

UZP/DKD/KND/12/15

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli

Zamawiający:	Centrum Nauki Kopernik ul. Wybrzeże Kościuszkowie 20 00 – 390 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	usługi
Przedmiot zamówienia:	świadczenie usług w zakresie mycia przemysłowego powierzchni szklanych w obiekcie Centrum Nauki Kopernik
Tryb postępowania:	wolna ręka – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a)
Wartość zamówienia:	219 075,00 zł (54 501,69 euro)
Wszczęcie kontroli:	na wniosek

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.), stwierdzono następujące nieprawidłowości:

W dniu 26 stycznia 2012 r. zamawiający zawarł z wykonawcą, wyłonionym po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (znak postępowania: PO/ZP/48/2011/CNK), XXX umowę na świadczenie usług sprzątnięcia pomieszczeń budynku Centrum Nauki Kopernik, terenów do niego przyległych oraz Biura w Bibliotece Uniwersytetu Warszawskiego. Zgodnie z § 9 ww. umowy, została ona zawarta na czas określony od dnia 1 lutego 2012 r. do dnia 31 stycznia 2014 r. i obejmowała m.in. mycie 1413 m² szkła. Z tytułu wykonania usług objętych przedmiotem umowy, ww. wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie w kwocie 2 016 000,24 zł.

Z kolei w dniu 17 grudnia 2012 r. zamawiający zawarł umowę w sprawie kontrolowanego zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie mycia przemysłowego powierzchni szklanych w obiekcie Centrum Nauki Kopernik (znak postępowania: PO/ZP/49/2012/CNK/MK) z wykonawcą XXX na kwotę 269 462,25 zł, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Zgodnie z § 9 ww. umowy, została ona zawarta na czas określony do dnia 31 grudnia 2013 r. albo do dnia wyczerpania łącznego wynagrodzenia brutto, określonego w § 7 ust. 1 umowy, w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpi wcześniej i obejmowała mycie 3 493,73 m² - przeszkleń wewnętrznych oraz 7 481,10 m² - przeszkleń zewnętrznych.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki z wykonawcą XXX był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

W uzasadnieniu faktycznym wyboru trybu z wolnej ręki zamawiający wskazał, że: *„Konieczność dokonania zamówienia wynika z faktu, iż w dokumentacji przetargowej na sprzątnięcie (PO/ZP/48/2011/CNK) zostały umieszczone pomiary powierzchni szklanych, które dotyczą tylko modułu A. Zabrakło pomiarów pozostałych powierzchni szklanych. Ta informacja została uzyskana od GW jeszcze na etapie budowy, kiedy dokumentacji powykonawczej nie było i za zgodą XXX została umieszczona w pierwszej umowie na kompleksowe zarządzanie nieruchomością, w tym sprzątnięcie. Do tej pory nie było problemu z wywiązywaniem się z zapisów SIWZ i umów - wszystkie szklenia wewnętrzne oraz szklane fasady budynku były regularnie myte. Ponieważ dotychczasowi Wykonawcy nie zgłaszali zastrzeżeń, Zamawiający nie dokonał samodzielnej weryfikacji tych pomiarów. Okazały się one błędne, z dużym niedoszacowaniem zarówno powierzchni wewnętrznych jak i zewnętrznych. Nowy Wykonawca dopatrywał się nieścisłości w obliczeniach przeszkleń w budynku, w związku z czym zostały one obmierzone. Pomiary sprawdzające, wykonane przez pracowników CNK, potwierdziły rozbieżność w obmiarach. W dokumentacji*

powykonawczej budynku nie ma odrębnej informacji tylko o metrażu powierzchni szklanych w budynku, nie ma również zestawień co do innych rodzajów powierzchni. W związku z powyższym z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze niemożliwe jest świadczenie usług sprzątanania przez dwie różne firmy na terenie jednego budynku (zarówno w środku jak i z zewnątrz budynku), ponieważ obszar ten nie został rozróżniony przez zamawiającego w SIWZ, gdyż zakładał on poprawność informacji zawartych w dokumentacji budynku. Obecnie Wykonawcą świadczącym usługi sprzątanania na terenie CNK jest XXX. Wprowadzenie na teren budynku drugiego (innego) wykonawcy świadczącego usługi sprzątanania, ze względu na dużą możliwość uszkodzeń – eksponaty tuż przy elewacjach szklanych, znajomość budynku pod kątem technicznym i organizacyjnym, spowoduje przerzucanie odpowiedzialności za ewentualne zniszczenia. Poza tym Centrum Nauki Kopernik posiada braki w pomieszczeniach technicznych – nie jesteśmy w stanie udostępnić niezbędne pomieszczenie dla drugiego wykonawcy. Mając na uwadze powyższe proponuje się udzielenie zamówienia z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze następującemu wykonawcy: XXX”.

