

**UCHWAŁA**

**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 30 lipca 2015 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych dnia **7 lipca 2015 r.** do **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** przez Zamawiającego, którym jest: **m. st. Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa**, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia **30 czerwca 2015 r.**, znak: **UZP/DKD/WKZ/421/29(2)15/MT; KNZ/14/15**, w odniesieniu do zamówienia publicznego na „wykonanie z najwyższą starannością usługi poligraficznej: skład komputerowy, łamanie, naświetlanie oraz druk 1 336 272 (słownie: jeden milion trzysta trzydzieści sześć tysięcy dwieście siedemdziesiąt dwa) i rozwieszenie przez wykonawcę własnym środkiem transportu do siedzib urzędów dzielnic m. st. Warszawy kart do głosowania w wyborach Prezydenckich m.st. Warszawy zarządzonych na dzień 16 listopada 2014 r.”

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**

**Klaudia Szczytowska - Maziarz**

wyraża następującą opinię:

**Nie uwzględnia zastrzeżeń m. st. Warszawy zgłoszonych dnia 7 lipca 2015 r. do stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), wymienionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 czerwca 2015 r., znak: UZP/DKD/WKZ/421/29(2)15/MT - w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.**

**Uzasadnienie:**

Pismem z dnia 24 października 2014 r. Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”; (wartość zamówienia: 1 820 060,61 zł (430 793,77 euro) na: „wykonanie z najwyższą starannością usługi poligraficznej: skład komputerowy, łamanie, naświetlanie oraz druk 1 336 272 i rozwiezienie przez wykonawcę własnym środkiem transportu do siedzib urzędów dzielnic m. st. Warszawy - kart do głosowania w wyborach Prezydenckich m.st. Warszawy zarządzonych na dzień 16 listopada 2014 r.

W przebiegu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania, przeprowadzonej w okresie od 15.06.2015 r. do 30.06.2015 r., w Informacji o jej wyniku, Prezes Urzędu na podstawie udostępnionej dokumentacji postępowania i ustaleń własnych przedstawił następujący stan faktyczny i ocenę.

Postępowanie na druk kart do głosowania w wyborach na Prezydenta m.st. Warszawy było jednym z trzech prowadzonych równolegle postępowań obejmujących ten sam przedmiot zamówienia. Dwa pozostałe postępowania, tj. na druk kart do głosowania w wyborach radnych rad Dzielnic m.st. Warszawy oraz na druk kart w wyborach radnych do Rady m.st. Warszawy dla 9 okręgów, wymagały łącznego przygotowania materiałów i oszacowania wartości zamówienia ze względu na tożsamy przedmiot zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający stwierdził, iż oszacował z najwyższą starannością łączną wartość zamówienia na kwotę 1 820 060,61 zł, co stanowi równowartość 430 793,77 euro, a więc wartość całego zamówienia przekraczała równowartość kwoty 207 000 euro, wymagającej wszczęcia procedury zamówienia zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający uzasadnił udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki koniecznością realizacji zadania zleconego z zakresu administracji rządowej, polegającego na techniczno-organizacyjnym przygotowaniu zarządzonych na dzień 16 listopada 2014 r. wyborów samorządowych, którego jednym z najważniejszych elementów było przygotowanie druku kart do głosowania w celu terminowego i bezpiecznego zrealizowania tego zadania. Dlatego też według Zamawiającego, koniecznym było zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia, ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zamawiający utrzymywał, że spełnione jednocześnie zostały dwie przesłanki wynikające z ww. przepisu, a mianowicie:

- 1) wystąpienie wyjątkowej, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i niemożliwej do przewidzenia sytuacji;
- 2) zamówienie musiało być udzielone natychmiast, a nie można było zachować terminów właściwych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W zakresie pierwszej z wyżej wymienionych przesłanek Zamawiający wyjaśniał, iż zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i dokładny, umożliwiając wykonawcy złożenie ważnej oferty. Dokonanie tak dokładnego opisu przedmiotu zamówienia, w okolicznościach przedstawionej sprawy, było zdaniem Zamawiającego w zasadzie niemożliwe (a co najmniej znacznie utrudnione) przed upływem poniższych terminów, które wynikają z kalendarza wyborczego.

Zgodnie z kalendarzem wyborczym do dnia:

- 7 października 2014 r. następowało zgłaszanie terytorialnym komisjom wyborczym list kandydatów na radnych, odrębnie dla każdego okręgu wyborczego dla wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m.st. Warszawy;
- 17 października 2014 r. następowało zgłaszanie gminnym komisjom wyborczym kandydatów na wójtów, burmistrzów i prezydentów miast.

Zdaniem Zamawiającego ostateczne zamknięcie list kandydatów (w szczególności w zakresie ich ilości i liczebności) przez Miejską Komisję Wyborczą było warunkiem sporządzenia wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym ostatecznego oszacowania wartości zamówienia.

W świetle powyższego wstępny opis przedmiotu zamówienia (a więc uwzględniający zamówienie na druk kart do głosowania obejmujący kandydatów na radnych) był według Zamawiającego możliwy dopiero w dniu 8 października 2014 r., natomiast ostateczny (uwzględniający listy z kandydatami na Prezydenta m.st. Warszawy) dopiero w dniu 18 października 2014 roku. Wyjątkowości sytuacji i jej nieprzewidywalności, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, zdaniem Zamawiającego, nie można utożsamiać jedynie z sytuacją wynikającą z działania siły wyższej (awarii, klęski żywiołowej itp.), lecz również z sytuacją nadzwyczajną (a do takiej zaliczył zapewnienie wyboru przedstawicieli jednostki samorządu terytorialnego, która odbywa się zazwyczaj raz na cztery lata). Nie bez znaczenia uznał fakt, że okoliczność wyborów samorządowych była sytuacją niezależną od woli i

potrzeby Zamawiającego, ponieważ m.st. Warszawa nie miało wpływu zarówno na kalendarz wyborczy, jak i zasady, które musiało brać pod uwagę przy organizacji wyborów, w tym na formaty i wygląd kart do głosowania, które dodatkowo uzależnione były od ostatecznej ilości zgłoszonych kandydatów w wyborach samorządowych (poznanych w terminach wskazanych powyżej).

W zakresie drugiej z wyżej wymienionych przesłanek i zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, za istotne z punktu widzenia zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający poczytał minimalne terminy określone w przepisach dotyczących określonych trybów udzielania zamówień publicznych. W ocenie Zamawiającego biorąc pod uwagę, że początkowy termin umożliwiający dokonanie opisu zamówienia, a tym samym dokonanie ogłoszenia o zamówieniu, przekazanie zaproszenia do negocjacji, czy też zapytania o cenę, to dzień 8 października 2014 r. (biorąc przy tym pod uwagę wartość zamówienia przekraczającą progi unijne), że rozpatrując:

- a) tryb przetargu nieograniczonego - ewentualny termin składania ofert upływałby w dniu 17 listopada 2014 r. (zgodnie z art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy),
- b) tryb przetargu ograniczonego - ewentualny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływałby w dniu 7 listopada 2014 r. (zgodnie z art. 49 ust. 2 pkt 1 ustawy),
- c) tryb przetargu ograniczonego przyspieszonego - ewentualny termin składania ofert upływałby w dniu 31 października 2014 r. (zgodnie z art. 49 ust. 3 oraz art. 52 ust. 4 ustawy),
- d) przyjmując za teoretycznie możliwy tryb negocjacje z ogłoszeniem - termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach upływałby w dniu 7 listopada 2014 r. (zgodnie z art. 56 ust. 2 w związku z art. 49 ust. 2 pkt 1 ustawy),
- e) przyjmując za teoretycznie możliwy tryb dialogu konkurencyjnego - termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu upływałby w dniu 7 listopada 2014 r. (zgodnie z art. 60c ust. 2 w związku z art. 49 ust. 2 pkt 1 ustawy),
- f) przyjmując za teoretycznie możliwy tryb negocjacje bez ogłoszenia termin składania ofert powinien być wyznaczony z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty, przy czym złożenie oferty poprzedzają negocjacje z wykonawcami (art. 63 ust. 2 pkt 8 w związku z art. 64 ust. 1 ustawy).

Biorąc powyższe terminy pod uwagę oraz fakt, iż w zasadzie od każdej czynności zamawiającego wykonawca mógł się odwołać do Krajowej Izby Odwoławczej (gdzie termin rozpatrzenia wskazany w ustawie wynosi 14 dni) oraz przyjmując za teoretycznie możliwe zastosowanie trybów niekonkurencyjnych (w których terminy mogą być krótsze, niż w przetargu nieograniczonym lub ograniczonym), wyłonienie wykonawcy w tak krótkim czasie uznał za praktycznie niemożliwe. Tym samym drugą z przesłanek zastosowania trybu

zamówienia z wolnej ręki, a więc sytuacji braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia również uznał za spełnioną. Zamawiający powołał się na dane dotyczące szacowanego średniego czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przytoczone przez Urząd Zamówień Publicznych w sprawozdaniach rocznych.

Odnosząc się do prośby o przekazanie informacji o powodach nie wszczęcia postępowania będącego przedmiotem kontroli z chwilą wejścia w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2014 r. w sprawie zarządzenia wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m. st. Warszawy oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast, tj. z dniem 27 sierpnia 2014 r. w jednym z trybów konkurencyjnych np. w procedurze ograniczonej przyspieszonej - Zamawiający wskazał, iż niezależnie od terminu wejścia w życie wskazanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, Krajowe Biuro Wyborcze przyznało Zamawiającemu dotację celową na zadanie zlecone, związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików wojewódzkich i rad dzielnic m.st. Warszawy oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast, dopiero w dniu 26 września 2014 r. Był to zdaniem Zamawiającego - pierwszy dzień, w którym dysponował środkami na realizację zamówienia.

