

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 stycznia 2015 roku

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 11 grudnia 2014 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Metro Warszawskie Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie
ul. Wilczy Dół 5 02-798 Warszawa

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 9 grudnia 2014 roku w przedmiocie zamówienia na realizację zadania: *Zorganizowanie spotkania integracyjno - rekreacyjnego dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o. o.*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Beata Pakulska-Banach
Członkowie:	Katarzyna Prowadzisz
	Małgorzata Rakowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2014 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Metro Warszawskie Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie [dalej zwana: „Zamawiającym”] – realizowała postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego: *Zorganizowanie spotkania integracyjno - rekreacyjnego dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o. o.*, w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych [dalej zwany: „Prezesem UZP”] ustalił następujący stan faktyczny oraz stwierdził następujące naruszenia – *Informacja o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 5 grudnia 2014 roku* (znak: UZP/DKD/WKZ/421/81(4)/14/LB).

Prezes UZP wskazał, że podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego na realizację zadania, o którym mowa powyżej, będącego przedmiotem kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa UZP, był przepis art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej zwanej: „ustawą Pzp”].

Prezes UZP ustalił, że Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 5 kwietnia 2011 r. przez wysłanie zaproszenia do negocjacji do wykonawcy BOOM - Bardzo Oryginalna Oferta Marketingowa z siedzibą w Warszawie. Umowa w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki została zawarta w dniu 16 maja 2011 r. i dotyczyła zorganizowania spotkania integracyjno - rekreacyjnego dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o. o. i ich rodzin, z terminem realizacji zamówienia – 4 czerwca 2011 r. od godziny 12.00 do godz. 17.00 dla 2500 osób na terenie Stacji Techniczno-Postojowej Kabaty. Zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonawca zobowiązany był do zapewnienia usług cateringowych, programu artystycznego, gier, zabaw sportowych w formie rywalizacji rodzin, dodatkowych atrakcji dla dzieci, zaplecza technicznego, opieki medycznej, ubezpieczenia imprezy i ochrony. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 maja 2011 r. pod pozycją 120482.

Prezes UZP przytoczył wyjaśnienia Zamawiającego, z których wynikało, że Zamawiający przedmiotowego zamówienia udzielił na podstawie art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy, gdyż w jego ocenie zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków oraz mogłoby uniemożliwić terminową realizację zamówienia. Zamawiający wskazał, że termin pikniku został wyznaczony na dzień 4 czerwca 2011 r., co również miało wpływ na zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki ze względu na fakt, iż zorganizowanie tak dużej imprezy wymagało terminowego wyprzedzenia w rezerwacji niezbędnych elementów (namiotów cateringowych, atrakcji dla dzieci typu: karuzela, dmuchane zamki, sprzętów do zawodów sportowych) oraz zawodowej obsługi trenerów i animatorów. Według Zamawiającego, wcześniejsze rozpoczęcie organizacji spotkania i wszczęcie procedury nie mogło nastąpić ze względu na fakt, iż pozycja „piknik dla pracowników i rodzin” została zatwierdzona w preliminarzu wydatków Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych w dniu 29 marca 2011 r. uchwałą Nr 35/11. Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż powierzył realizację przedmiotowego zamówienia wykonawcy, którego oferta w poprzednich latach uznana została za najbogatszą programowo i najatrakcyjniejszą spośród innych firm biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawca ten

pięciokrotnie realizował przedmiotowe zamówienie dla Zamawiającego w latach ubiegłych, przy czym dotychczasowa współpraca przy organizacji pikników, ich profesjonalne przygotowanie, fachowość obsługi, kompetencje organizatorów oraz znajomość specyfiki Zamawiającego uzasadniała, zdaniem Zamawiającego, powierzenie właśnie temu wykonawcy organizacji imprezy w 2011 roku, a nadto oferta tego wykonawcy gwarantowała prawidłowe oszacowanie kosztów, ponieważ została oparta na zdobytym już doświadczeniu z lat ubiegłych.

