



Warszawa, dn. 29.01. 2015 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZZP/DKD/WKZ/421/85(3)/14/AM

KNZ/40/14

Dot. SK/766/11/DKD

Pan

Marek Nowak

Dyrektor

Regionalny Szpital Specjalistyczny

im. dr Wł. Biegańskiego w Grudziądzu

ul. Gen. Wł. Sikorskiego 32

86 – 300 Grudziądz

Szanowny Panie Dyrektorze!

Uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień publicznych, działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), przeprowadził kontrolę doraźną – kontrolę w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz pkt 3 ustawy – postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było:

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

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy w załączeniu przesyłam informację o wyniku ww. kontroli.

Z poważaniem
z up. Prezes UZZP
Departament Kontroli Doraźnej
D. Winiński
Dyrektor Winiński



Warszawa, dnia 29.01 2015 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/WKZ/421/85(3)/14/AM

KNZ/40/14

Dot. SK/766/11

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający: Regionalny Szpital Specjalistyczny im. Wł. Biegańskiego
ul. Gen. Wł. Sikorskiego 32
86 – 300 Grudziądz

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

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

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 3.223.261,40 zł (839.609,64 euro)

Środki UE: nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń.

Z analizy dokumentów przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na wykonanie nadbudowy budynku apteki szpitalnej o kondygnację z przeznaczeniem na laboratorium mikrobiologiczne oraz o kondygnację techniczną, będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm), zwanej dalej „ustawą”.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 09.08.2011 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie: BUDOPOL S.A. z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Fordońskiej 199. Umowa w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki została zawarta w dniu 22.08.2011 r. z ww. firmą w przedmiocie realizacji zadania inwestycyjnego polegającego na nadbudowie budynku apteki szpitalnej w oparciu o dostarczoną przez Zamawiającego dokumentację projektowo – techniczną (§ 1 umowy NR I/6/11).

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 02.09.2011 r. pod pozycją 270136.

Z przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji wynika, iż w dniu 08.07.2011 r. Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny w Grudziądzu przesłał Zamawiającemu – decyzję nr 212/N.EP/2011, w której nakazał Zamawiającemu *dostosować kształt, powierzchnię oraz ilość pomieszczeń Laboratorium Analitycznego do rodzaju wykonywanych prac w celu zapewnienia poprawności jakości pomiarów i wiarygodności wyników (...) w terminie do 31.12.2011 r.* W związku z decyzją Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Grudziądzu Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz pkt 3 ustawy. Zdaniem Zamawiającego ww. decyzja z dnia 08.07.2011 r. nakazywała bezzwłocznie przenieść laboratorium mikrobiologiczne z zajmowanych przez nie pomieszczeń. Jedynym do osiągnięcia w tym czasie rozwiązaniem było wybudowanie kolejnej kondygnacji do realizowanego obiektu apteczno – laboratoryjnego (w ramach inwestycji pn. realizacja w formule „zaprojektuj i wybuduj” zadania inwestycyjnego polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu w oparciu o program funkcjonalno – użytkowy obiektów szpitalnych: budynku apteki szpitalnej, budynku techniczno – warsztatowego, budynku psychiatrii oraz budynku prosektorium wraz z tunelem komunikacyjno – instalacyjnym i sieciami uzbrojenia podziemnego oraz infrastrukturą drogową – § 1 umowy Nr I/10/10 z dnia 01.06.2010 r.) i umieszczenie tam laboratorium mikrobiologicznego. Zamawiający uznał, iż za takim rozwiązaniem przemawia analiza kosztów inwestycyjnych uwzględniająca zarówno aspekt konstrukcyjny budynku, jak i krótki możliwy do osiągnięcia czas realizacji w porównaniu z alternatywnym rozwiązaniem, jakim mogłoby być postawienie odrębnego budynku

z odrębnym tunelem komunikacyjno – instalacyjnym. Zamawiający stwierdził, że ze względu na fakt, iż obiekt apteczno – laboratoryjny znajduje się w trakcie realizacji przez Wykonawcę BUDOPOL S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, należy przyjąć, iż zachodzą przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz pkt 3 ustawy pozwalające na udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki dotychczasowemu Wykonawcy.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym Zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy.

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.

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

„Względy techniczne”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, muszą mieć zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny. Dla zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) nie jest zatem wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względu np. na specyficzne cechy techniczne zamówienia jest zdolny do realizacji zamówienia. W przeciwnym razie Zamawiający winien podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Przepis ten nie może więc znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Zdaniem TSWE (C-199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) sama złożoność przedmiotu

zamówienia od strony technicznej nie wystarcza do wykazania zaistnienia przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki.

Z analizy dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania kontrolnego wynika, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, obejmującego wykonanie nadbudowy budynku apteki szpitalnej o kondygnację z przeznaczeniem na laboratorium mikrobiologiczne oraz o kondygnację techniczną, nie zachodziła sytuacja, w której przedmiotowe zamówienie mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. W przypadku przedmiotowego zamówienia, nie mogło być mowy o istnieniu faktycznego monopolu wskazanego podmiotu, jak tego wymaga art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. W związku z powyższym wyłonienie wykonawcy zamówienia powinno zostać poprzedzone stosowną weryfikacją rynku w dziedzinie robót budowlanych.