Kolejną kwestią, na którą Zamawiający zwracał uwagę była okoliczność, iż kalendarz wyborczy, który stanowił podstawę przygotowania wyborów samorządowych, określał dni, w których upływają terminy wykonania czynności wyborczych. Przygotowanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia oraz oszacowanie wartości zamówienia nie było możliwe przed upływem terminów wynikających z kalendarza wyborczego (są to czynności, na które Zamawiający nie miał wpływu). Zgodnie z kalendarzem wyborczym w dniu 17 października 2014 r. do godz. 24.00 zakończyła się rejestracja list kandydatów na prezydenta. W dniu 26 października 2014 r. upływał termin zgłaszania zamiaru głosowania korespondencyjnego przez uprawnionych wyborców. Wyborcom tym Zamawiający zobowiązany był dostarczyć pakiety wyborcze zawierające karty do głosowania na maksymalnie 7 dni przed terminem wyborów. Jest to maksymalny, ustawowy termin zobowiązania Urzędu do doręczenia pakietu wyborcy. A zatem wykonanie pakietu musiało nastąpić wcześniej, niż wskazane 7 dni przed terminem wyborów, a więc fizycznie musiały być już gotowe dużo wcześniej, co powodowało skracanie się czasu na ich wykonanie. Opis przedmiotu zamówienia musiał więc zawierać takie zobowiązanie dla potencjalnego wykonawcy. Następnym czynnikiem determinującym długość wykonania zamówienia, to określenie przez Państwową Komisję Wyborczą wymogu dotyczącego wzorów kart do głosowania (wycinanie otworów w rogach kart). Wskazane wyżej okoliczności faktyczne, a także oszacowana z najwyższą starannością wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia,

która przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, uniemożliwiły jak tłumaczył Zamawiający - wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne w przedmiotowym zakresie bezpośrednio po wejściu w życie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2014 r. w sprawie zarządzenia wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m. st. Warszawy oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast, tj. z dniem 27 sierpnia 2014 r. oraz przeprowadzenie tego postępowania w trybach otwartych.

Jednocześnie Zamawiający zwracał uwagę, że w tożsamym stanie faktycznym dotyczącym zamówienia obejmującego dostawę kart do głosowania w wyborach do Sejmu i Senatu RP, Urząd Zamówień Publicznych uznał w 2012 r. za zasadne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki oparte na tej samej podstawie prawnej (Informacja o wyniku kontroli doraźnej z 13 grudnia 2012 r., znak: UZP/DKD/KND/3/12).

Z protokołu postępowania wynika, iż w dniu 24 października 2014 r. Zamawiający skierował zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki do firmy G. z siedzibą w Warszawie. W tym samym dniu w siedzibie Zamawiającego odbyły się negocjacje w sprawie ustalenia warunków realizacji zamówienia w trybie z wolnej ręki. W dniu 31 października 2014 r. zawarto z ww. Wykonawcą umowę. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2014 r.

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

Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu z wolnej ręki przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia wskazał na art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Powyższa regulacja stanowi, że zamawiający jest uprawniony do wszczęcia postępowania z wolnej ręki ze

względu na wyjątkową sytuację, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł przewidzieć, zaś wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego - Prezes Urzędu nie podzielił stanowiska Zamawiającego, iż zachodziła potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia oraz nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przyjmuje się, że natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie”, czyli właściwie „z dnia na dzień”. Jest to zatem przesłanka, która znajdzie zastosowanie jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. W przedmiotowej sprawie brak jest wypełnienia przesłanki „natychmiastowości”, bowiem jakkolwiek zrozumiałą jest potrzeba wydrukowania kart do głosowania w krótkim terminie - nie sposób stwierdzić, iż wykonanie zamówienia powinno być dokonane „natychmiast”, czyli „z dnia na dzień”.

Analizując przekazane w toku postępowania dokumenty i wyjaśnienia, Prezes Urzędu nie uwzględnił argumentacji, że przedmiot zamówienia znany był dopiero w dniach 8 i 18 października 2014 r. Zgodnie z protokołem postępowania przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki (znak: ZP/JK/271/III-233/14) wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w dniu 30.09.2014 r. na podstawie ustalenia liczby kart i obliczenia kwoty zamówienia poprzez pomnożenie liczby kart przez kwotę środków przeznaczonych na druk 1 karty na podstawie informacji z Krajowego Biura Wyborczego w Warszawie. Tym samym, co najmniej w tej dacie Zamawiającemu musiał być znany opis przedmiotu zamówienia. Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia dokonuje się bowiem w oparciu o posiadany opis przedmiotu zamówienia. W przeciwnym wypadku mielibyśmy do czynienia z przeszacowaniem lub niedoszacowaniem wartości zamówienia. Ponadto wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik nr 1 do zaproszenia do negocjacji w trybie z wolnej ręki z dnia 24 października 2014 r. nie zawiera żadnych dodatkowych danych (niezbędnych do realizacji zamówienia), ponad te, które wynikały z uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 sierpnia 2014 r. w sprawie wzorów kart do głosowania oraz nakładek na karty do głosowania sporządzonych w alfabecie Braille'a, w wyborach do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m. st. Warszawy oraz w wyborach wójtów, burmistrzów i prezydentów miast, podjętej na podstawie art. 40 § 5 i art. 40a § 3 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy (Dz. U. z 2011, Nr 21, poz. 112 z późn. zm.). W treści opisu przedmiotu zamówienia postępowania w trybie z wolnej ręki wprost wskazano, iż zasady druku, zabezpieczenia (pkt 1), parametry techniczne oraz inne szczegółowe warunki (pkt 3) kart do głosowania określa uchwała Państwowej Komisji Wyborczej. Jednocześnie w

zawartej umowie z wolnej ręki z dnia 31 października 2014 r. znalazł się zapis, iż przedmiotem umowy jest wykonanie usługi poligraficznej kart do głosowania według wzoru ustalonego uchwałą Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 sierpnia 2014 r. (§ 1 ust. 1 umowy). W konsekwencji, za niezaprzeczalny Kontrolujący uznał fakt, iż opis przedmiotu zamówienia mógł być sporządzany już od dnia 11 sierpnia 2014 r. Zgodnie bowiem z § 11 uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 sierpnia 2014 r. uchwała wchodziła w życie z dniem podjęcia i podlegała ogłoszeniu. Posiadana wiedza w zakresie wyglądu, parametrów technicznych, zabezpieczenia i zawartości kart do głosowania, wynikająca z wskazanej wyżej uchwały Państwowej Komisji Wyborczej, w sposób wystarczający umożliwiała dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, oszacowania wartości zamówienia, jak i potencjalnym wykonawcom obliczenie ceny oferty. Wybór wykonawcy usługi poligraficznej mógł być zatem dokonany w postępowaniu konkurencyjnym, wszczętym niezwłocznie po wejściu w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2014 r. w sprawie zarządzenia wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m.st. Warszawy oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast (Dz. U. z dnia 27 sierpnia 2014 r.). Natomiast szczegóły informacji w zakresie ilości i liczebności kandydatów mogły być dookreślone i przekazane przez Zamawiającego uprzednio wybranemu wykonawcy po ostatecznym zamknięciu list kandydatów przez Miejską Komisję Wyborczą.

Prezes Urzędu zaznaczał, że ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje szereg instrumentów, które pozwalają na elastyczne opisanie przedmiotu zamówienia, z przewidzeniem sytuacji, gdy zachodzi nagła potrzeba rozszerzenia, bądź zmniejszenia zakresu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia może być tak skonstruowany, aby potrzeba druku różnych materiałów - była zapewniona w zależności od aktualnych potrzeb Zamawiającego. Temu m.in. służą zamówienia uzupełniające, prawo opcji, możliwość przewidzenia i opisanie istotnych zmian w umowie, jak i ustalenie ceny jednostkowej druku w różnych kategoriach. Zamawiający ponadto spodziewając się dużej ilości materiałów do druku może wyłonić wykonawców w trybie konkurencyjnym i podpisać z nimi umowę ramową, i tym samym zapewnić sobie gotowość realizacji zadań w tym zakresie.

W ocenie Prezesa Urzędu, obowiązek przeprowadzenia wyborów samorządowych, a co się z tym wiąże konieczność zabezpieczenia kart do głosowania, nie stanowi również sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć. Wybory do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego, w myśl art. 371 § 1 ustawy Kodeks wyborczy zarządzane są przez Prezesa Rady Ministrów nie wcześniej niż na 4 miesiące i nie później niż na 3 miesiące przed upływem kadencji. Jednocześnie zgodnie z art. 16 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (t. j. Dz. U. z 2013 poz. 594 z póź. zm.) kadencja



radę gminy trwa 4 lata licząc od dnia wyboru. Analogiczne terminy obowiązują w zakresie wyborów do rad dzielnic m.st. Warszawy, rady m.st. Warszawy oraz kadencji Prezydenta m.st. Warszawy. Wybory samorządowe w 2014 roku przeprowadzane były terminowo, przed upływem 4 - letniej kadencji oraz były zarządzane w terminie. Wybory zostały wyznaczone na dzień 16 listopada 2014 r. Tak więc nie wystąpiły żadne wyjątkowe okoliczności, które spowodowały, iż wybory były realizowane w terminach nieprzewidywalnych.

Odnosnie argumentu podniesionego przez Zamawiającego w zakresie specyficznych wymogów technicznych wykonania zamówienia oraz dużego nakładu kart do głosowania, Prezes Urzędu zauważył, iż nakład kart do głosowania jest przewidywalny, ponieważ jest związany z rejestrem wyborców, do prowadzenia którego Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z ustawą Kodeks wyborczy.

Ponadto na rynku istnieje wielu wykonawców potencjalnie zdolnych do wykonania ww. zamówienia, uwzględniając duży nakład zamówienia. Usługa druku jest jedną z bardziej powszechnych na rynku. Powyższe powoduje, iż tak duża konkurencja w tej branży tym bardziej determinuje przeprowadzanie zamówień publicznych w trybach konkurencyjnych, w których z uwagi na pilność realizacji zamówienia, na którą powołuje się Zamawiający, można dodatkowo określić jako jedno z kryterium wyboru ofert - termin realizacji zamówienia od momentu jego zlecenia Wykonawcy.

W zakresie argumentacji Zamawiającego, dotyczącej bezwzględnej konieczności wykonania zamówienia w terminie narzuconym przez kalendarz wyborczy Kontrolujący wskazał, iż nie miał on wpływu na wyłonienie wykonawcy druku kart do głosowania. Jak już wcześniej zostało to powiedziane przedmiot zamówienia był możliwy do określenia już od 11 sierpnia 2014 r., tj. od dnia podjęcia uchwały Państwowej Komisji Wyborczej.

Twierdzenie Zamawiającego podniesione w udzielonych wyjaśnieniach, iż Krajowe Biuro Wyborcze przyznało Zamawiającemu dotację celową na zadanie zlecone, związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików wojewódzkich i rad dzielnic m.st. Warszawy oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast, dopiero w dniu 26 września 2014 r., nie zostało uwzględnione. Zamawiający może wszcząć postępowanie o zamówienie publiczne nie mając jeszcze zabezpieczonych środków na jego realizację. Obowiązek ten zachodzi dopiero w chwili zawarcia umowy z wykonawcą wybranym w postępowaniu.

Na marginesie, Prezes Urzędu wskazał, iż w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości za nieprzewidywalną nie może być uznana konieczność dochowania określonych terminów. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, fakt, że dany organ może na

podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu. W wydanych orzeczeniach ETS przyznał powyższą cechę okolicznościom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających (m. in. orzeczenia C-385/02 Komisja przeciwko Włochom, C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, czy C-337/02 Komisja przeciwko Włochom). Jednocześnie, w wielu innych sprawach Trybunał odmówił przymiotu nieprzewidywalności (wyjątkowości) m.in. pilnemu zapotrzebowaniu na specyficzny lek (orzeczenie C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii), decyzji odmawiającej zatwierdzenia projektu (orzeczenie C-318/94 Komisja przeciwko Niemcom), czy konieczności wykonania projektu w terminach nałożonych przez właściwy organ (orzeczenie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji).