Odnosząc się do tak ustalonego stanu faktycznego Prezes UZP podniósł, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak również europejskiego oraz, że przesłanki zastosowania tego trybu muszą podlegać wykładni ścisłej i powołał się na obowiązujące w tym zakresie orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Prezes UZP wskazał, że na mocy art. 5 ust. 1a ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym na dzień 5 kwietnia 2011 r., tj. na dzień wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki), Zamawiającemu, w przypadku zamówień, których przedmiotem były tzw. usługi niepriorytetowe, przysługiwało uprawnienie do zastosowania m.in. trybu zamówienia z wolnej ręki. Tryb ten mógł być na podstawie ww. przepisu zastosowany, poza przypadkami enumeratywnie wymienionymi w art. 67 ust. 1 ustawy, również w innych, uzasadnionych sytuacjach. Możliwość ta powstawała w szczególności, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, a także naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, poniesieniem straty w mieniu publicznym, czy uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Prezes UZP wskazał, że przepisy ustawy Pzp nie określały, co należy rozumieć pod pojęciem „uzasadnionych przypadków”, jednak możliwość stosowania trybów nie poprzedzonych ogłoszeniem o zamówieniu, stanowi odstępstwo od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych i w związku z tym przesłanki pozwalające na ich zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Powołując się na wytyczne przyjęte przez Komitet Stały Rady Ministrów 18 listopada 2010 r. dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę stwierdził, że możliwość przewidziana w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp powinna ponadto uwzględniać zasadę proporcjonalności, a zatem powinna być stosowana tylko w takim zakresie, w jakim tych samych celów nie da się osiągnąć za pomocą środków mniej ograniczających konkurencję.

Zdaniem Prezesa UZP Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy zgodnie z którym w przypadku zamówienia na usługi niepriorytetowe Zamawiający mógł wszcząć postępowanie w trybie z wolnej ręki, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować: naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków (pkt 1) oraz uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań (pkt 4).

W ocenie Prezesa UZP z analizy dokumentów oraz wyjaśnień zgromadzonych w toku postępowania kontrolnego wynika, iż nie zachodziła sytuacja, w której spełniona byłaby przesłanka wymieniona w art. 5 ust. 1 a pkt 1 ustawy, a mianowicie, że w razie udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym doszłoby do naruszenia zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków. Wskazał, że przedmiot zamówienia nie ma charakteru na tyle specyficznego, którego inny wykonawca niż BOOM - Bardzo Oryginalna Oferta Marketingowa, nie byłby w stanie zrealizować i nie posiadał możliwości zatrudnienia odpowiedniej kadry (trenerów i animatorów) do zorganizowania spotkania integracyjno - rekreacyjnego. Podniósł również, że Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji nie wskazał żadnych specyficznych cech usługi, czy poszczególnych jej odbiorców, które wskazywałyby, iż jedynie ww. wykonawca był w stanie świadczyć przedmiotową usługę, w szczególności nie określił żadnych szczególnych wymogów dotyczących przebiegu i organizacji imprezy, które miał zapewnić wykonawca w trakcie trwania spotkania. Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy był uprawniony do niestosowania przepisów ustawy dotyczących zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy, co oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi niepriorytetowe prowadzone w trybie konkurencyjnym umożliwiało wybór wykonawcy z uwzględnieniem jego cech podmiotowych.

Zdaniem Prezesa UZP nie została spełniona również przesłanka określona w art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp, na którą powoływał się Zamawiający, wskazując na zagrożenie nieterminową realizacją zadań, związanych z realizacją usługi organizacji spotkania integracyjno - rekreacyjnego.

