

UZP/DKD/WKZ/421/59 /15/LB
KNZ/28/15/DKD
dot. WK/241/15/DKD

**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: Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o.
ul. Syrokomli 6
03 – 335 Warszawa

Rodzaj zamówienia: dostawa

Przedmiot zamówienia: dostawa wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 174.615,000 zł (41.329,97 euro)

Środki UE: nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na *dostawę wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych*, będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) zwanej dalej „ustawą”.

Zamawiający wskazał, iż Zarząd Spółki Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. w Warszawie podjął decyzje zmierzające do dostosowania bazy lokalowej ośrodka wczasowego WDW Rynia do współczesnych standardów, zgodnych z oczekiwaniami gości, porównywalnych i konkurencyjnych w stosunku do innych obiektów zlokalizowanych wokół Jeziora Zegrzyńskiego. W związku z powyższym wyłoniono wykonawcę, któremu zlecono projekt aranżacji wnętrz pawilonów wczasowych nr 2 „Sieja”, nr 3 „Sandacz”, nr 4 „Szczupak” – w Oddziale DW WAM WDW w Ryni. Wykonawcą została firma [REDAKTOWANE]. Wykonany przez ww. wykonawcę projekt aranżacji wnętrz stanowił integralną część opisu przedmiotu zamówienia prowadzonych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie przedmiotu zamówienia objętego niniejszą kontrolą zostały przeprowadzone 3 postępowania o zamówienie publiczne.

- I postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (Nr DW/ORYN/PZP/12/2014) pn.: dostawa i montaż wyposażenia pokoi hotelowych (część 1 – dostawa pościeli, ręczników, firan, zasłon; część 2 – dostawa telewizorów; część 3 – dostawa sprzętu AGD; część 4 – dostawa i montaż mebli); ogłoszenie opublikowane pod numerem: 282626 – 2014; data zamieszczenia: 26.08.2014 r.; Zamawiający unieważnił ww. postępowanie w dniu 10.09.2014 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy w części 1 i 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy w części 2 i 4.
- II postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (Nr DW/ORYN/PZP/16/2014) pn.: dostawa i montaż wyposażenia pokoi hotelowych (część 1 – dostawa pościeli, ręczników, firan, zasłon; część 2 – dostawa telewizorów; część 3 – dostawa sprzętu AGD; część 4 – dostawa i montaż mebli); ogłoszenie opublikowane pod numerem: 307442 – 2014; data zamieszczenia: 16.09.2014 r. W postępowaniu wyłoniono najkorzystniejsze oferty dla wszystkich 4 części zamówienia, w tym części 4 – obejmującej dostawę i montaż mebli (szafki, stoły, krzesła, łóżka). W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia termin realizacji zamówienia został określony na 6 tygodni od daty podpisania umowy. Przy czym Zamawiający zastrzegł, iż *w związku z trwającymi pracami budowlanymi w pokojach i pomieszczeniach 3-ch pawilonów*

wczasowych, w których będą instalowane meble, firany, zasłony itp., Zamawiający zastrzega sobie prawo do przesunięcia terminu dostawy przedmiotowych mebli i innych elementów wyposażenia, o okres do 30 dni. W wyniku przeprowadzonego postępowania Zamawiający zawarł w dniu 14.10.2014 r. cztery umowy z wybranymi wykonawcami, w tym umowę Nr DW/ORYN/41/2014 z firmą Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie na wykonanie części 4 w zakresie dostawy i montażu mebli.

- III postępowanie przeprowadzone w trybie z wolnej ręki (Nr DW/ORYN/ZWR1/2015) pn.: dostawa wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli i lamp przyściennych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy; ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane w dniu 08.04.2015 r. pod numerem: 78696 – 2015; umowa Nr DW/ORYN/20/2015 zawarta w dniu 20.03.2015 r. z wykonawcą ██████████ ██████████ sp. j. w Łodzi na czas określony do 10.04.2015 r. Zamawiający uzasadnił udzielenie zamówienia z wolnej ręki faktem, iż dotychczasowy wykonawca wyłoniony w przetargu nieograniczonym dostarczył meble niezgodne z treścią SIWZ i umową. W związku z powyższym Zamawiający odstąpił od umowy z winy wykonawcy. Ponadto dodał, iż zakontraktował (sprzedał miejsca pobytu i noclegu) w pokojach, w których nie było mebli. Meble stanowią zaś element kompleksowego projektu aranżacji wnętrz i nie są dostępne w sprzedaży a wykonywane na zamówienie.