Dodatkowo Prezes Urzędu podkreślił, iż Gmina realizuje zadania z zakresu administracji rządowej na mocy porozumień zawartych z organami tej administracji otrzymując dotacje celowe w kwocie wynikającej z zawartego porozumienia. Charakterystyczną cechą dotacji na zadania z zakresu organizowania przygotowań i przeprowadzania wyborów powszechnych oraz referendów, jest to, iż występuje tu po stronie organu dotującego obowiązek dotowania oraz udzielania dotacji w wysokości koniecznej do wykonania zadania.

W odniesieniu do powołania się przez Zamawiającego na przeprowadzoną kontrolę z dnia 13 grudnia 2012 r. znak: UZP/DKD/KND/3/12, Prezes Urzędu stwierdził, iż stan faktyczny niniejszej sprawy był inny, aniżeli sprawy będącej przedmiotem analizowanej sprawy. W przywołanej kontroli, istotne znaczenie miał wniesiony protest wyborczy przez Komitet Wyborczy Wyborców Obywatelskich List Wyborczych Nowego Ekranu. Dodał, iż każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się odrębną specyfiką i prowadzone jest w odmiennych okolicznościach faktycznych. Tym samym, wybór trybu postępowania nie może być dokonywany w oparciu o rozstrzygnięcia przywołane w uprzednio przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu kontrolach.

Na to, iż przedmiotowe zamówienie mogło być udzielone w jednym z trybów konkurencyjnych wskazują także postępowania przeprowadzone przez innych zamawiających w zakresie tożsamego przedmiotu zamówienia, a mianowicie na druk kart do głosowania w wyborach zarządzonych na dzień 16 listopada 2014 r. (postępowania, w których wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy), np.: Zamawiający - Województwo Śląskie - procedura ograniczona przyspieszona (data ogłoszenia o zamówieniu: 02.09.2014 r.), Zamawiający - Województwo Dolnośląskie - procedura ograniczona przyspieszona (data ogłoszenia o

zamówieniu: 13.09.2014 r.), Zamawiający - Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego - procedura otwarta (data ogłoszenia o zamówieniu: 11.09.2014 r.).

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał, iż Zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP, iż w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały naruszone przepisy art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz art. 10 i 7 ust. 1 ustawy Pzp, zatem pismem z dnia 6 lipca 2015 r., doręczonym 7 lipca 2015 r. na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp wniósł poniższe umotywowane zastrzeżenia od Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W pierwszej kolejności podkreślał, iż postępowanie o zamówienie publiczne będące przedmiotem kontroli doraźnej Prezesa UZP - tj. postępowanie na druk kart do głosowania w wyborach na Prezydenta m.st. Warszawy było jednym z trzech, prowadzonych równolegle postępowań obejmujących ten sam przedmiot zamówienia. Nie bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy uznał następujące okoliczności faktyczne, co do których stwierdził, że zostały pominięte w wystąpieniu Prezesa UZP, a które miały decydujące znaczenie przy podejmowaniu przez Zamawiającego decyzji o realizacji przedmiotowego zamówienia (jak również dwóch pozostałych) w trybie z wolnej ręki: Zamawiający stwierdził, iż przygotowując się do realizacji zamówienia na druk kart do głosowania we wszystkich wyborach samorządowych oraz w wyborach na Prezydenta m.st. Warszawy mając na uwadze doświadczenia z lat poprzednich związane z realizacją podobnych zamówień, zakładał, iż przeprowadzi jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość będzie niższa niż kwota 207.000 euro, od której uzależniony jest obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej (a w konsekwencji również obowiązek realizacji zamówienia z zachowaniem dłuższych terminów), w trybie konkurencyjnym, obejmującego swym zakresem druk wszystkich kart do głosowania. Swoją decyzję w przedmiotowym zakresie Zamawiający opierał m.in. na okoliczności, iż przy analogicznym zamówieniu z 2010 r. wysokość dotacji celowej przyznanej przez PKW dla m.st. Warszawy wyniosła 713.241,36 zł, a zatem była niższa od progów unijnych.

Dowód: kopia informacji Krajowego Biura Wyborczego o kwocie dotacji celowej na zadanie zlecone, związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem wyborów do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast w 2010 r. z dnia 15.10.2010r.

Przy takim założeniu, Zamawiający potwierdził, iż czekał na przekazanie przez PKW środków finansowych, aby wszcząć 7 - dniową procedurę zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, w której podpisanie umowy o zamówienie publiczne mogłoby mieć miejsce w połowie października 2014 r. W dniu 26 września 2014 r., Zamawiający powziął jednak wiadomość, iż wartość dotacji celowej przekazanej przez PKW z podziałem tej kwoty na poszczególne zadania wyborcze, wynosi 2.489.745,05 zł, a tym samym przewyższa równowartość kwoty 207.000 euro i oznacza, że postępowanie w trybie konkurencyjnym musiałoby zostać przeprowadzone z zachowaniem terminów dla zamówień unijnych.

Dowód: kopia informacji Krajowego Biura Wyborczego o kwocie dotacji celowej na zadanie zlecone, związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem wyborów do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast zarządzonych na dzień 16 listopada 2014r. oraz ewentualne przeprowadzenie II tury wyborów w dniu 30 listopada 2014r. - z dnia 26 września 2014r.

Zatem (biorąc pod uwagę wszczęcie procedury w trybie konkurencyjnym, natychmiast po otrzymaniu środków, bez należycie opisanego przedmiotu zamówienia) podpisanie umowy w przedmiotowym zakresie mogłoby przy najbardziej pozytywnym scenariuszu nastąpić dopiero po 14 listopada 2014r., a zatem zbyt późno, z uwagi na wymogi kalendarza wyborczego. Wszczęcie natomiast postępowania zawierającego jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia uwzględniający wszystkie okoliczności istotne dla prawidłowego przygotowania oferty i skalkulowania ceny, mogłoby nastąpić nie wcześniej niż w połowie października 2014r., co oznacza, iż ewentualne podpisanie umowy nastąpiłoby już po wyborach samorządowych.

Na marginesie powyższego, zauważył, iż przytoczone w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa UZP, w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki przez Zamawiającego, przykładowe zamówienia publiczne na druk kart do głosowania prowadzone w trybach konkurencyjnych przez zamawiających: Województwo Śląskie oraz Województwo Dolnośląskie, były ogłaszane w odmiennym, niż w przypadku Zamawiającego, stanie faktycznym. Obaj wskazani wyżej zamawiający w 2010 roku udzielili bowiem podobnych zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (zgodnie z treścią ogłoszeń nr 2010/S 223-341015 oraz 2010/S 222-339555). Oznacza to, że przy organizacji wyborów w 2014 roku wiedzieli, iż wartość ich zamówień będzie przetaczać kwoty unijne.

Zamawiający na podstawie wartości podobnych zamówień ogłoszonych w 2010 roku, uznał za zasadne założenie, iż w 2014 roku będzie w stanie udzielić zamówienie na druk kart wyborczych w procedurze odpowiedniej do wartości nieprzekraczającej 207.000 Euro. Na

marginesie powyższego podkreślił, iż każda sprawa powinna być rozpatrywana indywidualnie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na jej przebieg i podejmowanie decyzji w zakresie procedowania. Tym samym czynienie zarzutu Zamawiającemu w zakresie nielegalności wyboru trybu zamówienia, w oparciu o przebieg i sposób udzielania zamówienia u innych zamawiających poczytał za nieuprawnione.

Powołał się na przyjętą linię orzecniczą, iż zamawiający wszczynając postępowanie o zamówienie powinni przedstawić w jednoznaczny i wyczerpujący sposób opis przedmiotu zamówienia, uwzględnić czas niezbędny do przygotowania i złożenia ofert (w przedmiotowym przypadku, z uwagi na łączną wartość zamówienia minimum 40 dni), a także terminy przewidziane na ewentualne wezwania Wykonawców do uzupełnienia dokumentów oraz przedłożenie wyjaśnień dotyczących złożonych ofert. Jednocześnie trzeba uwzględnić, iż umowa o zamówienie publiczne może zostać zawarta dopiero po upływie określonego w przepisie art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych terminu, w przedmiotowym przypadku 10 dni, który może zostać skrócony jedynie w sytuacjach określonych w przepisie art. 94 ust. 2 Pzp. Podkreślił, iż nie mógł zakładać, że postępowanie przebiegnie bez konieczności dokonania dodatkowych przewidzianych w cytowanej ustawie czynności. Zaznaczał, iż przepisy prawa nie funkcjonują w oderwaniu od określonych okoliczności faktycznych. Każda sprawa jest rozpatrywana indywidualnie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na jej przebieg i podejmowanie decyzji w zakresie procedowania. W przedmiotowej sprawie, przed dniem 18 sierpnia 2014 r. tj. - podjęcia uchwały zmieniającej przez Państwową Komisję Wyborczą, Zamawiający utrzymywał, że nie mógł w sposób ostateczny opisać przedmiotu zamówienia. Okolicznością bezsporną, której Zamawiający nie kwestionował, było iż wzór kart do głosowania w wyborach do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m.st. Warszawy oraz z wyborach wójtów, burmistrzów i prezydentów miast określała Uchwała Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 sierpnia 2014r., zmieniona uchwałą z dnia 18 sierpnia 2014r. Wytyczne i wyjaśnienia dotyczące druku i przechowywania kart do głosowania zawierała natomiast Uchwała Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 25 sierpnia 2014r., (czego Urząd Zamówień Publicznych nie uwzględnił w swoich wnioskach pokontrolnych). Uchwały te jednak nie odnosiły się do innych istotnych kwestii, jak m.in. treści drukowanych na kartach, czy ostatecznego wyboru wielkości i ilości kart do głosowania. Opis przedmiotu zamówienia w niniejszym zakresie pozostawał w gestii Zamawiającego. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, Zamawiający podtrzymał, że od strony faktycznej nadal nie było możliwości pełnego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia z uwagi na brak możliwości wskazania przez Zamawiającego wymaganej do wykonania ilości kart do głosowania oraz określenia ich ostatecznego formatu