Prezes UZP nie podzielił argumentacji Zamawiającego co do zagrożenia nieterminową realizacją zadań związanych z realizacją usługi organizacji spotkania integracyjno - rekreacyjnego. Wskazał, że to sam Zamawiający wyznacza termin pikniku, a w 2011 roku wyznaczył go na dzień 4 czerwca, który został zatwierdzony w preliminarzu wydatków uchwałą Nr 35/11 Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych z dnia 29 marca 2011 r. Prezes UZP podniósł, że Zamawiający nie może powoływać się na okoliczności, które wywołał własnym działaniem i, że nie było przeszkód, aby termin ten wyznaczony został odpowiednio wcześniej, tak aby można było zorganizować postępowanie w trybie konkurencyjnym, w szczególności, gdy Zamawiający corocznie organizuje tego typu imprezy. Prezes UZP powołał się przy tym na

uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2011 r. (sygn. KIO/KD 37/11), gdzie został wskazany kierunek wykładni przesłanek zastosowania art. 5 ust. 1a ustawy Pzp.

Ponadto, Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy, do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a, nie stosuje się m.in. przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Zatem, Zamawiający mógł przeprowadzić postępowanie w trybie otwartym bez konieczności stosowania terminów wynikających z art. 43 ust. 2 lub 49 ust. 2 ustawy, co pozwoliłoby na zapoznanie się i udział w postępowaniu wszystkich podmiotów, które byłyby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, a w konsekwencji stworzyłyby szansę na uzyskanie korzystniejszej oferty i jednocześnie pozwoliłoby Zamawiającemu na udzielenie zamówienia w krótkim terminie.

Reasumując, Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób postępowanie konkurencyjne prowadzone w trybie publicznego ogłoszenia mogłoby doprowadzić do negatywnych dla niego konsekwencji, w odniesieniu zarówno do ustawowych przesłanek wskazanych w przepisie art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy Pzp, jak również ewentualnych innych okoliczności. Zdaniem Prezesa UZP, Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 11 grudnia 2014 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami zawartymi w *Informacji o wyniku kontroli* i stwierdził, że przepisy ustawy Pzp w brzmieniu na dzień wszczęcia postępowania nie określały co należy rozumieć pod pojęciem „uzasadnionych przypadków”, jak również pojęcia celowość, efektywność i oszczędność czy też konieczność terminowej realizacji zadań nie zostały zdefiniowane ustawowo, a zatem taka konstrukcja przepisów prawa powoduje, że ocena legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki musi być dokonywana po wnikliwym rozpatrzeniu stanu faktycznego sprawy. Zamawiający zakwestionował ponadto, przywołany przez organ kontrolujący obowiązek przestrzegania zasady proporcjonalności dla zamówień realizowanych na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że została ona wyrażona przez Komitet Stały Rady Ministrów i nie powinna mieć zastosowania dla oceny prawa Zamawiającego do wyboru trybu z wolnej ręki, jako że nie wynika ona z obowiązujących przepisów prawa, a w związku z tym nie jest dla Zamawiającego w żaden sposób wiążąca.

W ocenie Zamawiającego stan faktyczny sprawy uzasadniał możliwość skorzystania z uprawnienia wynikającego z art. 5 ust. 1a ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że Prezes UZP zignorował powszechnie obowiązujące zasady wydatkowania środków Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych, z których wynika, że Zamawiający nie decyduje o celach, terminach i wysokości wydatkowania środków finansowych zgromadzonych w ZFŚS. Powołał się przy tym na przepis art. 27 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych, zgodnie z którym ustalanie zasad wykorzystania zakładowego funduszu świadczeń socjalnych, w tym podział środków z tego funduszu na poszczególne cele i rodzaje działalności, ustala pracodawca w regulaminie uzgodnionym z zakładową organizacją związkową. Wskazał, że także przyznawanie pracownikom świadczeń z funduszu, o którym mowa w tym przepisie dokonywane jest w uzgodnieniu z zakładową organizacją związkową. Zdaniem Zamawiającego, to nie on działaniem własnym przyczynił się do zagrożenia terminu realizacji zamówienia, a zagrożenie to wyniknęło z decyzji podjętych przez gremium, na które Zamawiający jako podmiot prawa zamówień publicznych nie miał żadnego wpływu, lecz jako pracodawca był zobowiązany do dołożenia wszelkich starań w celu realizacji założeń przyjętych przez organizacje związkowe działające u niego.