Zamawiający wyjaśnił, iż w związku z unieważnieniem I postępowania, dokonując rozeznania rynku, prowadząc rozmowy telefoniczne z potencjalnymi wykonawcami ustalił, że realizacja zamówienia okazała się skomplikowana i trudna do wykonania, wobec czego w jego ocenie – tak niewielu wykonawców złożyło oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu nieograniczonym. Wskazał, iż w części dotyczącej dostaw mebli w I i II postępowaniu przetargowym oferty złożył jedynie wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie. Podkreślił, iż okres jaki upłynął od czasu kiedy zamieścił ogłoszenie a osiągnął efekt ostateczny zamyka się w przedziale czasowym 26.08.2014 r. – 10.04.2015 r. z tym że, negocjacje w trybie z wolnej ręki rozpoczęto 16.03.2015 r., a umowę podpisano 20.03.2015 r. Zdaniem Zamawiającego z tego terminarza jednoznacznie wynika, że dołożył szczególnej staranności by wyłonić Wykonawcę w trybie podstawowym, jednakże wystąpiła wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. Nie mógł przewidzieć, że otrzyma meble niezgodne z opisem zamówienia zawartym w SIWZ, a w konsekwencji meble niezdatne do użycia. Brak realizacji zamówienia na wyposażenie pokoi skutkowałby nie tylko znaczącymi stratami finansowymi dla spółki, ale również utratą zaufania klientów, w związku z nie otwarciem Ośrodka Wczasowego na początku sezonu wypoczynkowego, czy też zwrotem zaliczek klientom, którzy zaplanowali już swój urlop i opłacili koszty pobytu.

Zamawiający wyjaśnił, iż w następstwie rozpoznania rynku, w dniu 04.03.2015 r. otrzymał pismo z firmy ██████████ sp. j. w Łodzi, która wyraziła zainteresowanie realizacją przedmiotowego zamówienia. Istotne znaczenie dla wyboru ww. wykonawcy miało doświadczenie wykonawcy. Zamawiający wskazał, iż w toku negocjacji z ww. wykonawcą termin wykonania zamówienia określono do dnia 10.04.2015 r., a więc 20 dni kalendarzowych. Zamawiający dodatkowo wskazał, iż w umowie zawartej po przeprowadzeniu trybu z wolnej ręki z dnia 20.03.2015 r. (nr DW/ORYN/20/2015) w § 3 dotyczącym określenia terminu wykonania umowy popełniono oczywistą omyłkę pisarską wskazując termin wykonania do dnia 10.04.2016 r. Wyjaśnił, iż prawidłowy zapis w umowie dotyczący terminu wykonania to do dnia 10.04.2015 r.

Zamawiający dodał, iż zlecił rzeczoznawcy opracowanie opinii technicznej o jakości dostarczonych mebli przez Wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie. Wskazał, iż z opinii technicznej sporządzonej przez Rzeczoznawcę do spraw jakości produktów i usług z dnia 16.04.2015 r. nt. towaru dostarczonego przez wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie wynika, że wyroby wykonane zostały niezgodnie z projektem będącym integralną częścią umowy wiążącej strony sporu, niedokładnie i wadliwie.

Zamawiający wyjaśniając dlaczego przekazał w dniu 09.03.2015 r. zaproszenie do udziału w postępowaniu w trybie z wolnej ręki firmie – ██████████ sp. j. w Łodzi w sytuacji, gdy umowa nr DW/ORYN/41/2014 z dnia 14.10.2014 r. z wykonawcą – Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie nadal obowiązywała (odstąpienie nastąpiło w dniu 27.03.2015 r.) wskazał, iż powyższe wynikało z granicznego terminu wyposażenia mebli ustalonego na dzień 10.04.2015 r. Dodał, iż termin ten wynikał z wcześniejszych zobowiązań Zamawiającego względem swoich kontrahentów.