i treści. Zamawiający uznał, że nie mógł opisać przedmiotu zamówienia tylko w oparciu o wzór przedstawiony w uchwale PKW z dnia 11 sierpnia 2014r., zmienionej uchwałą z dnia 18 sierpnia 2014r., z uwagi m.in. na okoliczności, iż wybór wielkości kart do głosowania w wyborach prezydenckich był uzależniony od ilości zgłoszonych kandydatów tzn. gdyby w wyborach na Prezydenta m.st. Warszawy zgłosił się tylko jeden kandydat, wówczas karta do głosowania byłaby formatu A-5 (zgodnie z załącznikiem nr 7 do uchwały PKW z dnia 11.08.2014r.). Z dniem zaś 7 października 2014r., gdy Zamawiający powziął wiadomość o zgłoszeniu drugiego kandydata w wyborach na Prezydenta m.st. Warszawy, wiadomym było, iż karta do głosowania będzie miała format A-4. Natomiast w wyborach samorządowych ilość kart do głosowania była uzależniona od ilości list kandydatów na radnych zarejestrowanych w danym okręgu (każda zgłoszona lista musiała stanowić oddzielną kartę do głosowania). Ostateczny termin zgłaszania list kandydatów upływał natomiast z dniem 7 października 2014 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w wystąpieniu pokontrolnym uznał wskazane wyżej przykładowe okoliczności faktyczne za nieistotne z punktu widzenia udzielenia zamówienia publicznego. Z tą argumentacją Zamawiający nie zgodził się. Wielkość i ilość kart do głosowania, ilość linii zadruku to istotne informacje z punktu widzenia prawidłowej wyceny zamówienia przez potencjalnego wykonawcę, ale także z punktu widzenia Zamawiającego. Miasto Stołeczne Warszawa otrzymało bowiem konkretną kwotę dotacji celowej, na wykonanie konkretnej ilości kart do głosowania. Nakład kart do głosowania ustala Miejska Komisja Wyborcza, którą Zamawiający jedynie obsługuje technicznie i organizacyjnie. Nie mając informacji o wysokości przyznanej dotacji Zamawiający nie mógł arbitralnie, bez uwzględniania wszystkich okoliczności faktycznych sprawy, ustalać ceny jednostkowej za druk kart. Wbrew twierdzeniu UZP za niemożliwe przyjął, by przedmiotem wyceny wykonawców składających oferty w postępowaniu była cena jednostkowa za kartę do głosowania z zastrzeżeniem, iż zamówienie zostanie zrealizowane do wyczerpania środków. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, iż nieporównywalny jest koszt drukowania kart w formacie A-4 (stosowanej do głosowania w przypadku zgłoszenia więcej niż dwóch kandydatów) do kosztu drukowania kart w formacie A-5 (stosowanej do głosowania w przypadku zgłoszenia jednego kandydata lub w drugiej turze wyborów). Powyższe wynika z doświadczenia Zamawiającego przy organizacji przedmiotowych wyborów - tj. wartości umów zawieranych na druk kart do głosowania w I i II turze wyborów. W przypadku druku takiej samej ilości kart w I turze wyborów Zamawiający zapłacił za usługę kwotę 59.967,15 brutto (format A4). W przypadku zaś druku kart w II turze, w mniejszym formacie kontrakt z wykonawcą opiewał na kwotę - 34.508,88 brutto (format A5). Bezzasadne założenie w opisie przedmiotu zamówienia (wynikające z braku dostatecznych danych dot. ilości zgłoszonych kandydatów), iż wykorzystywana będzie karta do głosowania

w formacie A-4, w przypadku zgłoszenia tylko jednego kandydata, prowadziłyby z kolei do uzasadnionego zarzutu niegospodarności wydatku, albowiem różnica kosztu druku kart do głosowania w formacie A-5 przy zakontraktowanym formacie A4 wyniosłaby 74%.

Wskazywał, iż specyfika przedmiotowego zamówienia polega na tym, że musi być ono wykonane i to za określoną kwotę. W ramach realizacji tego zadania Zamawiającemu nie wolno przekroczyć założonych w preliminarzu, ustalonych przez Państwową Komisję Wyborczą kwot wydatków na poszczególne zadania. Dlatego też rozwiązanie zaproponowane w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa UZP, na gruncie Kodeksu wyborczego oraz przepisów o finansach publicznych uznał za niemożliwe do zrealizowania. Orzecznictwo Regionalnej Izby Obrachunkowej wskazuje, na niedopuszczalność finansowania z budżetu gminy zadań, na które gmina otrzymuje dotację celową. Druk kart wyborczych należy do zadań zleconych zgodnie z ustawą o dochodach jednostek samorządu terytorialnego i może być finansowany tylko ze środków dotacji. Mając to na uwadze Zamawiający wyjaśniał, iż wskazana w protokole z postępowania data ustalenia wartości szacunkowej zamówienia - 30 września 2014 roku - odnosi się do daty zakończenia weryfikacji wysokości przyznanej dotacji (Zamawiający wskazał, iż informację o wysokości dotacji otrzymał 26 września 2014 roku) w stosunku do zakresu realizacji przedmiotu zamówienia zleconego przez Krajowe Biuro Wyborcze. Zaznaczał, iż 7 października 2014 roku był dniem, w którym powziął pełną informację dotyczącą przedmiotu zamówienia. Zamawiający niezwłocznie, tj. w dniu 9 października 2014 roku skierował do kilkunastu wykonawców zapytanie ofertowe, w którym przedmiot zamówienia został sprecyzowany w sposób wyczerpujący i pełny, z prośbą o potwierdzenie możliwości wykonania zamówienia i ewentualną wycenę. Zamawiający podnosił, iż opis przedmiotu zamówienia przekazany wykonawcom w zapytaniu ofertowym, wbrew twierdzeniom Urzędu Zamówień Publicznych, zawiera więcej informacji, niż te, które zostały określone w przytaczanej uchwale PKW. W opisie tym znajdują się informacje wynikające z uchwał Miejskiej Komisji Wyborczej oraz 18 Dzielnicowych Komisji Wyborczych, które to, po upływie terminu na rejestrację komitetów wyborczych, określiły, na podstawie ilości zgłoszonych list kandydatów na radnych w danym okręgu, nakłady kart w poszczególnych okręgach oraz formaty kart do głosowania odpowiednio do Rady m.st. Warszawy i Rad Dzielnic m.st. Warszawy. Dla przykładu - dla zadania nr 2 przedmiotem zamówienia przekazany w zapytaniu ofertowym wykonawcom było: „Wykonanie z najwyższą starannością usługi poligraficznej: skład komputerowy, łamanie, naświetlanie oraz druk 1 336 273 (słownie: jeden milion trzysta trzydzieści sześć tysięcy dwieście siedemdziesiąt trzy) kart do głosowania w formacie broszura A-4 jednostronnie drukowana dla okręgów wyborczych w wyborach radnych rad Dzielnic m.st. Warszawy zarządzonych na dzień 16 listopada 2014 r. (zgodnie z poniższą tabelą. Informacje dotyczące ilości

zgłoszonych list kandydatów na radnych, nakładów w poszczególnych okręgach oraz format karty wyborczej (wynikający z uchwał 18 Dzielnicowych Komisji Wyborczych, a nie z decyzji Zamawiającego) (...) uznał za krytyczne dla Wykonawców z punktu widzenia określenia ceny oferty oraz możliwości wykonania zamówienia w terminach określonych przez Krajowe Biuro Wyborcze.

dowód: korespondencja mailowa z wykonawcami z dnia 9.10.2014 r. oraz 13.10.2014 r.

W dniu 9 października 2014 r. Zamawiający otrzymał potwierdzenie gotowości wykonania całości zamówienia przez wykonawcę - Centrum Usług Wspólnych ul. Powsińska Warszawa.

dowód: korespondencja mailowa z wykonawcą - Centrum Usług Wspólnych z dnia 9.10.2014r.

W oparciu o otrzymane informacje, Zamawiający przygotowywał się do negocjacji z wyżej wymienionym wykonawcą, prowadzących do udzielenia zamówienia obejmującego całość przedmiotu zamówienia. Niestety Wykonawca - Centrum Usług Wspólnych, w wyniku analizy swoich zobowiązań względem podmiotów trzecich, wycofał się z wykonania tego zadania w terminach wskazanych przez Państwową Komisję Wyborczą.

dowód: korespondencja mailowa z wykonawcą - Centrum Usług Wspólnych z dnia 27.10.2014r.

Zgodnie z treścią uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 25 sierpnia 2014r. karty do głosowania winny zostać przygotowane do rozprowadzenia najpóźniej do dnia 12 listopada 2014 r., z tym zastrzeżeniem, że karty przeznaczone do sporządzania pakietów wyborczych stosowanych w głosowaniu korespondencyjnym najpóźniej do dnia 4 listopada 2014 r. Ponieważ pozostali wykonawcy, do których Zamawiający wysłał zapytanie ofertowe potwierdzili możliwość wykonania jedynie części zamówienia, Zamawiający z uwagi na konieczność dochowania terminów wykonania kart, które są niezbędne do prawidłowej organizacji wyborów, a także możliwości realizacji zamówienia potwierdzone przez wykonawców, dokonał ostatecznie podziału zamówienia na druk kart do głosowania: (1.) w wyborach na Prezydenta m.st. Warszawy, (2.) w wyborach do Rady m.st. Warszawy oraz (3.) w wyborach do rad dzielnic m.st. Warszawy.

W świetle powyższego, Zamawiający zlecił realizację przedmiotowego zamówienia dziewięciu wykonawcom w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Odnosząc się natomiast do twierdzenia UZP wskazującego na możliwość wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne nie mając jeszcze zabezpieczonych środków na realizację zamówienia publicznego, Zamawiający podnosił że należy zgodzić się z tezą, iż przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych oraz przepisy aktów wykonawczych



wydanych na jej podstawie nie zawierają zakazu wszczęcia i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy zamawiający nie ma jeszcze zagwarantowanych środków na realizację zamówienia. Jednak zaznaczył, że - Miasto Stołeczne Warszawa jako jednostka samorządu terytorialnego wchodzi w skład jednostek sektora finansów publicznych, a tym samym przy wydatkowaniu środków publicznych oprócz stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest również zobowiązany do stosowania zasad określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz. U z 2013 r., poz. 885 ze zm.) dalej „ustawa ofp”. Zgodnie z art. 44 ust. 1 ustawy ofp wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego, planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Ponadto jak wynika z treści art. 46 ust. 1 ustawy ofp jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich. Na podstawie powyższych przepisów - stwierdził, że każdy wydatek ze środków publicznych, jak również zaciągnięte zobowiązanie muszą być dokonane na podstawie konkretnego upoważnienia (tytułu prawnego). Upoważnienie do dokonywania wydatków publicznych stanowi m.in. uchwała budżetowa jednostki samorządu terytorialnego oraz plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych. W orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej (dalej „GKO”) z dnia 18 czerwca 2001 r. (DF/GKO/Odw.-62/83-84/01) wskazano, że „Plan finansowy wydatków jednostki jest nie tylko limitem wydatków na dany rok, ale także limitem zobowiązań, w granicach którego dopuszczalne jest ich zaciąganie”. Natomiast zgodnie z orzeczeniem GKO z dnia 14 czerwca 2010 r. (BDF1/4900/36/42/10/1114) „Plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych jest nieprzekraczalną granicą, stanowi nieprzekraczalny limit, w granicach którego możliwe jest dokonywanie wydatków w jednostce sektora finansów publicznych. Dokonywanie wydatków następuje zaś w granicach kwot określonych w planie finansowym, z uwzględnieniem prawidłowo dokonanych przeniesień i zgodnie z planowanym przeznaczeniem, w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów”. Jednocześnie zgodnie z art. 11 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 168 ze zm.), dalej „ustawy ndfp” naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków. Z kolej art. 15 ustawy ndfp

stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych.