Zdaniem Zamawiającego, nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy, także ocena Prezesa UZP stwierdzająca, że Zamawiający nie wykazał, iż w razie udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym doszłoby do naruszenia zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków oraz, że zamówienie to ma charakter na tyle specyficzny, by nie byłby go w stanie zrealizować inny wykonawca, czy też przedmiot zamówienia nie posiada żadnych specyficznych cech usługi czy poszczególnych jej odbiorców. Zamawiający wskazał, że o ile przedmiot zamówienia jakim było zorganizowanie pikniku integracyjnego nie nosi może znamion szczególności, o tyle zasady oraz miejsce jego organizacji (teren Stacji Techniczno-Postojowej Kabaty) mają już charakter szczególny. Zamawiający powołał się na Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególnej ochrony, z którego wynika, że Metro Warszawskie jako obiekt infrastruktury transportu samochodowego, kolejowego, lotniczego, morskiego i wodnego śródlądowego, drogownictwa, kolejnictwa i łączności jest zakwalifikowane jako „obiekt kategorii I” w zakresie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa co oznacza, że wstęp na teren obiektów Metra (w tym również Stacji Techniczno-Postojowej Kabaty) podlega ścisłym rygorom i nie jest to miejsce dostępne dla każdego obywatela, nawet jeżeli są to przedstawiciele wykonawców, którzy realizują usługi na rzecz Zamawiającego. Podkreślił, że zarówno osoby, jak i wszelkiego rodzaju sprzęt niezbędny do realizacji usługi mogą zostać „wprowadzone” na teren STP Kabaty dopiero po zrealizowaniu restrykcyjnej procedury obowiązującej w jednostce. Zatem, w ocenie Zamawiającego, nastąpił zbieg dwóch przesłanek, tj. konieczności zachowania terminu realizacji zamówienia oraz specyfiki realizacji zamówienia, które uprawniały

Zamawiającego do wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że czas, którym on dysponował w celu przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego oraz konieczność przestrzegania zasad związanych ze specyfiką miejsca realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia, nie pozwoliły na podjęcie działań zmierzających do wyłonienia wykonawcy w procedurze konkurencyjnej, ponieważ termin pomiędzy podpisaniem umowy a datą realizacji usługi, nadto nie wynikający z działania Zamawiającego, nie pozwalał na zastosowanie wymaganych procedur bezpieczeństwa ruchu osobowo - materiałowego wobec wykonawcy, który potencjalnie mógłby realizować usługę na terenie obiektu szczególnie ważnego dla bezpieczeństwa i obronności państwa. Podniósł, że organizacja pikniku w wymiarze zapewnienia bezpieczeństwa imprezy, wymaga ścisłej współpracy organizatora zarówno ze Służbą Ochrony Metra, jak też ze służbami zewnętrznymi (straż pożarna, policja). Wskazał na konieczność poznania specyfiki obiektu Zamawiającego oraz organizacji wielu spotkań koordynacyjnych, co zajmuje wiele czasu. Zamawiający stwierdził, że wykonawca wybrany w trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. BOOM, jako organizator wcześniejszych pikników, znał warunki panujące u Zamawiającego, które należałoby spełnić pod kątem odpowiedniego zabezpieczenia pikniku oraz miał przeszkoloną w tym zakresie kadrę, co pozwalało na realizację zamówienia w wyznaczonym terminie.

Zamawiający stwierdził, że, gdyby podjął inne działania to mogłoby to potencjalnie doprowadzić do naruszenia zasad postępowania w obiektach szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa; niewspółmiernych szkód majątkowych związanych z zaistnieniem takiego zdarzenia oraz do konfliktu pomiędzy związkami zawodowymi a pracodawcą.