Zamawiający wskazał, iż w protokole odbioru jakościowo – ilościowego mebli z dnia 26.02.2015 r. wskazał termin 25.03.2015 r. wymiany towaru na wolny od wad, a więc 27 dni a nie wynikające z umowy nr DW/ORYN/41/2014 z dnia 14.10.2014 r. graniczne 14 dni. Poprzez wskazanie tego wydłużonego terminu wymiany towaru na wolny od wad, Zamawiający podszedł realistycznie do tej nadzwyczajnej sytuacji (zareklamowano aż 15 asortymentów), umożliwiając wykonawcy wymianę wadliwego towaru. Dodał, iż takie zachowanie Zamawiającego sprowadzało się do uzyskania celu, otrzymania mebli stanowiących wyposażenie pokoi, a nie udowodnienia swoich racji faktycznych i prawnych względem wykonawcy.

Odnosząc się do kwestii stwierdzenia pierwszych nieprawidłowości w wykonaniu zamówienia oraz informacji, z których wynika zasadność udzielenia zamówienia na dostawę lamp przypodłogowych w ilości 18 sztuk, Zamawiający wyjaśnił, iż wykonawca w piśmie z dnia 20.11.2014 r. poinformował Zamawiającego o rzekomym wycofaniu z oferty lamp będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający podniósł, iż było to stwierdzenie

nieprawdziwe. Na potwierdzenie powyższego w piśmie do wykonawcy z dnia 21.11.2014 r. wskazał, iż przedmiotowe lampy oferowane są przez wielu dostawców oferujących tego typu lampy. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca zignorował wezwanie i nie dostarczył lamp w wyznaczonym terminie. Dodał, iż po raz pierwszy zwrócił się do wykonawcy z prośbą o wymianę mebli objętych reklamacją w celu ich wymiany na wolne od wad w dniu 26.02.2015 r. poprzez zawarcie odpowiedniego zapisu w protokole przyjęcia.

W odpowiedzi na pytanie dlaczego Zamawiający dopiero w dniu 26.02.2015 r. sporządził protokół odbioru jakościowo – ilościowego mebli, mając na względzie fakt, iż wykonawca dostarczył meble w terminie 19.12.2014 r. zgodnie z umową, Zamawiający podniósł, iż zgodnie z § 4 umowy – Warunki odbioru umowy 3. *Przedmiot zamówienia zostanie przez Wykonawcę wniesiony oraz ustawiony na wskazane przez Zamawiającego miejsce.* Dodał, iż rozmieszczenie mebli i wyposażenia wynikało z projektu aranżacji wnętrz poszczególnych pomieszczeń. Z uwagi na przedłużający się termin wykonania robót budowlanych, nie było możliwe rozstawienie mebli i wyposażenia przed dniem 26.02.2015 r., a rozstawienie mebli leżało po stronie wykonawcy.

Z analizy dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego wynika również, iż Zamawiający skorzystał z prawa do przesunięcia terminu realizacji zamówienia o okres 30 dni – aneks nr 01/2014 r. z dnia 25.11.2014 r. do umowy nr DW/ORYN/41/2014 z dnia 14.10.2014 r. zawartej z wykonawcą Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie, wprowadzając zmiany w § 3 poprzez zapis *umowa została zawarta na czas określony, to jest na okres 75 dni od dnia podpisania umowy.*

Pismem z dnia 03.03.2015 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy z prośbą o podjęcie działań mających na celu wymianę na wolne od wad zakwestionowanych mebli.

W odpowiedzi na ww. pismo Zamawiającego – wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie pismem z dnia 05.03.2015 r. poinformował, iż nie akceptuje zapisów protokołu odbioru jakościowo – ilościowego mebli z dnia 26.02.2015 r., wskazując jednocześnie, iż ww. dokument jest dokumentem niewłaściwym, gdyż wykonawca dostarczył meble w dniu 19.12.2014 r. zgodnie z terminem wynikającym z umowy a jego odbiór został potwierdzony przez Zamawiającego. Wskazał, iż brak możliwości ustawienia mebli we wskazanych miejscach wynikał z niedokończonego remontu pomieszczeń. Dodał, iż montaż mebli w miejscach wskazanych możliwy będzie do wykonania w terminie do dnia 25.03.2015 r. Poinformował, iż ww. protokół traktuje jako protokół niezgodności w związku z tym zaproponował terminy ich naprawy: do dnia 25.03.2015 r. poprawienie łóżek, do dnia 06.06.2015 r. wymianę foteli, w kwestii stolików zaproponował 10% rabat, do dnia 25.03.2015 r. zamontowanie maskownic w minibarach oraz poprawę zestawów łóżek hotelowych z wezgłowiem oraz montaż elementów dla których zostanie wskazane miejsce ich montażu.

Zamawiający działając na podstawie § 5 ust. 3 i 4 umowy nr DW/ORYN/41/2014 z dnia 14.10.2014 r. w piśmie z dnia 09.03.2015 r. wezwał wykonawcę do wymiany przedmiotu umowy na wolny od wad w terminie 14 dni od dnia doręczenia niniejszego wezwania, tj. nie później niż do dnia 25.03.2015 r. Jednocześnie zaznaczył, iż brak należytego wykonania ww. umowy spowoduje odstąpienie od umowy.

Mając na względzie powyższe wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 18.03.2015 r. wykonawca poinformował, iż w dniach 19 – 20.03.2015 r. stawi się w celu dokonania poprawienia mebli. Wykonawca uznał za sytuację niedopuszczalną przenoszenie mebli z jednego budynku do drugiego bez wcześniejszego wskazania pomieszczeń, w których miały znajdować się meble (cyt. *nasi pracownicy przenosili meble z jednego budynku do drugiego, aby udostępnić pomieszczenia do malowania, a jak wynika z informacji słownych będą zmuszeni przenosić meble ponownie do tych samych pomieszczeń*). W związku z powyższym wykonawca zażądał, aby Zamawiający w dniu jutrzejszym dostarczył informację gdzie należy meble wnieść oraz zamontować. Dodał, iż wykonał swój zakres zamówienia, tj. dostarczył meble oraz złożył je w miejscu, które wskazał Zamawiający w grudniu 2014 r.

Zamawiający pismem z dnia 18.03.2015 r. podtrzymał swoje stanowisko zawarte w wezwaniu z dnia 09.03.2015 r.

Pismem z dnia 20.03.2015 r. wykonawca poinformował o problemie wymiany foteli rozkładanych i zaproponował dostawę zastępczych foteli, tak aby Zamawiający mógł oddać pokoje przeznaczone do użytkowania, zaś fotele zgodne z zamówieniem dostarczy w terminie około 2 miesięcy. Pozostałą część zamówienia miał dostarczyć w dniu 23.03.2015 r.

Pismem z dnia 20.03.2015 r. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w wezwaniu z dnia 09.03.2015 r. Ostateczny odbiór mebli i sprzętu AGD wyznaczył na dzień 26.03.2015 r.

Do przekazanych wyjaśnień Zamawiającego został dołączony protokół odbioru jakościowo – ilościowego mebli, dotyczący umowy nr DW/ORYN/41/2014 z dnia 14.10.2014 r. sporządzony w Ryni dnia 26.03.2015 r. w następstwie wezwania z dnia 09.03.2015 r. dotyczącego wymiany przedmiotu umowy na wolny od wad.

W związku z powyższymi okolicznościami pismem z dnia 27.03.2015 r. Zamawiający na podstawie § 10 ust. 4 umowy nr DW/ORYN/41/2014 z dnia 14.10.2014 r. odstąpił od ww. umowy z winy wykonawcy.

Pismem z dnia 09.03.2015 r. Zamawiający zaprosił do negocjacji w trybie z wolnej ręki firmę [REDAKTOWANE] sp. j. w Łodzi. Umowa na wykonanie

przedmiotowego zamówienia zawarta została w dniu 20.03.2015 r. nr DW/ORYN/20/2015 z terminem wykonania do 10.04.2015 r.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 78696 w dniu 08.04.2015 r.

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. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes Urzędu), Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w odniesieniu do zamówienia obejmującego *dostawę wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli i lamp przypodłogowych*.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Prezes Urzędu nie rozstrzyga kwestii odpowiedzialności którejkolwiek ze stron za realizację umowy z dnia 14.10.2014 r. nr DW/ORYN/41/2014, dotyczącej dostawy wyposażenia pokoi hotelowych – dostawa z montażem mebli, a co się z tym wiąże zasadności odstąpienia od umowy. Kontrola w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki prowadzona przez Prezesa Urzędu miała na celu sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy, a w przedmiotowej sytuacji dotyczyła oceny zasadności wystąpienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w okolicznościach stanu faktycznego sprawy.