W świetle przytoczonych wyżej przepisów Zamawiający zaznaczał, że będąc jednostką sektora finansów publicznych ma obowiązek zaciągać zobowiązania oraz dokonywać wydatków w zakresie przewidzianym w planie jednostki. Zatem w przypadku, gdy zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych zaciąga zobowiązanie wykraczające poza zakres wydatków przewidzianych w planie finansowym - dochodzi do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, bez względu na okoliczność, że plan ten zostanie w późniejszym terminie zmieniony poprzez uwzględnienie w tym planie wydatków na cel będący przedmiotem zaciągniętego zobowiązania. Powołał się, że tożsame stanowisko, które wyraził Urząd Zamówień Publicznych w zamieszczonej na stronie internetowej publikacji p.n. „EURO 2012 - Opracowane przez Urząd Zamówień Publicznych odpowiedzi na pytania, problemy i tematy zgłoszone przez uczestników seminarium z dnia 26 lipca 2007 r. dotyczącego problematyki zamówień publicznych dla Miast - organizatorów EURO 2012. (Odpowiedź na pytanie 3).

Wyjaśniał, że w obecnym stanie prawnym każde zaciągnięcie zobowiązania przekraczającego w danym momencie plan finansowy, co do zasady rodzi odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy zaciągnięte zobowiązanie jest od razu wymagalne, czy też stanie się wymagalne w późniejszym terminie. Istotny jest sam fakt przekroczenia upoważnienia do jego zaciągnięcia. Mając na względzie powyższe uznał, że do czasu udzielenia dotacji Zamawiający nie przewidywał w budżecie miasta (planie finansowym) wydatków na sfinansowanie kosztów sporządzenia kart do głosowania w przygotowywanych wyborach. Wcześniejsze uwzględnienie tychże wydatków w budżecie (planie finansowym) miasta było nieuzasadnione i bezpodstawne, albowiem zadania związane z organizowaniem przygotowań i przeprowadzania wyborów powszechnych (w tym wykonanie i transport kart do głosowania) nie należą do zadań własnych Miasta Stołecznego Warszawa, lecz stanowią zadania zlecone przez administrację rządową. Dopiero z chwilą uzyskania informacji o przyznaniu przez Krajowe Biuro Wyborcze dotacji celowej na ww. zadanie zlecone (tj. z dniem 26 września 2014 r.), jak również jej wysokości, Zamawiający miał możliwość wprowadzenia ww. wydatku do budżetu na 2014 r. zgodnie ze wskazaną przez Krajowe Biuro Wyborcze klasyfikacją budżetową. Wprowadzenie ww. wydatku do budżetu nastąpiło w I połowie października 2014 r., na podstawie uchwały Rady Miasta Stołecznego Warszawy. Zatem w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy dopiero z chwilą uwzględnienia

w budżecie (planie finansowym) Zamawiającego wydatków na ww. zadanie Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych uzyskał upoważnienie do podejmowania działań i zaciągania zobowiązań związanych z realizacją zleconego zadania, obejmujących min. wszczęcie postępowania na udzielenie kontrolowanego zamówienia publicznego. Przeprowadzona analiza podobnych postępowań prowadzonych przez największe miasta w Polsce według zamawiającego, świadczy iż postępowania w trybie przetargu nieograniczonego były wszczynane dopiero po otrzymaniu informacji od Krajowego Biura Wyborczego w sprawie wysokości dotacji, a więc po powzięciu wiedzy co do środków zagwarantowanych na realizację zamówienia. Na potwierdzenie wskazał, że Miasto Wrocław ogłosiło postępowanie w dniu 22 września 2014 roku (nr 201137 - 2014), Miasto Kraków ogłosiło w dniu 9 października 2014 roku (nr 336106 - 2014), Miasto Łódź ogłosiło postępowanie w dniu 26 września 2014 roku (nr 320732 - 2014 oraz 367448 - 2010), Miasto Gdańsk wszczęło postępowanie w trybie zapytania o cenę w dniu 9 października 2014 roku (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 344610 - 2014). Podnosił, iż w postępowaniach prowadzonych przez Miasto Łódź oraz Miasto Kraków do zamawiającego wpłynęła 1 oferta, co oznacza, że wyjątkowe cechy zamówienia, takie jak wysoka precyzja wykonania, krótki termin realizacji oraz skomplikowana logistyka dostaw, powodują, że konkurencyjny (jak wskazuje UZP) rynek wykonawców, w przypadku druku kart do głosowania w wyborach powszechnych jest rynkiem mocno ograniczonym. Powszechny charakter usług poligraficznych (na co także wskazuje UZP) traci swą aktualność w chwili zaistnienia konieczności zaspokojenia ogólnopolskiego nadzwyczajnie wysokiego zapotrzebowania na realizację usług druku kart wyborczych w krótkim, określonym czasie (około 1 miesiąc) przy znacząco mniej elastycznych mocach przerobowych rynku.

Odnosząc się natomiast do wskazanej przez UZP tezy, iż obowiązek zabezpieczenia środków finansowych na realizację zamówienia publicznego zachodzi dopiero w chwili zawarcia umowy z wykonawcą wybranym w postępowaniu, Zamawiający podnosił że takie działanie jest wysoce ryzykowne, niecelowe i niegospodarne, albowiem naraża zamawiającego na konieczność ponoszenia kosztów roszczeń odszkodowawczych w przypadku unieważnienia postępowania. Zgodnie z art. 93 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ze świadomością braku zabezpieczenia środków finansowych na jego realizację, ponosi odpowiedzialność za unieważnienie postępowania z powodu nie uzyskania tychże środków. Okoliczność ta powoduje, że roszczenia

wykonawców, którzy przygotowali i złożyli oferty w takim postępowaniu, byłyby w pełni uzasadnione. Z uwagi na skalę przedmiotowego zamówienia, konieczność zagwarantowania odpowiedniego zaplecza technicznego, jak również zaangażowania odpowiedniej obsługi osobowej, roszczenia odszkodowawcze mogłyby być bardzo wysokie. Jednocześnie zaznaczał, że okoliczność zwracania przez zamawiającego kosztów uczestnictwa wykonawców w unieważnionym z winy zamawiającego postępowaniu, mogłaby zostać uznana jako działanie niegospodarne, z punktu widzenia podstawowych zasad wydatkowania środków publicznych wynikających z przepisów ustawy o finansach publicznych. Negatywne konsekwencje unieważnienia postępowania z powodu ostatecznego nie uzyskania odpowiednich środków na realizację zamówienia publicznego, w tym również zagadnienie ewentualnych roszczeń odszkodowawczych należnych wykonawcom, zostało również wskazane przez Urząd Zamówień Publicznych w treści przywołanej wyżej publikacji. Na powyższą okoliczność wskazuje również Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu w wyjaśnieniu z dnia 22 lipca 2011 r. (w załączeniu) podkreślając iż: „Zamawiający decydując się na wszczęcie postępowania bez zabezpieczonych środków, w sytuacji unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne z powodu nie uzyskania środków na realizację zamówienia, powinien liczyć się z koniecznością zwrotu wykonawcom kosztów udziału w postępowaniu.(...)”

Nie bez znaczenia uznał Zamawiający okoliczność, że Miasto Stołeczne Warszawa jest gminą o statusie miasta na prawach powiatu, którego funkcje określa ustawa o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.) i ustawa o samorządzie powiatowym (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 595 ze zm.), a w zakresie zadań wynikających ze stołecznego charakteru miasta - ustawa o ustroju miasta stołecznego Warszawy. Zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej. Podobna zasada wynika również z art. 48 ust. 3 ustawy o samorządzie powiatowym, zgodnie z którym jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań majątkowych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika powiatu lub osoby przez niego upoważnionej. Z treści przywołanych wyżej przepisów wynika, że w przypadku, gdy podejmowane przez Miasto Stołeczne Warszawa czynności prawne mogą powodować powstanie zobowiązań pieniężnych lub majątkowych, warunkiem ich skuteczności jest wcześniejsze uzyskanie kontrasygnaty skarbnika lub osoby przez niego upoważnionej. Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które co do zasady kończy się zawarciem umowy z wykonawcą, należy do czynności prawnych, które powodują powstanie zobowiązania pieniężnego. Mając na względzie okoliczność, że kontrasygnata

stanowi dokument potwierdzający zagwarantowanie w budżecie odpowiednich środków finansowych na realizację zamówienia, w wewnętrznych uregulowaniach Zamawiający zdecydował, że uzyskanie kontrasygnaty warunkuje wszczęcie każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też brak uwzględnienia w budżecie Zamawiającego wydatków na przygotowanie i przeprowadzenie wyborów uniemożliwił uzyskanie ww. kontrasygnaty, a tym samym uniemożliwił wszczęcie postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych w ramach realizacji zleconego zadania. Możliwość uzyskania kontrasygnaty powstała dopiero z chwilą, gdy Zamawiający uzyskał informację o przyznaniu dotacji celowej na realizację ww. zadania, wprowadził ją do budżetu na 2014 r., a tym samym zabezpieczył środki finansowe na realizację zadania, które stały się możliwe do kontrasygnowania.

Reasumując, bez względu na okoliczność - że przepisy Pzp nie formułują wprost zakazu wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne nie mając jeszcze zabezpieczonych środków finansowych na jego realizację, w ocenie Zamawiającego takie działanie należy uznać za sprzeczne z zasadami wydatkowania środków publicznych, przez co narażające Zamawiającego na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Jednocześnie działanie takie prowadzi do powstania ryzyka ponoszenia przez Zamawiającego kosztów ewentualnych roszczeń odszkodowawczych. Takie działanie nie znajduje wprost potwierdzenia zarówno w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również ustawy o finansach publicznych. Tymczasem zgodnie z regułą wynikającą z uchwały Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach z dnia 27 października 2004 r. (178/XXXIV/2004) „W sferze publicznoprawnej nie stosuje się zasady „co nie jest zakazane, jest dozwolone”, lecz zasadę "dozwolone jest to, co prawo wyraźnie przewiduje".