Reasumując wskazał, iż miał prawo do skorzystania z uprawnienia przewidzianego w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp w brzmieniu z dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wszelkie podejmowane przez niego działania były legalne.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes UZP przekazał je pismem z dnia 22 grudnia 2014 roku do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Dodatkowo, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, zaprezentowanej w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, Prezes UZP wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Prezes UZP podniósł, że w Informacji o wyniku kontroli nie wskazywał, iż wytyczne przyjęte przez Komitet Stały Rady Ministrów mają charakter przepisów prawa i w związku z tym są bezwzględnie wiążące dla Zamawiającego, jednak stanowią one odzwierciedlenie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz polskich sądów, które wielokrotnie wypowiedziały się na temat możliwości zastosowania

trybu z wolnej ręki i w tym kontekście Zamawiający, dla prawidłowego zastosowania tego trybu, powinien brać pod uwagę te wytyczne.

Następnie Prezes UZP wskazał, że nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż nie ma on wpływu na sposób wydatkowania środków zgromadzonych w Zakładowym Funduszu Środków Socjalnych, gdyż zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych zasady wykorzystania tych środków ustalane są przez pracodawcę w uzgodnieniu z zakładową organizacją związkową w przyjętym przez obie strony regulaminie. Tym samym, Zamawiający, jako pracodawca, miał wpływ na treść regulaminu i był zobowiązany do dołożenia wszelkich starań w celu realizacji założeń przyjętych w regulaminie. Prezes UZP stwierdził także, że Zamawiający jako profesjonalny podmiot prowadzący działalność gospodarczą ma świadomość obowiązywania wewnętrznych regulacji prawnych, które sam stanowi (m.in. regulaminów), w związku z tym winien brać pod uwagę ich zapisy przy udzielaniu zamówień publicznych, w tym także przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia, w szczególności zaś powinien podejmować czynności z odpowiednim wyprzedzeniem biorąc pod uwagę, iż corocznie organizuje tego typu imprezy. Zdaniem Prezesa UZP - w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy - konieczność udzielenia zamówienia w krótkim terminie z uwagi na treść wewnętrznych regulacji Zamawiającego nie może być zakwalifikowana jako zdarzenie, uzasadniające konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia z uwagi na zagrożenie nieterminową realizacją zadania. Nie jest bowiem dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek ustaleń wewnętrznie - organizacyjnych Zamawiającego, dotyczących wydatkowania środków z ZFŚS, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Prezes UZP wskazał, że Zamawiający zamierzający udzielić zamówienia zobowiązany jest do dochowania należytej staranności, w związku z czym musi być świadomy konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązujących, a także z aktów prawa wewnętrznego. Ponadto, podniósł, że zatwierdzenie realizacji pikniku w preliminarzu wydatków ZFŚS nastąpiło uchwałą nr 35/11 w dniu 29.03.2011r., a zatem na 2 miesiące przed terminem organizacji pikniku, przy czym zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający mógł przeprowadzić postępowanie w trybie otwartym bez konieczności stosowania terminów wynikających z art. 43 ust. 2 lub 49 ust. 2 ustawy.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że teren Stacji Techniczno-Postojowej Kabaty, na której miał być zorganizowany piknik integracyjny, na podstawie przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególnej ochrony jest Obiektem kategorii I, co oznacza, iż wstęp na teren tego obiektu podlega ścisłym rygorom i jest możliwy jedynie po zrealizowaniu restrykcyjnej procedury obowiązującej w jednostce, Prezes UZP wskazał, że przepisy ww. Rozporządzenia nie wyłączają stosowania przepisów ustawy Pzp.

A zatem, jeżeli przy udzieleniu zamówienia wymagane były odpowiednie środki zabezpieczeń to takie postanowienia powinny znaleźć się w dokumentach dotyczących postępowania. W jego ocenie, nie było przeszkód aby wymogi, które spełniał wybrany wykonawca zostały określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wówczas każdy wykonawca wyrażający chęć realizacji takiego zamówienia świadczący usługi organizowania imprez kulturalnych musiałby wykazać, iż spełnia odpowiednie wymogi, ewentualnie przedstawi dokumenty je potwierdzające.

