 r. jasno wskazano, że na szczepienia żołnierzy na Euro 2012 wykorzystano „znaczną część zgromadzonego przez Ośrodek zapasu przedmiotowej szczepionki". Zatem podstawą zakupu szczepionek nie mogły być zdarzenia, które już nastąpiły (nie można było kupić szczepionek na EURO 2012, które już się skończyło wcześniej).

Po trzecie, odnosząc się do nieprzewidywalności wyjazdu żołnierzy GB UE za granicę, należy podnieść, że decyzja o utworzeniu GB UE została podjęta 5 listopada 2011 r., a wytyczne dotyczące prowadzenia szczepień datowane są na 2011 r. (wytyczne szefa Inspektoratu Wojskowej Służby Zdrowia z dnia 16 czerwca 2011 r. w sprawie przygotowania, funkcjonowania i rotacji kolejnych zmian w Polskim Kontyngencie Wojskowym w Islamskim Państwie Afganistan w operacji Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa ISAF oraz Wytyczne Szefa Inspektoratu Wojskowej Służby Zdrowia z dnia 17 listopada 2011 r. w sprawie utworzenia i przygotowania Weimarskiej Grupy Bojowej Unii Europejskiej). Nie było zatem przeszkód, aby Zamawiający mógł przewidzieć i przygotować odpowiednie zapasy szczepionek dla żołnierzy wchodzących w skład GB UE - dokonując zakupu w trybie konkurencyjnym.

[...]"

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa UZP w sprawie popełnionych naruszeń przepisów ustawy wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, a argumentację sformułowaną

na ich poparcie w ww. *Informacji* oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, uznaje za własną.

Przy czym Izba zaznacza i podkreśla, iż jej stanowiska nie należy rozumieć jako jakiegokolwiek generalizacji, że rozkaz w Siłach Zbrojnych RP wydany przez jednostkę nadrzędną nigdy nie może kreować i niejako kompensować zaistnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp (czego nie zmienia opinia Rzecznika Generalnego z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji).

Przeciwnie – szczególne warunki działalności Sił Zbrojnych i wykonywanych przez nie zadań, element ścisłego służbowego podporządkowania i dyscypliny wojskowej, a także brak rozeznania w planach i potrzebach armii przez jednostki podporządkowane, które wykonują rozkazy, np. przez realizację określonych zakupów – w niektórych przypadkach powodować mogą, iż całość zaistniałej sytuacji związanej z otrzymaniem danego rozkazu i konieczność jego natychmiastowej realizacji, może zostać oceniona jako wypełnienie przesłanek: wyjątkowości sytuacji, braku jej spowodowania przez zamawiającego, niemożliwości jej przewidzenia, a także konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia.

Powyższe nie miało jednak miejsca w rozpatrywanym przypadku. Zamawiający mógł tu przewidzieć konieczność uzupełnienia zapasów szczepionki po ich ekstraordynaryjnym uszczupleniu (które miało miejsce, według opisanej przez Zamawiającego metodologii szczepień, co najmniej na dwa miesiące przed rozpoczęciem turnieju EURO 2012 i było z nim związane) i dokonać powyższego w trybie konkurencyjnym, przed rozpoczęciem wydawania szczepionki na jakiegokolwiek inne cele i potrzeby.

Sam Zamawiający w pkt „Ad. 4” zastrzeżeń wskazuje, iż konieczność przedmiotowego zakupu była nierozdzielnie związana z ubytkiem zapasu szczepionek użytych do szczepienia żołnierzy zabezpieczających EURO 2012, a jako bezpośredni powód/przesłanka pilności zakupu w Protokole ZP-WR również zostaje wskazana konieczność uzupełnienia zapasów uszczuplonych przez powyższe. Nawet jeżeli uprzednie nadmiarowe wydania szczepionki związane z turniejem EURO 2012 były niemożliwe do przewidzenia, to konieczność ich kompensacji, np. w celu zaszczepienia żołnierzy Grupy Bojowej UE, była jak najbardziej przewidywalna (co wykazał Prezes UZP), a także możliwa do przeprowadzenia z zachowaniem przewidywanych ustawowo terminów stosowania trybów konkurencyjnych.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....