Mając wszystko powyższe na uwadze, w szczególności daty powzięcia niezbędnych informacji do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wysokości dotacji na organizację wyborów (26 września 2014 roku) oraz danych do sporządzenia wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (7 października 2014 roku), a także konieczność zapewnienia kart do głosowania w terminach i ilościach określonych poza Zamawiającym, wskazał iż skuteczna realizacja zadania zleconego Zamawiającemu była możliwa jedynie poprzez udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zdaniem Zamawiającego zaistniały przesłanki udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ przyczyny wystąpienia braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia nie leżały po stronie Zamawiającego i wynikały one z sytuacji, której nie mógł on przewidzieć, jaką był termin przyznania oraz wartość dotacji przekraczającą kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, narzucający

minimalny termin składania ofert i zawarcia umowy, uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w określonych w ustawie terminach dla innych trybów, oraz terminy zgłaszania kandydatów w wyborach, określone przez ordynację wyborczą.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informował w piśmie z dnia 20 lipca 2015 r., iż Zamawiający nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Tym samym, w całości nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli podtrzymał swoje stanowisko, iż w zaistniałym stanie faktycznym zostały spełnione przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wyjaśnił, iż ustalając wartość zamówienia, co miało według niego bezpośredni wpływ na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, z uwagi na brak terminów na przeprowadzenie postępowania w procedurze konkurencyjnej, opierał się na doświadczeniu z lat poprzednich związanym z realizacją podobnych zamówień. Zamawiający zakładał, iż przeprowadzi jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość będzie niższa niż kwota 207.000 euro, od której uzależniony jest obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej (...). Swoją decyzję w przedmiotowym zakresie Zamawiający opierał m.in. na okoliczności, iż przy analogicznym zamówieniu z 2010 r. wysokość dotacji celowej przyznanej przez PKW dla m.st. Warszawy wyniosła 713.241,36 zł, a zatem była niższa od progów unijnych. W dniu 26 września 2015 r. Zamawiający powziął jednak wiadomość, iż wartość dotacji celowej przekazanej przez PKW (...) przewyższa równowartość kwoty 207.000 euro, co oznaczało, że postępowanie w trybie konkurencyjnym musiało zostać przeprowadzone w zachowaniu terminów dla zamówień unijnych.

W związku z powyższym Prezes Urzędu podtrzymał, iż ustalenie wartości zamówienia dokonywane jest w oparciu o przepis art. 32 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Nie było zatem przeszkód, aby wartość zamówienia została ustalona przed otrzymaniem informacji od Państwowej Komisji Wyborczej o wysokości dotacji.

Zamawiający poinformował, iż nie mógł opisać przedmiotu zamówienia tylko w oparciu o wzór przedstawiony w uchwale PKW z dnia 11 sierpnia 2014 r., zmienionej uchwałą z dnia 18 sierpnia 2014 r., z uwagi m.in. na okoliczności, iż wybór wielkości kart do głosowania w wyborach prezydenckich był uzależniony od ilości zgłoszonych kandydatów, tzn. gdyby w wyborach na Prezydenta m.st. Warszawy zgłosił się tylko jeden kandydat,

wówczas karta do głosowania byłaby formatu A-5 (zgodnie z załącznikiem nr 7 do uchwały PKW z dnia 11.08.2014 r.).

Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje szereg mechanizmów, które pozwalają na elastyczne opisanie przedmiotu zamówienia i zapobieżenie sytuacjom, gdy zachodzi nagła potrzeba rozszerzenia, bądź zmniejszenia zakresu zamówienia. Temu m.in. służą zamówienia uzupełniające, prawo opcji, możliwość przewidzenia i opisanie istotnych zmian w umowie. Zamawiający ponadto spodziewając się dużej ilości materiałów do druku może wyłonić wykonawców w trybie konkurencyjnym i podpisać z nimi umowę ramową i tym samym zapewnić sobie gotowość realizacji zadań w tym zakresie. Jeżeli Zamawiający nie jest w stanie szczegółowo dookreślić przedmiotu zamówienia może dokładnie opisać wszelkie okoliczności jego realizacji i oprócz kalkulację ceny na określeniu cen jednostkowych w danej kategorii, w tym przypadku, np. oddzielnie za format druku A-4 i format druku A-5 oraz szczegółowo podać okoliczności faktyczne i prawne związane z realizacją wyborów.

Również argument Zamawiającego dotyczący późnego otrzymania list kandydatów, uniemożliwiający jego zdaniem należyte opisanie przedmiotu zamówienia, nie zasługiwał na uwzględnienie. Należy zauważyć, iż podane ceny jednostkowe były niezbędne do skalkulowania ceny oferty i porównania ofert, natomiast realizacja umowy może się odbywać na podstawie odrębnych zleceń Zamawiającego wykonywanych w toku realizacji umowy na podstawie cen jednostkowych podanych w ofercie. Tym samym, zestawienie kandydatów wraz z przypisanymi do nich numerami oraz sposobem rozmieszczenia ich na karcie do głosowania Zamawiający mógł przekazać Wykonawcy na etapie realizacji umowy.

Zamawiający wskazał, iż przytoczone w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa UZP przykładowe zamówienia publiczne na druk kart do głosowania prowadzone w trybach konkurencyjnych przez zamawiających: Województwo Śląskie oraz Województwo Dolnośląskie, były ogłaszane w odmiennym, niż w przypadku Zamawiającego stanie faktycznym, z uwagi iż obaj wskazani Zamawiający w 2010 r. udzielili podobnych zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Oznacza to, że przy organizacji wyborów w 2014 r. wiedzieli, iż wartość ich zamówień będzie przekraczać kwoty unijne.

Mając powyższe na uwadze Kontrolujący stwierdził, iż przywołany w Informacji o wyniku kontroli Zamawiający - Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego w postępowaniu na druk kart do głosowania w wyborach do Sejmiku Województwa Wielkopolskiego zarządzonych na dzień 21 listopada 2010 r., przeprowadzał postępowanie o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11

ust. 8 ustawy (nr ogłoszenia: 343742 - 2010 z dnia 25.10.2010 r.), czyli w roku wyborczym 2014 był w takiej samej sytuacji, co Miasto Stołeczne Warszawa, a pomimo wszystko zdołał przeprowadzić w 2014 r. postępowanie w trybie otwartym (nr ogłoszenia w Dz. U.: 2014/S 174 - 307869 z dnia 11.09.2014 r.). Ww. Zamawiający, tj. Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego w ogłoszeniu o zamówieniu z 2014 r. wskazał, iż niemożliwe jest określenie dokładnej ilości kart (stron) w karcie do głosowania (broszurze), gdyż jest ona uzależniona od liczby list kandydatów zarejestrowanych przez komitety wyborcze w poszczególnych okręgach wyborczych w wyborach do Sejmiku Województwa Wielkopolskiego. Termin rejestracji list kandydatów (...) upływa 7 października 2014 r. W związku z powyższym Zamawiający podał szczegółowe okoliczności realizacji zamówienia, wskazując minimalną i maksymalną liczbę stron w karcie do głosowania. Na powyższy zakres wykonawca zobowiązany był wycenić ofertę. Ponadto w przypadku większej ilości zarejestrowanych komitetów wyborczych niż podane w opisie przedmiotu zamówienia i związanego z tym zwiększenia objętości karty do głosowania (broszury), Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających wykonawcy umowy, o wartości nie większej niż 50% wartości zamówienia podstawowego polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień oraz w zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego - w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu zaznaczał, że z okoliczności faktycznych sprawy wynika, iż Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa spodziewał się możliwości przeprowadzenia procedury w oparciu o przepisy unijne. W przeciwnym bowiem wypadku nie czekałby na informację o wysokości przyznanej dotacji przez Krajowe Biuro Wyborcze, lecz w zakresie niniejszego zamówienia przeprowadziłby postępowanie w procedurze o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W odniesieniu do podnoszonych przez Zamawiającego argumentów, iż nie mógł zaciągnąć zobowiązania przekraczającego w danym momencie plan finansowy, Kontrolujący wskazał że zgodnie z załączonymi do zastrzeżeń wyjaśnieniami Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu udzielonymi w trybie art. 13 pkt 11 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 z późn. zm.) przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, nie zawierają zakazu wszczęcia i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy zamawiający nie ma jeszcze zagwarantowanych środków na realizację zadania.

Dodatkowo w ocenie Prezesa Urzędu, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na



skutek terminów przyznawania środków na finansowanie zamówienia. 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.

Reasumując, w ocenie Prezesa Urzędu nie było podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w zakresie przedmiotu zamówienia objętego niniejszą kontrolą. Tym samym, podtrzymał twierdzenie, że naruszony został przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Okolicznościami bezspornymi pozostawało, że:

1. Wybory samorządowe zarządzone zostały na dzień 16 listopada 2014r., o czym było wiadomo z dniem wejścia w życie - 27 sierpnia 2014 r. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2014 r. w sprawie zarządzenia wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m. st. Warszawy oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast.
2. Zgodnie z kalendarzem wyborczym do dnia:
  - 7 października 2014 r. następowało zgłaszanie terytorialnym komisjom wyborczym list kandydatów na radnych, odrębnie dla każdego okręgu wyborczego dla wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m.st. Warszawy;
  - 17 października 2014 r. następowało zgłaszanie gminnym komisjom wyborczym kandydatów na wójtów, burmistrzów i prezydentów miast.
3. Krajowe Biuro Wyborcze przyznało Zamawiającemu dotację celową na zadanie zlecone, związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików wojewódzkich i rad dzielnic m.st. Warszawy oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast w dniu 26 września 2014 r. w kwocie 2 489 745,05 zł.

W dniu 26 września 2014r., Zamawiający powziął zatem wiadomość, iż wartość dotacji celowej przekazanej przez PKW z podziałem tej kwoty na poszczególne

zadania wyborcze, wynosi 2.489.745,05 zł, a tym samym przewyższa równowartość kwoty 207.000 euro

4. Uchwały Państwowej Komisji Wyborczej: z dnia 11, 18 i 25 sierpnia 2014 r. określają wzory kart do głosowania oraz nakładek na karty do głosowania sporządzonych w alfabecie Braille'a, w wyborach do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m. st. Warszawy oraz w wyborach wójtów, burmistrzów i prezydentów miast oraz wytyczne dotyczące druku kart do głosowania, podjęte na podstawie art. 40 § 5 i art. 40a § 3 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy (Dz. U. z 2011, Nr 21, poz. 112 z późn. zm.).
5. Zgodnie z protokołem postępowania przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki (znak: ZP/JK/271/III-233/14) wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w dniu 30 września 2014 r. na podstawie ustalenia liczby kart do głosowania i obliczenia kwoty wartości zamówienia poprzez pomnożenie liczby kart przez kwotę środków przeznaczonych na druk 1 karty na podstawie informacji z Krajowego Biura Wyborczego w Warszawie. Wartość zamówienia: 1 820 060,61 zł (430 793,77 euro) na: „wykonanie z najwyższą starannością usługi poligraficznej: skład komputerowy, łamanie, naświetlanie oraz druk 1 336 272 i rozwieszenie przez wykonawcę własnym środkiem transportu do siedzib urzędów dzielnic m. st. Warszawy - kart do głosowania w wyborach Prezydenckich m.st. Warszawy zarządzonych na dzień 16 listopada 2014 r.”
6. W treści opisu przedmiotu zamówienia - postępowania w trybie z wolnej ręki wprost wskazano, iż zasady druku, zabezpieczenia (pkt 1), parametry techniczne oraz inne szczegółowe warunki (pkt 3) kart do głosowania określa uchwała Państwowej Komisji Wyborczej. Jednocześnie w zawartej umowie z wolnej ręki z dnia 31 października 2014 r. w opisie tym znalazł się zapis, iż przedmiotem umowy jest wykonanie usługi poligraficznej kart do głosowania według wzoru ustalonego uchwałą Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 sierpnia 2014 r. (§ 1 ust. 1 umowy). W konsekwencji, za niezaprzeczalny - Prezes Urzędu uznał fakt, iż opis przedmiotu zamówienia mógł być sporządzany już od dnia 11 sierpnia 2014 r. Zgodnie bowiem z § 11 uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 sierpnia 2014 r. uchwała wchodziła w życie z dniem podjęcia i podlegała ogłoszeniu.
7. Z protokołu postępowania wynika, iż w dniu 24 października 2014 r. Zamawiający skierował zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki do firmy G. z siedzibą w Warszawie. W tym samym dniu w siedzibie Zamawiającego odbyły się negocjacje w sprawie ustalenia warunków realizacji tego zamówienia w trybie z wolnej ręki.

8. W dniu 31 października 2014 r. zawarto z ww. Wykonawcą umowę. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2014 r.
9. Na to, iż przedmiotowe zamówienie mogło być udzielone w jednym z trybów przewidzianych w ustawie Pzp (konkurencyjnych), wskazują także postępowania przeprowadzone przez innych zamawiających w zakresie tożsamego przedmiotu zamówienia, a mianowicie na druk kart do głosowania w powszechnych wyborach samorządowych zarządzonych na dzień 16 listopada 2014 r. (postępowania, w których wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy), np.:
  - a) Zamawiający - Województwo Śląskie - procedura ograniczona przyspieszona (data ogłoszenia o zamówieniu: 02.09.2014 r.),
  - b) Zamawiający - Województwo Dolnośląskie - procedura ograniczona przyspieszona (data ogłoszenia o zamówieniu: 13.09.2014 r.),
  - c) Zamawiający - Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego - procedura otwarta (data ogłoszenia o zamówieniu: 11.09.2014 r.). Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego w postępowaniu na druk kart do głosowania w wyborach do Sejmiku Województwa Wielkopolskiego zarządzonych na dzień 21 listopada 2010 r., przeprowadzał postępowanie o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (nr ogłoszenia: 343742 - 2010 z dnia 25.10.2010 r.), czyli w roku wyborczym 2014 był w takiej samej sytuacji, co Miasto Stołeczne Warszawa, a pomimo wszystko zdołał przeprowadzić w 2014 r. postępowanie w trybie otwartym (nr ogłoszenia w Dz. Urz.: 2014/S 174 - 307869 z dnia 11.09.2014 r.). Ten Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu z 2014 r. wskazał, iż niemożliwe jest określenie dokładnej ilości kart (stron) w karcie do głosowania (broszurze), gdyż jest ona uzależniona od liczby list kandydatów zarejestrowanych przez komitety wyborcze w poszczególnych okręgach wyborczych w wyborach do Sejmiku Województwa Wielkopolskiego. Termin rejestracji list kandydatów (...) upływa 7 października 2014 r. W związku z powyższym Zamawiający podał szczegółowe okoliczności realizacji zamówienia, wskazując minimalną i maksymalną liczbę stron w karcie do głosowania. Na powyższy zakres wykonawca zobowiązany był wycenić ofertę. Ponadto w przypadku większej ilości zarejestrowanych komitetów wyborczych niż podane w opisie przedmiotu zamówienia i związanego z tym zwiększenia objętości karty do głosowania (broszury), Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających wykonawcy umowy, o wartości nie większej niż 50% wartości zamówienia podstawowego polegających na powtórzeniu tego

samego rodzaju zamówień oraz w zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego - w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

- d) Miasto Wrocław ogłosiło postępowanie w dniu 22 września 2014 roku (nr 201137 - 2014),
- e) Miasto Kraków ogłosiło postępowanie w dniu 9 października 2014 roku (nr 336106 - 2014),
- f) Miasto Łódź ogłosiło postępowanie w dniu 26 września 2014 roku (nr 320732 - 2014 oraz 367448 - 2010),
- g) Miasto Gdańsk wszczęło postępowanie w trybie zapytania o cenę w dniu 9 października 2014 roku (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 344610 - 2014).

W powyżej ustalonych okolicznościach faktycznych, zastrzeżenia Miasta Stołecznego Warszawy zgłoszone dnia 7 lipca 2015 r. do stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), wymienionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 czerwca 2015 r., znak: UZP/DKD/WKZ/421/29(2)/15/MT - w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki - nie podlegały uwzględnieniu.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dopuszcza udzielenie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest na natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów właściwych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

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

Zdaniem Izby nie zachodziła jednocześnie żadna z przesłanek opisanych w normie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj.:

- 1) ani nie miało miejsca wystąpienie wyjątkowej, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i niemożliwej do przewidzenia sytuacji;
- 2) ani taka przesłanka, że zamówienie musiało być udzielone natychmiast, (z dnia na dzień), i nie można było zachować terminów właściwych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Skoro od wejścia w życie dnia 27 sierpnia 2014 r. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2014 r. w sprawie zarządzenia wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic w tym m. st. Warszawy oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast, znana była data wyborów samorządowych wyznaczona na dzień 16 listopada 2014 r. - to nie można mówić, że zachodziła sytuacja nieprzewidywalna.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się do samej nieprzewidywalności zdarzenia, z którym związana jest konieczność udzielenia zamówienia publicznego. Nie dotyczy tego, na co powoływał się Zamawiający, że:

- 1) oczekiwał na przyznanie środków dotacji na przeprowadzenie wyborów samorządowych,
- 2) od wysokości środków dotacji, uzależniał obranie procedury przetargowej, gdyż spodziewał się, że będzie to kwota niższa niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (poniżej 207.000 euro), jak miało to miejsce w wyborach z 2010 r.,
- 3) oczekiwał na zgłaszanie terytorialnym komisjom wyborczym list kandydatów na radnych, odrębnie dla każdego okręgu wyborczego dla wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m.st. Warszawy oraz na zgłaszanie gminnym komisjom wyborczym kandydatów na wójtów, burmistrzów i prezydentów miast, pozwalających ustalić ilość odpowiednich kart do głosowania.

- okoliczności powyższe zamawiający odnosił do możliwości sporządzenia dokładnego opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, do oszacowania wartości zamówienia i obrania trybu przeprowadzenia przetargu, a nie do faktu wyborów - jako zdarzenia z którym wiązało się zamówienie.

Zamawiający zupełnie pominął dyspozycję art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, że podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z kolei przepis art. 35 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje ustalenie wartości zamówienia nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi. Szacunek wartości przedmiotu zamówienia ma być bowiem oparty na aktualnych cenach rynkowych podobnych zamówień. Zamawiający za kwotę szacunkową przyjął wysokość dotacji celowej na zadanie zlecone, związane z przygotowaniem i

przeprowadzeniem powszechnych wyborów samorządowych w 2014 r., podaną przez Krajowe Biuro Wyborcze w dniu 26 września 2014 r.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że nie stanowi uchybienia przepisom ustawy Pzp, ani przepisom ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U z 2013 r., poz. 885 ze zm.) - wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez zabezpieczonych środków na dane zamierzenie. Jedynie zaciągnięcie zobowiązania, tj. podpisanie umowy z wybranym wykonawcą, w sytuacji braku zabezpieczonych środków na realizację zamówienia - stanowiłoby naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Środki na przeprowadzenie wyborów samorządowych, jako zadania zleconego przez administrację rządową są udzielane w drodze dotacji - muszą pokrywać całość wydatków na ten cel, i podlegają rozliczeniu w oparciu o sprawozdania z ich wykorzystania. Nie stanowią więc o wartości szacunkowej zamówienia, a jedynie o źródle sfinansowania zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w dniu 30 września 2014 r. na podstawie ustalenia liczby kart do głosowania i obliczenia wartości zamówienia poprzez pomnożenie liczby kart przez kwotę środków przeznaczonych na druk 1 karty na podstawie informacji z Krajowego Biura Wyborczego. Stanowisko Zamawiającego pozostawało zatem niespójne - albowiem w tej dacie nie była znana liczba zarejestrowanych komitetów i ilości koniecznych do zastosowania wzorów kart. Między innymi, z tych względów Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła argumentacji, iż przekazanie informacji o ilości zarejestrowanych komitetów oraz przez Krajowe Biuro Wyborcze o kwocie dotacji mogło mieć wpływ na odstąpienie przez Zamawiającego od konkurencyjnych trybów postępowania.

Tak samo argument, że w 2010 r. Zamawiający przeprowadził postępowanie na druk kart do głosowania w wyborach samorządowych, przy zastosowaniu krótszych terminów z uwagi na podprogową wartość zamówienia, nie mógł mieć znaczenia. W stosunku do roku 2014 r. warunki cenowe mogły ulec znacznej zmianie z czym Zamawiający winien się liczyć.

Także kolejny argument Zamawiającego, że oczekiwał na zgłaszanie terytorialnym komisjom wyborczym list kandydatów na radnych, dla wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m.st. Warszawy oraz na zgłaszanie gminnym komisjom wyborczym kandydatów na wójtów, burmistrzów i prezydentów miast, pozwalających ustalić ilość odpowiednich wzorów kart do głosowania - nie zasługiwał na przyjęcie, wobec możliwości elastycznego opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ i oparcia wyceny ofert o ceny jednostkowe. Okolicznością bezsporną pozostawało, że Zamawiający dysponuje spisami wyborców i zna ogólną liczbę wyborców uprawnionych do głosowania.