Konkludując Prezes UZP stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, a poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Oceniając zastrzeżenia Zamawiającego Izba podzieliła w całości stanowisko Prezesa UZP w zakresie naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki* z dnia 9 grudnia 2014 r., w której Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 5 ust 1a pkt 1 i 4 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i przez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy. Izba przyjęła za własne ustalenia stanu faktycznego dokonane przez Prezesa UZP, jak i w pełni podzieliła argumentację co do oceny prawnej przedmiotowego postępowania.

Zamawiający udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki powołując się na przepis art. 5 ust. 1 a pkt 1 i 4 ustawy Pzp, wskazując, że zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków oraz mogłoby uniemożliwić terminową realizację zamówienia.

Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 5 ust. 1a ustawy Pzp w zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 maja 2011 roku Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia [numer: 120482-2011] wskazywał, że: „*Przy organizacji spotkania integracyjno-rekreacyjnego zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych (usługi niepriorytetowe, gdyż zastosowanie innego trybu skutkowałoby uniemożliwieniem terminowego wykonania zadania. Termin tegorocznego pikniku przypadający na początek czerwca (04.06.2011r.) praktycznie uniemożliwia zastosowanie*

innego trybu niż w/w, gdyż organizacja tak dużej imprezy wymaga wcześniejszej rezerwacji sprzętów tzn. namiotów cateringowych, atrakcji dla dzieci typu karuzela, dmuchane zamki itp. sprzętów do zawodów sportowych, zawodowej obsługi trenerów i animatorów. Wcześniejsze rozpoczęcie procedury nie mogło być zastosowane, gdyż pozycja piknik dla pracowników i rodzin została zatwierdzona w preliminarzu wydatków Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych w dniu 29.03.2011 r. (Uchwała Nr 35/11) Firma BOOM wykonywała przedmiotowe zamówienie już pięciokrotnie, posiada więc wiedzę, doświadczenie i kompetencje w organizowaniu spotkań integracyjno-rekreacyjnych dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o. o. Dlatego też udzielenie powyższego zamówienia firmie BOOM jest w pełni uzasadnione i jest zgodne z zasadą celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków”.

Zgodnie z art. 5 ust. 1a ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przez Zamawiającego postępowania) w przypadku zamówień, o których mowa w ust. 1, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) *naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;*
- 2) *naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;*
- 3) *poniesieniem straty w mieniu publicznym;*
- 4) *uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.*

Zamówieniami, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, były te, których przedmiot stanowiły usługi o charakterze niepriorytetowym, a do takich należała usługa zorganizowania spotkania integracyjno-rekreacyjnego dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o. o.

Jak słusznie Prezes UZP wskazał w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki* tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, dlatego też przesłanki zastosowania tego trybu muszą podlegać wykładni ścisłej. Faktem jest, co podnosił Zamawiający, że „Przepisy ustawy w brzmieniu na dzień wszczęcia postępowania nie określały co należy rozumieć pod pojęciem „uzasadnionych przypadków” (...) Również wymienione w przepisie ustawy pojęcia celowość, efektywność i oszczędność czy też konieczność terminowej realizacji zadań nie zostały zdefiniowane ustawowo, a co za tym idzie jako pojęcia nieostre wymagają każdorazowo analizy w konkretnym stanie faktycznym.”.

Jednakże Zamawiający nie wykazał, że zaistniały przesłanki, określone w art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy Pzp, na które powoływał się udzielając przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Zamawiającego w tym zakresie są całkowicie chybione.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, dotyczącą działań związanych z wyznaczeniem terminu realizacji spotkania integracyjno-rekreacyjnego na dzień 4 czerwca 2011 roku oraz zatwierdzeniem tego wydarzenia w preliminarzu wydatków ZFŚS, że „to nie Zamawiający działaniem własnym przyczynił się do zagrożenia terminu realizacji zamówienia, a zagrożenie to wyniknęło z decyzji podjętych przez gremium, na które Zamawiający jako podmiot prawa zamówień publicznych nie miał żadnego wpływu, lecz jako pracodawca był zobowiązany do dołożenia wszelkich starań w celu realizacji założeń przyjętych przez organizację związkową działającą w Metrze Warszawskim Sp. z o. o.”.