Ponadto, zamawiający w wyjaśnieniach przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 19 czerwca 2015 r. wskazał, że dla podjęcia decyzji o udzieleniu ww. zamówienia publicznego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy „Kluczową kwestią był brak w dokumentacji powykonawczej budynku odrębnej informacji o metrażu powierzchni szklanych w budynku, oraz brak zestawień co do innych rodzajów powierzchni. Stworzyło to sytuacje gdzie niemożliwe byłoby wydzielenie miejsca pracy tylko dla jednego wykonawcy, bez ingerencji drugiego, z uwagi na fakt, że XXX realizował już przedmiot zamówienia, o którym mowa, w wyniku udzielenia zamówienia publicznego poprzedzonego procedurą przetargową nr PO/ZP/48/2011/CNK, w której, należy wyraźnie podkreślić, zamawiający nie przewidział zgodnie z obowiązującymi na tamten czas przepisami art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych zmian umowy, które umożliwiłyby zamawiającemu wykorzystanie trybów konkurencyjnych przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia”.

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień wskazać należy, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Prawo zamówień publicznych przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt: II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy

zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywoził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C-20/01, C-28/01 oraz wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03).

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

Wskazana w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy przesłanka warunkująca dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca świadczący tego rodzaju szczególne usługi. Przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której - obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu.

Dla zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) nie jest zatem wystarczające, że dany wykonawca w przekonaniu zamawiającego jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej lub najtaniej. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względów technicznych jest zdolny do realizacji zamówienia. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11.09.2000 r. sygn. akt II SA 2074/00, Wokanda 2001/1/39, przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Pogląd powyższy podzielił również Sąd Najwyższy, stwierdzając w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 lipca 2001 r. III RN 16/01 (OSNCP 2001/22/657), że skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne wtedy, gdy okoliczność, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca ma charakter obiektywny, a nie opiera się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego tylko znanego mu już wcześniej wykonawcy.

Przykładem wystąpienia przyczyn technicznych uzasadniających zastosowanie trybu z wolnej ręki może być sytuacja, w której dany wykonawca dysponuje konkretną technologią nieznajdującą się w posiadaniu innych podmiotów.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy w niniejszej sprawie nie było prawnie uzasadnione, bowiem usługa będąca przedmiotem ww. zamówienia, tj. usługa mycia przemysłowego powierzchni szklanych ma charakter powszechny i na rynku istnieje wielu wykonawców mogących ją wykonać. Za przyczyny techniczne, o których mowa w ww. przepisie nie mogą być uznane wskazywane przez zamawiającego przesłanki organizacyjne wynikające z wcześniej udzielonego zamówienia.

Okolicznością uzasadniającą zastosowanie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie może być również nierzetelne przygotowanie przez zamawiającego dokumentacji dotyczącej poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod znakiem: PO/ZP/48/2011/CNK w zakresie opisu przedmiotu zamówienia obejmującego metraż powierzchni szklanej, którą wykonawca obowiązany był myć i czyścić. Zamawiający w toku prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego wskazał, że przygotowując ww. postępowanie prowadzone pod znakiem: PO/ZP/48/2011/CNK polegał na informacjach uzyskanych od Generalnego Wykonawcy z powodu braku dokumentacji powykonawczej budynku, w posiadaniu której zamawiający jest od dnia 27 stycznia 2011 r.

W tym miejscu zauważyć również należy, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone pod znakiem: PO/ZP/48/2011/CNK zostało ogłoszone w DZUUE w dniu 2 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 210-342859. Tym samym zamawiający w czasie wszczęcia ww. postępowania był już w posiadaniu dokumentacji powykonawczej obiektu CNK, którą jak wskazał dysponuje od dnia 27 stycznia 2011 r. Ponadto, wskazać należy, iż ww. postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego nie było pierwszym prowadzonym przez zamawiającego we wskazanym przedmiocie. Zamawiający prowadził bowiem postępowanie oznaczone znakiem: PO/ZP/31/2011/CNK, w którym wskazano 20 000 m² powierzchni szkła, a do realizacji umowy w ramach ww. postępowania również został wybrany wykonawca XXX (dawniej: XXX).

Z kolei z załącznika nr 1 do umowy w sprawie kontrolowanego zamówienia publicznego (znak postępowania: PO/ZP/49/2012/CNK/MK) wynika, iż powierzchnia szkła wewnętrznych, które wykonawca obowiązany był czyścić stanowiła 3 493,73 m², a przeszkleń zewnętrznych 7 481,10 m². Przeszklenia zewnętrzne miały być myte dwukrotnie, co łącznie dawało 14 962,20 m², a z powierzchnią wewnętrzną dawało łącznie 18 455,93 m². Zsumowanie powyższego z powierzchnią szkła objętych zamówieniem prowadzonym pod znakiem: PO/ZP/48/2011/CNK dawało 19 868,93 m², a więc powierzchnię zbliżoną do wskazanej w pierwszym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod znakiem: PO/ZP/31/2011/CNK.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powinien dołożyć należytej staranności w prawidłowym przygotowaniu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem czynność ta znajduje swoje doniosłe konsekwencje na etapie realizacji zamówienia publicznego. Z kolei wykonawca będący profesjonalistą w swojej branży winien w sposób należyty, tj. zgodny z przepisami prawa, postanowieniami zawartej z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zdobytą, podczas prowadzenia działalności gospodarczej, wiedzą i doświadczeniem zrealizować zamówienie publiczne. Zatem nieprawidłowe ustalenie zakresu zamówienia w postępowaniu oznaczonym znakiem: PO/ZP/48/2011/CNK nie mogło stanowić uzasadnienia udzielenia przedmiotowego zamówienia w oparciu o wskazaną przesłankę.