Uchwała Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 sierpnia 2014 r. w sprawie wzorów kart do głosowania (...) w wyborach samorządowych - określa wzory poszczególnych kart do

głosowania. W treści opisu przedmiotu zamówienia postępowania w trybie z wolnej ręki Zamawiający wprost odesłał do tych aktów, wskazując, iż zasady druku, zabezpieczenia (pkt 1), parametry techniczne oraz inne szczegółowe warunki (pkt 3) kart do głosowania określa uchwała Państwowej Komisji Wyborczej. Jednocześnie w § 1 ust. 1 zawartej umowy z wolnej ręki z dnia 31 października 2014 r. postanowiono, iż przedmiotem umowy jest wykonanie usługi poligraficznej kart do głosowania według wzoru ustalonego uchwałą PKW z dnia 11 sierpnia 2014 r. W konsekwencji, należało przyjąć, że taki opis przedmiotu zamówienia mógł być sporządzany najdalej od zmiany tej uchwały z dnia 25 sierpnia 2014 r.

W ocenie Izby, Zamawiający dysponował niezbędnymi danymi, które mogły mieć wpływ na opis przedmiotu zamówienia, wybór trybu - ustalenie przebiegu i podejmowanie decyzji w zakresie procedowania, umożliwiającymi wszczęcie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego już we wrześniu 2014 r.

Okoliczność, że zgodnie z kalendarzem wyborczym do dnia:

- a) 7 października 2014 r. następowało zgłaszanie terytorialnym komisjom wyborczym list kandydatów na radnych, odrębnie dla każdego okręgu wyborczego dla wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m.st. Warszawy;
- b) 17 października 2014 r. następowało zgłaszanie gminnym komisjom wyborczym kandydatów na wójtów, burmistrzów i prezydentów miast

- od czego była uzależniona ilość zleconych do druku odpowiednich wzorów kart do głosowania - nie stała na przeszkodzie wszczęciu procedury przetargowej w jednym z trybów określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym także w trybach podstawowych - wskazanych w art. 10 tej ustawy - ani nie sprzeciwiała się zgodnemu z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp dokonaniu pełnego opisu przedmiotu zamówienia i ustaleniu zasad rozliczeń z wykonawcą zamówienia.

Jak wskazywał Prezes Urzędu - ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera szereg instrumentów prawnych, które pozwalają na elastyczne opisanie przedmiotu zamówienia i zapobieżenie sytuacjom, gdy zachodzi nagła potrzeba rozszerzenia, bądź zmniejszenia zakresu zamówienia. Temu m.in. służą zamówienia uzupełniające, prawo opcji, możliwość przewidzenia i opisanie istotnych zmian w umowie, umowy ramowe. Zamawiający spodziewając się dużej ilości materiałów do druku mógł wyłonić wykonawców w trybie konkurencyjnym i podpisać z nimi umowę ramową, tym samym zapewnić sobie gotowość realizacji zadań w tym zakresie w krótkim terminie, poprzez zamówienia realizacyjne - udzielane wykonawcom, z którymi miałyby zawartą umowę ramową.

Usługi poligraficzne, wbrew argumentom Zamawiającego, mają charakter powszechnie dostępny. Kumulacja zleceń w tym samym czasie mogła być rozwiązana poprzez stosowny podział zamówienia na części.

Jeżeli nawet Zamawiający nie był w stanie szczegółowo dookreślić przedmiotu zamówienia - (przywoływane późne otrzymanie list kandydatów), mógł dokładnie opisać wszelkie okoliczności realizacji przedmiotu zamówienia i oprzeć kalkulację ceny na określeniu cen jednostkowych w danej kategorii, w tym przypadku, np. oddzielnie za format druku A-4 i format druku A-5 (o ilości znaków, linii zadruku w granicach od - do) oraz szczegółowo podać okoliczności faktyczne i prawne związane z realizacją wyborów.

Cena oferty może się opierać na podanych przez wykonawcę cenach jednostkowych za orientacyjny zakres zamówienia. Wówczas ceny jednostkowe stanowią istotną treść oferty, jako niezbędne do skalkulowania ceny oferty i porównania ofert, natomiast realizacja umowy może się odbywać na podstawie odrębnych zleceń Zamawiającego udzielanych w trakcie wykonywania zamówienia, na podstawie cen jednostkowych podanych w ofercie. Tym samym, zestawienie kandydatów wraz z przypisanymi do nich numerami oraz sposobem rozmieszczenia ich na karcie do głosowania Zamawiający mógł przekazać wykonawcy na etapie realizacji umowy.

Dla porównania - dużo bardziej nieprzewidywalnych elementów mają zamówienia na zimowe utrzymanie dróg. Widomo, że zimą mogą wystąpić opady śniegu, ale ich natężenie i terminy nie są znane. Mimo wszystko przeprowadzane są przetargi publiczne na tego rodzaju zamówienia, i Izbie nieznane są przypadki zamówień z wolnej ręki - tylko wówczas gdy spadnie śnieg. Zamawiający przewidują w specyfikacji odrębne rozliczenia według stawek za dni z opadami, i za dni bez opadów. Stosowne zlecenia realizacyjne przekazuje się wykonawcy w miarę potrzeb.

Trafnie Prezes Urzędu powołał się na konkretny przykład, że Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego w ogłoszeniu o zamówieniu z 2014 r. wskazał, iż niemożliwe jest określenie dokładnej ilości kart (stron) w karcie do głosowania (broszurze), gdyż jest ona uzależniona od liczby list kandydatów zarejestrowanych przez komitety wyborcze w poszczególnych okręgach wyborczych w wyborach do Sejmiku Województwa Wielkopolskiego. Termin rejestracji list kandydatów (...) upływa 7 października 2014 r. W związku z powyższym Zamawiający ten podał szczegółowe okoliczności realizacji zamówienia, wskazując minimalną i maksymalną liczbę stron w karcie do głosowania. Na powyższy zakres wykonawca zobowiązany był wycenić ofertę. Ponadto w przypadku większej ilości zarejestrowanych komitetów wyborczych, niż podane w opisie przedmiotu zamówienia i związanego z tym zwiększenia objętości karty do głosowania (broszury),



Zamawiający ten przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających wykonawcy umowy, o wartości nie większej niż 50% wartości zamówienia podstawowego polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień w zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego - w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W pełni należało podzielić poglądy Prezesa Urzędu i wielokrotnie przywoływane orzecznictwo w tego rodzaju sprawach, że zgodnie ze stanowiskiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości za nieprzewidywalną nie może być uznana konieczność dochowania określonych terminów. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu. W wydanych orzeczeniach ETS przyznał powyższą cechę okolicznościom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających (m. in. orzeczenia C-385/02 Komisja przeciwko Włochom, C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, czy C-337/02 Komisja przeciwko Włochom). Jednocześnie, w wielu innych sprawach Trybunał odmówił przymiotu nieprzewidywalności (wyjątkowości) m.in. pilnemu zapotrzebowaniu na specyficzny lek (orzeczenie C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii), decyzji odmawiającej zatwierdzenia projektu (orzeczenie C-318/94 Komisja przeciwko Niemcom), czy konieczności wykonania projektu w terminach nałożonych przez właściwy organ (orzeczenie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji).

Za niezasadną próbę usprawiedliwienia stwierdzonych naruszeń prawa, Izba uznała tłumaczenie Zamawiającego, że z uwagi na uzupełnianie dokumentów oferty, czy korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawców, gdyby przetarg był prowadzony w innej procedurze, w tym w trybach podstawowych gwarantujących największą konkurencyjność - mógłby być zagrożony wyznaczony termin wyborów. Takie uprawnienia służą zainteresowanym podmiotom także na tryb wyboru z wolnej ręki wykonawcy oznaczonego zamówienia. Zamawiający ma zaś kompetencje, aby w oparciu o przepis 183 ust. 2 ustawy Pzp wnioskować do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu wydania orzeczenia kończącego ewentualne postępowanie odwoławcze.

Jako niezaprzeczalne dowody, że możliwe było przeprowadzenie kontrolowanego postępowania w innych trybach przewidzianych w ustawie Pzp, niż z wolnej ręki - należało przyjąć, że w analogicznych co do zasady warunkach Miasto Wrocław ogłosiło postępowanie w dniu 22 września 2014 roku (nr 201137 - 2014), Miasto Kraków dało ogłoszenie w dniu 9 października 2014 roku (nr 336106 - 2014), Miasto Łódź ogłosiło postępowanie w dniu 26 września 2014 roku (nr 320732 - 2014 oraz 367448 - 2010). Miasto Gdańsk wszczęło

postępowanie w trybie zapytania o cenę w dniu 9 października 2014 roku (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 344610 - 2014). Województwo Wielkopolskie w postępowaniu na druk kart do głosowania w wyborach do Sejmiku Województwa Wielkopolskiego w roku wyborczym 2014 było w takiej samej sytuacji, co Miasto Stołeczne Warszawa, a pomimo wszystko zdołało przeprowadzić w 2014 r. postępowanie w trybie otwartym (nr ogłoszenia w Dz. U.: 2014/S 174 - 307869 z dnia 11.09.2014 r.).

Nie dostosowanie się do trybów konkurencyjnych postępowania o udzielenie kontrolowanego zamówienia, nastąpiło wbrew twierdzeniom Zamawiającego - z przyczyn leżących po jego stronie - zbyt późnego wszczęcia procedury przetargowej i wyłącznie z tego względu nie można było dotrzymać terminów oznaczonych w ustawie Pzp. Wskazywani wyżej zamawiający zdołali przeprowadzić postępowanie na analogiczny przedmiot zamówienia w akceptowalnych w przepisach ustawy Pzp trybach i w przypisanych dla nich terminach - co zdaniem Izby stanowi wystarczający dowód, iż było to możliwe i realne. Zamawiający m. st. Warszawa niezasadnie założył, że mógł wszcząć postępowanie nie wcześniej niż od 18 października 2014 r., podczas gdy wskazywani Zamawiający uczynili to jeszcze we wrześniu lub na początku października 2014 r.

Nie zasługiwała też na aprobatę argumentacja Zamawiającego, że skoro w 2012 r. Prezes Urzędu nie zakwestionował trybu zamówienia z wolnej ręki na dostawy kart do głosowania w wyborach do Sejmu i Senatu RP - w trybie zamówienia z wolnej ręki, oparte na tej samej podstawie prawnej, to Zamawiający miał podstawy aby zakładać, że konsekwentnie - stanowisko takie zostanie podtrzymane w odniesieniu do wyborów samorządowych w 2014 r. Kontrolujący uzasadnił, jakie wyjątkowe przyczyny legły u podstaw tej decyzji w 2012 r.

Przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, które mogły mieć wpływ na przebieg postępowania, a zwłaszcza podjęcie decyzji w zakresie procedowania, Izba uznała, że Zamawiający dysponował zasobem informacji koniecznych do wszczęcia postępowania w trybach innych niż zamówienie z wolnej ręki, już we wrześniu 2014 r., lub najdalej na początku października 2014 r.

Reasumując, w ocenie Izby w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ze względu na zasadność stwierdzonych naruszeń, podanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania, ujawnionych w protokole kontroli w oparciu

o dokumentację postępowania, Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....