Należy zauważyć, że wyjątkowa sytuacja, uzasadniająca wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki, musi powstać z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, co oznacza, że przyczyny te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego. W świetle okoliczności faktycznych nie sposób przyjąć, iż w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z taką sytuacją. Należy zwrócić uwagę, iż termin dostawy i montażu mebli w umowie nr DW/ORYN/41/2014 z dnia 14.10.2014 r. z firmą Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie został ustalony przez Zamawiającego na okres 45 dni od dnia podpisania umowy. Zgodnie z § 4 pkt 7 ww. umowy Zamawiający zobowiązany był do odbioru ilościowego, asortymentowego i jakościowego przedmiotu zamówienia niezwłocznie po dostarczeniu przez wykonawcę. Zarówno z pisma Wykonawcy z dnia 05.03.2015 r. jak i z pisma Zamawiającego z dnia 27.03.2015 r. o odstąpieniu od ww. umowy wynika, iż wykonawca dostarczył meble w dniu 19.12.2014 r. zgodnie z terminem wynikającym z umowy a jego odbiór został potwierdzony przez Zamawiającego w dniu 29.12.2014 r. Ponadto Zamawiający jak i wykonawca wskazali, iż brak możliwości ustawienia mebli we wskazanych miejscach wynikał z przedłużającego się okresu wykonania remontu pomieszczeń. Jak wynika z protokołu postępowania w trybie z wolnej ręki *„meble dostarczone przez Wykonawcę zostały zdeponowane przez Zamawiającego bez dokonania ich oceny jakościowej ze względu na trwające roboty budowlane (...). Ostatecznie meble zostały rozpakowane i poddane ocenie jakościowej w dniu 26.02.2015 r.”*

W związku z powyższym należy uznać, iż Zamawiający miał możliwość dokonania oceny jakości dostarczonych mebli już od 19.12.2014 r., tj. od dnia dostarczenia mebli przez wykonawcę. Konsekwencją zaniechania wykonania przez Zamawiającego oceny mebli niezwłocznie po ich odbiorze (obowiązek ten wynikał z § 4 pkt 7 umowy) i realizacja tej czynności protokołem odbioru jakościowo – ilościowego dopiero w dniu 26.02.2015 r., czyli

przeszło po dwóch miesiącach od dostarczenia ich przez wykonawcę, było zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki – w celu wywiązania się z przyjętych zobowiązań umownych. Powyższa sytuacja wynikała zatem z okoliczności zależnych od Zamawiającego. Oczywiście Zamawiający, nie ma wpływu na „jakość” dostarczonych przez wykonawcę mebli. Jednakże jako strona umowy o zamówienie publiczne Zamawiający miał wpływ na wykonywanie swoich uprawnień wynikających z zawartej umowy, w tym w zakresie odbioru jakościowego mebli.

Na brak możliwości uznania rozwiązania umowy za wyjątkową i nieprzewidywalną sytuację wskazuje także fakt, że problemy z terminową realizacją inwestycji oraz właściwym jej wykonaniu były znane Zamawiającemu już na początkowym etapie realizacji umowy. Już w piśmie z dnia 24.11.2014 r. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu dostawy mebli o 30 dni, na co zgodził się Zamawiający. Jednocześnie pismem z dnia 20.11.2014 r. wykonawca niezasadnie zgłaszał problemy związane z realizacją umowy z dnia 14.10.2014 r. nr DW/ORYN/40/2014, twierdząc o wycofaniu z oferty lamp przypodłogowych. Tym samym, już pod koniec listopada 2014 r., Zamawiający mógł co najmniej liczyć się z opóźnieniami i ewentualną koniecznością odstąpienia od umowy. Nie można zatem uznać, że sytuacja w której znalazł się Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowiła wyjątkową i nieprzewidywalną.