Nie można też zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż „świadczenie tej samej usługi na tym samym obszarze przez dwóch różnych wykonawców byłoby niemożliwe z przyczyn technicznych, a także powodowałoby po stronie zamawiającego niemożność rozliczenia wykonawców z prawidłowości wykonanych usług. W rezultacie taka sytuacja mogłaby doprowadzić do braku możliwości dochodzenia odpowiedzialności za ewentualnie wyrządzone szkody. Ta kwestia jest o tyle istotna, bowiem z uwagi na specyfikę prowadzonej działalności przez Centrum Nauki Kopernik (m.in. eksponaty ustawione tuż przy elewacjach szklanych), o taką szkodę nie jest trudno. Istotnym jest także fakt, że przedmiot pierwotnego zamówienia w swoim opisie obejmował wszelkie powierzchnie szklane, natomiast rozbieżność dotyczyła jedynie powierzchni w m² jakie one obejmują – w dokumentacji była niższa niż w rzeczywistości. I właśnie ta różnica była przedmiotem zamówienia z wolnej ręki.”

Stwierdzić bowiem należy, iż obawa zamawiającego przed nienależytą realizacją zamówienia publicznego, w tym przed szkodami wyrządzonymi przez wykonawcę w czasie wykonywania umowy o zamówienie publiczne nie stanowi uzasadnienia dla udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Zamawiający w celu zabezpieczenia własnych interesów posiada szereg instrumentów, przy pomocy których może dochodzić roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne, np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy, kary umowne, odstąpienie od umowy, dochodzenie odszkodowania.

Należy również stwierdzić, iż dotychczasowa, dobra współpraca zamawiającego z wykonawcą realizującym dane zamówienie publiczne, czy też wynikające z rozliczenia się z jednym podmiotem realizującym kompleksową usługę sprzątnięcia pomieszczeń i terenów zamawiającego ułatwienia organizacyjne nie uzasadniają zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a).

Nie można także podzielić podnoszonej przez zamawiającego argumentacji, iż gdyby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług sprzątania pomieszczeń budynku Centrum Nauki Kopernik, terenów do niego przyległych oraz wynajmowanych pomieszczeń biurowych w budynku Biblioteki UW w Warszawie (znak postępowania: PO/ZP/48/2011/CNK) przewidział dopuszczalne w trybie art. 144 ust. 1 ustawy zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, to mógłby zastosować tryb konkurencyjny przy udzieleniu zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie mycia przemysłowego powierzchni szklanych w obiekcie Centrum Nauki Kopernik (znak postępowania: PO/ZP/49/2012/CNK/MK). Odnosząc się do powyższego, stwierdzić należy, iż po pierwsze, żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie ogranicza zamawiającego w skorzystaniu z jednego z konkurencyjnych trybów przy udzielaniu zamówienia publicznego i nie może na ten fakt wpływać również zawarta z wykonawcą umowa. Po drugie, zamawiający w wyjaśnieniach przekazanych Prezesowi Urzędu w dniu 19 czerwca 2015 r. nie doprecyzował przedmiotu takiej zmiany umowy oraz jej warunków, a nie sposób sobie wyobrazić, aby zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ przewidział warunki zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego konwalidujące skutki jego nierzetelności i niestaranności przy przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie konkurencyjnym (znak postępowania: PO/ZP/48/2011/CNK). Po trzecie, niezrozumiałe jest twierdzenie zamawiającego, iż mógłby on w takim przypadku (przewidzenia możliwości dokonania zmian umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy) skorzystać z trybu konkurencyjnego przy udzieleniu zamówienia na świadczenie usług w zakresie mycia przemysłowego powierzchni szklanych w obiekcie Centrum Nauki Kopernik (znak postępowania: PO/ZP/49/2012/CNK/MK), bowiem konsekwencją ziszczenia się przesłanek określonych w art. 144 ust. 1 ustawy, jest uprawnienie zamawiającego do zawarcia aneksu do umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym. Przesłanką uprawniającą do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, byłoby wskazanie możliwości udzielenia zamówień uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym przetargu nieograniczonego, czego jednak zamawiający nie uczynił.

Mając na względzie istniejącą obiektywnie możliwość dokonania wyboru wykonawcy realizującego usługi w zakresie mycia przemysłowego powierzchni szklanych w obiekcie Centrum Nauki Kopernik spośród różnych podmiotów zdolnych do jego realizacji, zamawiający nie był uprawniony do zastosowania do udzielenia przedmiotowego

zamówienia trybu wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Tym samym zamawiający naruszył art. 10 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzp).