

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 15 marca 2018 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z dnia 20 lutego 2018 r. (data wpływu pisma 26 lutego 2018 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej zawartej w piśmie z dnia 16 lutego 2018 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ3/422/3(3)/18/JB dot. KNZ/3/18/DKZP) w przedmiocie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na dostawę: „*Aparatu RTG wraz z wyposażeniem*”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Daniel Konicz
	Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem była dostawa „*Aparatu RTG wraz z wyposażeniem*”.

Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, tj. ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na *dostawę Aparatu RTG wraz z wyposażeniem* był art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (t. j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.).

W okolicznościach stwierdzonego stanu faktycznego Prezes UZP (dalej „kontrolujący”) ustalił, że zamawiający w dniu 15 grudnia 2017 r. skierował zaproszenia do negocjacji do wykonawców Synektik S.A., ul. Witosa 31, 00-710 Warszawa oraz Medical Market sp. z o.o., ul. Kościelna 26, 62-081 Przeźmierowo (zadanie nr 1). Dnia 19 grudnia 2017 r., zostało przekazane zaproszenie do negocjacji wykonawcy Siemens Healthcare sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa (zadanie nr 2) oraz wykonawcy Bayer sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 158, 02-326 Warszawa (zadanie nr 3). W dniu 22 grudnia 2017 r. Zamawiający zawarł następujące umowy w sprawie zamówienia publicznego:

- w zakresie zadania nr 1, umowa z wykonawcą Medical Market sp. z o.o. (umowa nr 1069/2017);
- w zakresie zadania nr 2, umowa z wykonawcą Siemens Healthcare sp. z o.o. (umowa nr 1070/2017);
- w zakresie zadania nr 3, umowa z wykonawcą Bayer sp. z o.o. (umowa nr 1071/2017).

Przedmiotem zamówienia w zakresie zadania nr 1 była dostawa aparatu RTG w liczbie 1 szt., o parametrach wskazanych w zestawieniu minimalnych parametrów techniczno-użytkowych – załączniku nr 1 do zaproszenia do negocjacji z dnia 15 grudnia 2017 r., skierowanego do wykonawców: Synektik S.A. oraz Medical Market sp z o.o. Zakres zamówienia obejmował także m.in. udzielenie gwarancji na aparat, podzespoły, detektor, zestaw komputerowy i monitor na okres min. 36 miesięcy; wykonanie testów akceptacyjnych i specjalistycznych; montaż urządzeń i bezpłatny przegląd konserwacyjny przed upływem okresu gwarancji.

Przedmiotem zamówienia w zakresie zadania nr 2 była dostawa stacji komputerowych do opisu badań radiologicznych w liczbie 2 szt., o parametrach wskazanych w zestawieniu minimalnych parametrów techniczno-użytkowych – załączniku nr 1 do zaproszenia do

negocjacji z dnia 19 grudnia 2017 r., skierowanego do wykonawcy: Siemens Healthcare sp. z o.o.

Przedmiotem zamówienia w zakresie zadania nr 3 była dostawa wstrzykiwacza kontrastu w liczbie 1 szt., o parametrach wskazanych w zestawieniu minimalnych parametrów techniczno-użytkowych – załączniku nr 1 do zaproszenia do negocjacji z dnia 19 grudnia 2017 r., skierowanego do wykonawcy: Bayer sp. z o.o.

Uzasadniając wybór trybu z wolnej ręki, zamawiający wskazał, iż otrzymał od Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego zapewnienie o otrzymaniu dofinansowania zakupu aparatu RTG wraz z niezbędnym wyposażeniem w ramach dotacji celowo-inwestycyjnej na zadanie pt.: *Zakup nowoczesnego sprzętu medycznego w celu podniesienia jakości usług medycznych świadczonych przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu* w ramach umowy nr DZ-R/34/2017, a warunkiem niezbędnym otrzymania/rozliczenia niniejszej dotacji, było przedłożenie do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego protokołu odbioru zakupionego sprzętu wraz z fakturą w określonym, nieprzekraczalnym terminie. Zamawiający podkreślił, że z punktu widzenia jego jednostki oraz jej pacjentów, istotne było wykorzystanie środków z tej dotacji, gdyż urządzenia, które dotychczas wykorzystywano do wykonywania RTG, były niezwykle awaryjne z uwagi na ich wyeksploatowanie oraz już dość zaawansowany wiek (rok produkcji 2007). Według zamawiającego, każda awaria wiąże się z ryzykiem sparaliżowania pracy szpitala. Zamawiający wskazał także, iż zakup aparatu RTG wraz z niezbędnym wyposażeniem, umożliwi zamawiającemu świadczenie usług na rzecz pacjentów sprawnie, bez żadnych przestoju i w lepszym standardzie. Zamawiający podkreślił, że zakup był istotny z punktu widzenia bezpieczeństwa udzielania świadczeń na rzecz pacjentów, dodatkowo zakup musiał nastąpić w konkretnym terminie – rozliczenie transakcji musiało nastąpić do 28 grudnia 2017 r. Zdaniem zamawiającego, ważne było również, aby zakupiono urządzenie, które byłoby kompatybilne z pozostałym wyposażeniem (np. systemem komputerowym), z którego korzysta zamawiający w prowadzonym przez siebie Dolnośląskim Ośrodku Diagnostyki Obrazowej (DODO). Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na te okoliczności, zaproszenie do udziału w postępowaniu zostało wysłane do dwóch wykonawców. Takie działanie z jednej strony miało służyć realizacji zamówienia z zachowaniem zasady konkurencyjności, a także oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Z drugiej zaś strony, miało umożliwić sprawne i skuteczne przeprowadzenie postępowania. Zamawiający wskazał, że nie wszyscy wykonawcy posiadali na stanie gotowe do sprzedaży i odpowiadające potrzebom zamawiającego urządzenie, które musiało znajdować się na magazynie wykonawcy z uwagi na termin realizacji zamówienia (do 28 grudnia 2017 r.). Stąd też, aby zminimalizować ryzyko niezrealizowania zakupu,

zamawiający zdecydował się wystąpić z zaproszeniem do dwóch wykonawców spełniających ww. wymogi.

Kontrolujący wskazał, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp 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 Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (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 Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, tj. 15 grudnia 2017 r., 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) zaistniała 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 udzielenia zamówienia.

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

Zamawiający, uzasadniając wybór trybu z wolnej ręki, wskazał na następujące okoliczności:

- uzyskanie zapewnienia o otrzymaniu dofinansowania na zrealizowanie przedmiotu zamówienia od Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego w ramach

dotacji celowo-inwestycyjnej i konieczność rozliczenia transakcji do dnia 28 grudnia 2017 r.;

- wysoka awaryjność, wyeksploatowanie i zaawansowany wiek dotychczasowo używanych przez zamawiającego urządzeń do wykonywania RTG;
- ryzyko sparaliżowania pracy szpitala na skutek awarii dotychczasowo używanych urządzeń;
- zwiększenie jakości świadczonych na rzecz pacjentów usług;
- wymogi bezpieczeństwa udzielania świadczeń na rzecz pacjentów;
- kompatybilność zakupywanego urządzenia z pozostałym wyposażeniem, z którego korzysta zamawiający.

Ponadto, zamawiający podkreślił, iż wysłał zaproszenie do udziału w postępowaniu do dwóch wykonawców, co miało służyć realizacji zamówienia z zachowaniem zasady konkurencyjności, a także oszczędnego wydatkowania środków publicznych, z drugiej zaś strony, umożliwiało sprawne i skuteczne przeprowadzenie postępowania.

W ocenie kontrolującego, powyższe okoliczności w przedstawionym stanie faktycznym nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem kontrolującego zamawiający, w okolicznościach faktycznych sprawy, nie wykazał spełnienia określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przesłanek dotyczących wyjątkowości i nieprzewidywalności zaistniałej sytuacji oraz braku przyczyny powstania tej sytuacji po stronie zamawiającego, jak również nie wykazał, iż w danym przypadku wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. W orzecznictwie podkreśla się, iż *zdarzeniami, których nie można było wcześniej przewidzieć są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp.* (vide: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. KIO/KD 39/15). Wskazuje się także, iż *cechę wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji* (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 stycznia 2015 r., sygn. KIO/KD 115/14). Tym samym kontrolujący uznał, iż takiego charakteru nie ma sytuacja, w której zamawiający udziela zamówienia ze względu na konieczność dotrzymania terminów w celu otrzymania dotacji. Potwierdza to orzecznictwo sądów powszechnych, gdzie podkreśla się, że *nawet możliwość utraty dotacji nie może stanowić podstawy zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Sądu orzekająca w sprawie Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych słusznie podkreśliła, iż podstawowym kryterium oceny działania podmiotów*

zobowiązanych jest zachowanie ładu finansów publicznych. Zachowanie tego ładu bezwzględnie wymaga zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym nawet możliwość nie wykorzystania środków finansowych przeznaczonych na zrealizowanie zadania nie może stanowić w niniejszej sprawie przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o przepisy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., sygn. V SA/Wa 3123/08). Również orzecznictwo KIO wskazuje, iż okoliczność upływu terminu na sfinansowanie określonej inwestycji czy przedsięwzięcia sama w sobie nie może stanowić o wypełnieniu się przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Przesłankę tę należałoby wykazać w kontekście obiektywnych okoliczności wskazujących na potrzebę uzyskania i wykorzystania określonego efektu prac objętych zawartą umową w sprawie zamówienia publicznego, niezależnie oczywiście od konieczności wykazania innych przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2015 r., sygn. KIO/KD 35/15).

Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie uzasadnił natomiast w sposób wystarczający spełnienia żadnej z przesłanek zawartych w powyższym przepisie, w tym nie wskazał obiektywnych okoliczności, z których wynikałoby, iż istnieje konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia ze względów innych, aniżeli ewentualne negatywne dla zamawiającego finansowe konsekwencje upływu terminu. Nie mogą bowiem zostać uznane za zasadne w tym zakresie twierdzenia zamawiającego dotyczące wysokiej awaryjności, wyeksploatowania i zaawansowanego wieku dotychczas używanych urządzeń do wykonywania RTG; awarii dotychczasowo używanych urządzeń; zwiększenia jakości świadczonych na rzecz pacjentów usług ani kompatybilności zakupywanego urządzenia z pozostałym wyposażeniem, z którego korzysta zamawiający. W orzecznictwie sądów powszechnych wskazuje się bowiem, że *przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, 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 być sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - I Wydział Cywilny z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. I ACa 1201/14).

Kontrolujący podniósł, iż wskazane przez zamawiającego okoliczności nie miały charakteru zdarzeń wyjątkowych i nieprzewidywalnych, które wymuszałyby natychmiastową reakcję, niezbędną do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia, z wyjaśnień zamawiającego wynika, iż problemy z eksploatacją urządzeń nie miały charakteru nagłego,

lecz trwały już przez dłuższy czas. Ponadto, używanie się urządzeń wykorzystywanych do wykonywania radiografii nie stanowi sytuacji wykraczającej poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego.

Tym samym, w ocenie kontrolującego, wskazane przez zamawiającego okoliczności, nie mogą zostać uznane za spełniające przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Nadto, kontrolujący dodał, iż zgodnie z orzecznictwem KIO, argumenty odnoszące się do wartości społecznych, a niezwiązane z przesłankami z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, pozostają poza zakresem oceny zgodności z prawem (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2016 r., sygn. KIO/KD 50/16).

Kontrolujący, odnosząc się do wyjaśnień Zamawiającego dotyczących wysłania zaproszenia do udziału w postępowaniu do dwóch wykonawców w zakresie zadania nr 1, co miało służyć realizacji zamówienia z zachowaniem zasady konkurencyjności, a także oszczędnego wydatkowania środków publicznych, z drugiej zaś strony, miało umożliwić sprawne i skuteczne przeprowadzenie postępowania wskazał, iż nie stanowi to przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Reasumując, w ocenie kontrolującego, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, 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 Pzp.

Ze stanowiskiem kontrolującego nie zgodził się zamawiający i pismem z dnia 20 lutego 2018 roku (data wpływu pisma 26 lutego 2018 r.) wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający wskazał, iż Województwo Dolnośląskie dysponowało wolnymi środkami na koniec roku obrachunkowego i postanowiło przeznaczyć je na cele zakupu przez szpital nowoczesnego sprzętu medycznego w celu podniesienia jakości usług medycznych świadczonych przez zamawiającego, a w szczególności aparatu RTG, celem modernizacji i odtworzenia bazy leczniczej szpitala jej dostosowania do obowiązujących norm, standardów, a także zapewnienia prawidłowego funkcjonowania szpitala oraz bezpieczeństwa pacjentów. Warunkiem otrzymania dotacji było wydatkowanie środków w terminie nie dłuższym niż do 31 grudnia 2017 r. Informację o otrzymaniu dotacji zamawiający otrzymał w dniu 12 grudnia 2017 r., a porozumienie dotyczące udzielenie dotacji zostało zawarte w dniu 21 grudnia 2017 r. Z uwagi na bardzo krótki okres pomiędzy uzyskaniem informacji o przyznaniu dotacji a koniecznością jej rozliczenia, zamawiający zmuszony był zastosować niekonkurencyjny tryb udzielenia zamówienia - zamówienie z wolnej ręki. Zamawiający podkreślił, iż po jego stronie istniała pilna potrzeba zakupu

nowego sprzętu RTG, z uwagi na zaistniałą w ostatnim czasie dużą awaryjnością sprzętu z którego dotychczas korzysta zamawiający. Taki zakup, miał na celu zwiększenie jakości i bezpieczeństwa świadczonych usług na rzecz pacjentów jak i zapewnienie ciągłości udzielania tych świadczeń. Na skutek zaistniałych pod koniec 2017 roku, częstych awarii sprzętu, zamawiający zmuszony był bowiem wyłączać go na czas napraw z eksploatacji, co narażało pacjentów na opóźnienia w prawidłowej diagnostyce oraz podjętym na tej podstawie leczeniu. Funkcjonowanie zamawiającego, w tym udzielanie świadczeń, finansowane jest przede wszystkim z kontraktu z NFZ. Zamawiający podniósł, że powszechnie znany jest fakt trudnej sytuacji finansowej jednostek prowadzących działalność na rynku ochrony zdrowia, a w szczególności SP ZOZ. Kontrakty NFZ są niedoszacowane, nie pokrywają w pełni kosztów prowadzenia działalności. Zamawiający nie dysponował więc środkami własnymi na zakup sprzętu będącego przedmiotem spornych postępowań, a z drugiej strony jego zakup stał się pod koniec roku 2017 niezbędny.

Zdaniem zamawiającego, ustalenia przeprowadzonej kontroli są w tym zakresie nieprawidłowe. Zamawiający oświadczył, że podziela stanowisko kontrolującego, iż możliwość stosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest ograniczona do enumeratywnie określonych w art. 67 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego, stwierdzić jednak należało, iż w analizowanym stanie faktycznym ziściła się przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, albowiem w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową, która nie wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i której nie dało się przewidzieć. Jak już bowiem była o tym mowa wyżej, organ tworzący zamawiającego, pod koniec roku 2017 postanowił przeznaczyć środki, które nie zostały przez niego wydatkowane, na dofinansowanie działalności szpitala. Przy czym podkreślić należy, iż takie działanie podmiotu tworzącego nie jest regułą. Zamawiający nie dostaje co roku od Województwa Dolnośląskiego stałej kwoty środków. Z drugiej strony w tym samym czasie pojawiła się nagle potrzeba zakupu na potrzeby zamawiającego, nowego sprzętu RTG.

Zamawiający stwierdził również, iż po jego stronie, z powodu ww. sytuacji, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucje zamawiające nie mogły przewidzieć. Na realizację umowy zakupu sprzętu zamawiający miał czas jedynie do 28 grudnia 2017 r. Termin ten był związany z koniecznością rozporządzenia przez Województwo Dolnośląskie środkami jeszcze w 2017 roku. Wydatkowanie tych środków po zakończeniu roku obrachunkowego, to jest po 31 grudnia 2017 r., byłoby niemożliwe z uwagi na wymogi wynikające z ustawy o finansach publicznych. Na przygotowanie postępowania, jego przeprowadzenie zamawiający miał więc jedynie 19 dni w tym 11 dni roboczych. Nie było więc możliwości udzielenia zamówienia

w innym trybie niż z wolnej ręki gdyż terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, nie mogły być dotrzymane.

W ocenie zamawiającego ww. okoliczności przesądzają, iż sporne zamówienie zostało udzielone zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Wbrew stanowisku kontrolującego sytuacji, które uzasadniają zastosowanie trybu z wolnej ręki, które objęte są zakresem normy art. 67 ust. 1 pkt. 3 Pzp, nie można ograniczyć tylko i wyłącznie do przypadków siły wyższej, choć oczywiście przypadki takie objęte są zakresem tego przepisu. Gdyby taki był zamiar ustawodawcy, takie ograniczenie zostałoby wprowadzone wprost do ww. normy. Ustawodawca posłużył się innym zwrotem „*wyjatkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego*”. Określenie to dotyczy więc może wielu stanów faktycznych, a nie tylko przypadków siły wyższej, konieczne jest jedynie, aby były one niezależne od zamawiającego. Zamawiający nie podziela również poglądu kontrolującego, że warunek o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, jest spełniony jedynie jeśli postępowania dotyczy wykonania działań zabezpieczających. W ocenie zamawiającego jest to kolejny przykład niedopuszczalnej zawężającej interpretacji przepisu art. 67 ust. 1 pkt. 3 Pzp. Co więcej takie stanowisko zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. I tak w wyroku o sygn. akt KIO 75/11 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, cyt. „*W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na wymagany cel udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Jest nim potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska.*”. Z kolei w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 915/09 Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła następujący pogląd: „*Warto również zwrócić uwagę na cel udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia.*”.

Zdaniem zamawiającego za błędne uznać również należy rozważania kontrolującego, iż z uwagi na dużą awaryjność posiadanego sprzętu, zamawiający powinien był przewidzieć konieczność zakupu nowych urządzeń. Zamawiający przede wszystkim podniósł,

iż awaryjność dotychczasowego sprzętu RTG nasiliła się pod koniec 2017 r. Jednocześnie z uwagi na brak środków, zamawiający nie mógł w 2017 r., planować ani dokonać zakupu nowego sprzętu w tym roku. Zakup ten był musiał zostać odroczony w czasie do momentu, aż zamawiający zgromadzi odpowiednie środki. Dofinansowanie uzyskane w grudniu 2017 r. od Województwa Dolnośląskiego początkowo nie miało konkretnego przeznaczenia. Zamawiający mógł sfinansować z tych środków zakup dowolnego sprzętu. Celem Województwa Dolnośląskiego było podniesienie jakości świadczeń udzielanych mieszkańcom województwa. Dofinansowanie postanowiono przeznaczyć na zaspokojenie najpilniejszych potrzeb. Cel, na jaki dofinansowanie miało zostać przeznaczone, został określony na etapie późniejszym, podpisania Porozumienia dotyczącego przyznania dotacji. Na tym etapie najpilniejsze potrzeby naszej jednostki zostały rozpoznane z uwagi na występującą w tym okresie bardzo dużą awaryjność RTG. Dokonując oceny niniejszego stanu faktycznego, pamiętać również należy, iż zakup sprzętu w ramach spornego postępowania nie służył zaspokojeniu potrzeb ekonomicznych zamawiającego. Zakupiony sprzęt przeznaczony był na cele ochrony zdrowia pacjentów. Jak już to było kilkakrotnie wskazywane zakup ten był istotny z punktu widzenia jakości wykonywanych świadczeń i ich bezpieczeństwa. Istotne też było zabezpieczenie ciągłości ich udzielania nie tylko na rzecz pacjentów ambulatoryjnych ale przede wszystkim pacjentów hospitalizowanych, w tym pacjentów w sytuacjach nagłych, kiedy ich życie i zdrowie jest bezpośrednio zagrożone.

Aparat, którym dysponował zamawiający, jak wskazywano w piśmie wyjaśniającym z dnia 12 stycznia 2018 ulegał 2 rodzajom usterek .

1) usterki trwałe, które jeśli wystąpią mogą być usunięte tylko w wyniku interwencji technicznej serwisu;

2) usterki chwilowe (przemijające) które występują incydentalnie i mogą być niemożliwe do zdiagnozowania podczas wizyt inżyniera serwisowego, a narażają pacjenta na zwiększoną dawkę promieniowania.

Wskazane powyżej usterki powodują nieprzewidziane przestoje w pracy aparatu RTG, co przekłada się głównie na brak możliwości udzielania świadczeń medycznych, badań diagnostycznych mieszkańcom Dolnego Śląska wykonywanych zarówno w trybie pilnym, jak i planowym, co jest główną działalnością statutową zamawiającego. W konsekwencji, zamawiający nie był w stanie zapewnić pacjentom gwarancji wysokospecjalistycznej opieki medycznej, opartej o najwyższe standardy leczenia i bezpieczeństwa zdrowotnego. Jednostka za cel główny postawiła sobie jakość i kompleksowość diagnostyki oraz specjalistyczne, personalizowane leczenie na najwyższym poziomie oraz dostępność do usług, co w przypadku awarii i przestojów urządzeń medycznych zostaje zaburzone.

Kontrolujący nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Izba w całości podziela ustalenia i wnioski wypływające z kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznając je za własne.

Ponadto, w ocenie Izby, nie do zaakceptowania jest okoliczność, w której zamawiający dostosowuje tryb udzielenia zamówienia publicznego, od możliwości wydatkowania środków publicznych, przyznanych w ramach dotacji przez organ założycielski. Wskazać bowiem należy, iż system winien mieć wręcz odwrotny układ. W pierwszej kolejności ustalana jest przez zamawiającego potrzeba zakupu określonego produktu, uwarunkowana określoną sytuacją faktyczną. Następnie ustalana jest wartość takiego zakupu, dalej następuje pozyskanie środków finansowych na zakup, wreszcie – po ich zagwarantowaniu, wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozumie zapatrywanie zamawiającego, co do konieczności zagwarantowania jak najwyższego poziomu świadczenia usług medycznych dla pacjentów, jednakże skoro zamawiający był świadomy, iż posiadany sprzęt jest już znacznie wyeksploatowany i będzie istniała potrzeba zakupu, w najbliższej przyszłości nowego urządzenia, to powinien w tym kierunku czynić stosowne kroki, znacznie wcześniej.

Przedmiotowy zakup, w ocenie Izby, dokonany był w słusznym celu, jednakże z naruszeniem wskazywanych przez kontrolującego przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Nie wypełniła się bowiem żadna z przesłanek dyspozytywnych określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, sankcjonująca dokonanie zakupu/udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń przepisów wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący

Członkowie

.....