O tym, iż w przedmiotowej sprawie nie mieliśmy do czynienia z sytuacją wyjątkową, której nie można było przewidzieć świadczy również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS). Zgodnie z orzecznictwem ETS, m.in. *C-385/02 Komisja przeciwko Włochom*, *C-394/02 Komisja przeciwko Grecji*, czy *C-337/02 Komisja przeciwko Włochom*) okolicznościami stanowiącymi nieprzewidywalną sytuację są zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzenia losowe, awarie, klęski żywiołowe, 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*). Okoliczność wypowiedzenia umowy nie należy do sytuacji występujących wyjątkowo w obrocie gospodarczym. Oczywiście sytuacja taka jest wysoce niepożądana, gdyż zaburza prawidłowe mechanizmy funkcjonowania rynku, jednakże nie sposób potraktować jej jako zjawiska wyjątkowego w obrocie gospodarczym. Przeciwnie – ryzyko związane z prawidłowym wykonaniem zobowiązań umownych jest elementem wpisanym w działalność podmiotów gospodarczych. Podmioty te, a w badanym przypadku Zamawiający, mogą przy użyciu dostępnych środków ekonomicznych i prawnych (np. poprzez odpowiednie zapisy umowy o zamówienie publiczne) zminimalizować ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk, takich jak np. spory stron umowy odnośnie wykonania zamówienia. Jeśli jednak – jak

w badanym stanie faktycznym – do takiego zdarzenia dojdzie, nie sposób potraktować takiej sytuacji jako obiektywnie nadzwyczajnej.

Stanowisko co do braku możliwości uznania rozwiązania umowy za uzasadniającą odstępianie od podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych przyjmuje również Komisja Europejska. Przykładem może być prowadzona przez Komisję procedura w sprawie naruszenia prawa europejskiego przez Słowację. Rząd słowacki uzasadniał zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia pilną koniecznością (niezbędność obsługi prawnej dla realizacji projektu) wynikającą z okoliczności, których nie można było przewidzieć (nienależyte wykonanie umowy). Komisja stanęła na stanowisku, że udzielając tego zamówienia w procedurze negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia, naruszono obowiązek przejrzystości wywodzący się z ogólnych zasad traktatowych. Wskazano, iż odstępianie od umowy jest w każdym wypadku zależne od zamawiającego, a fakt, iż umowa została rozwiązana z uwagi na jej nienależyte wykonywanie jasno wskazuje, że była to okoliczność, którą można było przewidzieć. W konsekwencji, zamówienie to powinno być udzielone w trybie konkurencyjnym¹.

Ponadto należy wskazać, iż realizacja zobowiązań umownych w określonym terminie (w przedmiotowej sprawie krótki termin realizacji zamówienia w trybie z wolnej ręki wynikał z wcześniej zaciągniętych zobowiązań Zamawiającego względem swoich kontrahentów na świadczenie usług zakwaterowania i żywienia), nie jest uznawana za sytuację wyjątkową i nieprzewidywalną, albowiem jest sytuacją występującą w stosunkach handlowych i nie wykracza poza normalne uwarunkowania gospodarcze. Powyższe zostało potwierdzone w opinii rzecznika generalnego Michaela Bendik Elmer, w sprawie C-318/94 z dnia 28 marca 1996 r., Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec, który wskazał, iż *„gdyby państwa członkowskie mogły odstępować od stosowania podstawowych procedur przetargowych za każdym razem, gdy zagrożona jest realizacja zaciągniętych zobowiązań umownych, zakres zastosowania wyjątku przewidzianego w dyrektywie byłby niezmiernie szeroki (pkt 18)”. Ponadto jak już wcześniej wskazano krótki termin realizacji zamówienia wynikał z okoliczności zaniechania oceny mebli przez Zamawiającego tuż po ich dostawie przez wykonawcę.*

Okoliczności faktyczne sprawy nie potwierdzają również tezy Zamawiającego o skomplikowanym charakterze przedmiotowego zamówienia. Jak wynika z dokumentacji sprawy w toku negocjacji w trybie z wolnej ręki z wykonawcą ██████████ sp. j. termin wykonania zamówienia został określony na dzień 10.04.2015 r., a więc realizacja miała nastąpić jedynie w przeciągu 20 dni kalendarzowych.

¹ Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dnia 08.10.2009 r. (znak: IP/09/1470) o skierowaniu do Republiki Słowackiej uzasadnionej opinii w sprawie naruszenia art. 226 TWE (obecnie art. 258 TFUE) (znak postępowania: 2008/4043)

Reasumując stwierdzić należy, że Zamawiający 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 tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 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.