Jako uzasadnienie dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki nie można uznać argumentów Zamawiającego, że skoro realizuje zadanie budowy obiektów szpitalnych (m.in. apteki, budynku techniczno – warsztatowego, budynku psychiatrii oraz budynku prosektorium) na podstawie umowy Nr I/10/10 z dnia 01.06.2010 r. należy uznać, iż zachodzą przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy odnośnie wykonania nadbudowy budynku apteki szpitalnej o kondygnację z przeznaczeniem na laboratorium mikrobiologiczne oraz o kondygnację techniczną.

W ocenie Urzędu, należy wyraźnie odróżnić przyczyny techniczne od przyczyn organizacyjnych i gospodarczych. Zamawiający w przedstawionym stanie faktycznym powołał się na przyczyny organizacyjne, które to same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Zamawiający poprzez swoje działania nie może kreować monopolu powołując się na „przyczyny organizacyjne”, które uzasadniają w jego ocenie zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Jak zostało to wyżej wskazane „przyczyny techniczne” muszą mieć charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z subiektywnej decyzji Zamawiającego.

W ocenie Prezesa Urzędu zakres kontrolowanego zamówienia nie stanowił robót budowlanych na tyle specyficznych pod względem technicznym, aby mogły być realizowane wyłącznie przez Wykonawcę, który na podstawie umowy NR I/10/10 z dnia 01.06.2010 r. realizował zadanie inwestycyjne polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu w oparciu o program funkcjonalno – użytkowy obiektów szpitalnych: budynku apteki szpitalnej, budynku techniczno – warsztatowego, budynku psychiatrii oraz budynku prosektorium wraz z tunelem komunikacyjno – instalacyjnym i sieciami uzbrojenia podziemnego oraz infrastrukturą drogową. Rynek usług związanych robotami budowlanymi jest rynkiem konkurencyjnym. Istnieje wiele podmiotów, które posiadają zarówno możliwości techniczne, jak i doświadczenie, aby zrealizować przedmiot zamówienia objęty niniejszą kontrolą. Zwłaszcza, że Zamawiający

zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz przedmiarze robót nie wskazał żadnych szczególnych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie tego konkretnego zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot niż Wykonawca, który realizował budowę ww. obiektów szpitalnych. Wręcz przeciwnie z dokumentacji nadesłanej przez Zamawiającego wynika, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z robotami stanowiącymi standardowe i powszechnie dostępne rozwiązania, wykorzystywane przy tego typu inwestycjach.

Ponadto należy zauważyć, iż ustawa pozostawia Zamawiającemu szeroką swobodę w formułowaniu wymagań odnośnie szczegółowych potrzeb, czy pożądaných parametrów technicznych przy opisie przedmiotu zamówienia. Wykorzystując rozwiązania ustawowe Zamawiający miał możliwość takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który zapewniałby mu pozyskanie pożądanego efektu na najkorzystniejszych warunkach dzięki pełnej weryfikacji rynku w drodze przeprowadzonego postępowania przetargowego. Podstawy do rezygnacji z tej metody działania nie może stanowić subiektywne przekonanie Zamawiającego, iż w związku z wcześniej zawartą umową z danym Wykonawcą na budowę obiektów szpitalnych jest on jedynym podmiotem, który może wykonać zamówienie będące przedmiotem niniejszej kontroli. Taka okoliczność nie stanowi w żadnym przypadku przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

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

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

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

Po pierwsze należy zauważyć, iż wymogi dotyczące medycznych pomieszczeń laboratoryjnych wynikają bezpośrednio z przepisów prawa, w tym w szczególności z rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 3 marca 2004 r. w sprawie wymagań, jakim powinno odpowiadać medyczne laboratorium diagnostyczne (Dz. U. Nr 100, poz. 1083, z późn. zm.). Trudno zatem dopatrzeć się w niniejszej sprawie wyjątkowej sytuacji niemożliwej do przewidzenia, kiedy to Zamawiający jest zobowiązany przepisami prawa do podejmowania określonych działań. Cechę wyjątkowości należy bowiem przypisywać, zgodnie z zasadą ścisłej interpretacji wyjątków, wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji, a tego typu sytuacja nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

Dodatkowo, wydanie decyzji przez określony organ państwowy, w którym nakazuje się wykonanie określonych prac z jednoczesnym wskazaniem terminu ich realizacji, w tym przypadku decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Grudziądzu, nie stanowi sytuacji wyjątkowej i nieprzewidywalnej. Powyższe potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS), zgodnie z którym za nieprzewidywalną nie może być uznana konieczność dochowania terminów wyznaczonych przez określony organ: *fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu* (orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji). W ocenie Prezesa Urzędu, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek powołania się przez Zamawiającego na działanie podmiotów publicznych, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, tym samym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających

z przepisów prawa. Zamawiający nie może zatem w toku postępowania powoływać się na działania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.

Po drugie, w badanym stanie faktycznym nie zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy znajduje bowiem zastosowanie jedynie w przypadkach, gdy Zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia np. usunięcie bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia czy zabezpieczenie majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach. Muszą to zatem być sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego. W przedmiotowej sprawie nie doszło do nagłego i niespodziewanego wydarzenia. Jak zostało to wskazane powyżej wymagania dotyczące medycznych pomieszczeń laboratoryjnych wynikały z przepisów prawa i obowiązywały Zamawiającego w momencie wydania decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Grudziądzu oraz udzielenia postępowania objętego niniejszą kontrolą.

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

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

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

z up. Prese VZP
Dyrektor
Departamentu ds. Doraźnej
D. Wiśniewski
Dyrektor