Zgodnie bowiem z art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania), na który powoływał się również Zamawiający, *Ustalenie zasad wykorzystania zakładowego funduszu świadczeń socjalnych, w tym podział środków z tego funduszu na poszczególne cele i rodzaje działalności, ustala pracodawca w regulaminie uzgodnionym z zakładową organizacją związkową.*

Tym samym, Zamawiający, jako pracodawca, miał wpływ na treść regulaminu ZFŚS i był zobowiązany do dołożenia wszelkich starań w celu realizacji założeń przyjętych w tym regulaminie, a jednocześnie, biorąc pod uwagę postanowienia wewnętrznych regulacji prawnych, przy udzielaniu zamówień publicznych powinien podejmować konkretne czynności z odpowiednim wyprzedzeniem, a w szczególności w przypadku udzielenia przedmiotowego zamówienia, winien był wziąć pod uwagę fakt, iż corocznie organizuje tego typu imprezy. Słusznie więc Prezes UZP stwierdził, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nie może być uzasadnione koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia z uwagi na zagrożenie nieterminową realizacją zadania.

Izba również uznała za prawidłowe stanowisko Prezesa UZP, że Zamawiający nie wykazał, że w razie udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym doszłoby do naruszenia zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków oraz, że przedmiot zamówienia ma charakter na tyle specyficzny, iż inny wykonawca niż BOOM - Bardzo Oryginalna Oferta Marketingowa, nie byłby w stanie go zrealizować.

Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej powołał się na Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególnej ochrony, z którego wynika, że Metro Warszawskie jako obiekt należący do infrastruktury transportu samochodowego, kolejowego, lotniczego, morskiego i wodnego śródlądowego, drogownictwa,

kolejnictwa i łączności jest zakwalifikowane jako „Obiekt kategorii I” w zakresie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa co oznacza, że wstęp na teren obiektów Metra (w tym również Stacji Techniczno-Postojowej Kabaty) podlega ścisłym rygorom i nie jest to miejsce dostępne dla każdego obywatela, nawet jeżeli są to przedstawiciele wykonawców, którzy realizują usługi na rzecz Zamawiającego.

Nie można się jednak zgodzić z argumentacją Zamawiającego, że zasady oraz miejsce organizacji pikniku integracyjnego (teren Stacji Techniczno-Postojowej Kabaty) noszą znamiona szczególności w takim stopniu, że uprawniałoby go to do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Jak słusznie Prezes UZP wskazał, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli, przepisy Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególnej ochrony na które powoływał się Zamawiający, nie wyłączają stosowania przepisów ustawy Pzp. Postanowienia dotyczące konieczności stosowania odpowiednich środków zabezpieczeń, procedur i spełnienia określonych wymogów Zamawiającego powinny zostać wskazane w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. To, że dotychczasowy wykonawca miał doświadczenie w realizacji tego typu imprez u Zamawiającego i, że już poznał specyfikę obiektów należących do Zamawiającego, jak również dysponował kadrą przeszkoloną w tym zakresie nie uprawniało Zamawiającego do odstąpienia od stosowania trybów konkurencyjnych udzielenia zamówienia w niniejszej sprawie.

Na marginesie wskazać należy, że Izba jedynie nie podzieliła argumentacji Prezesa UZP przedstawionej w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na stronie 6, że Zamawiający, jako, że przedmiotem postępowania była usługa o charakterze nie priorytetowym, to na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy, mógł przeprowadzić postępowanie w trybie otwartym bez konieczności stosowania terminów wynikających z art. 43 ust. 2 lub art. 49 ust. 2 ustawy. Otóż, przepisy art. 43 ust. 2 oraz art. 49 ust. 2 ustawy Pzp odnoszą się do zamówień, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a w niniejszym postępowaniu wartość zamówienia nie przekraczała tych kwot bowiem wynosiła ona 51.614,90 euro i była mniejsza od kwot, o których mowa powyżej (obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania). Zatem, w zakresie przedmiotowego postępowania należałoby raczej wskazywać na wyłączenie stosowania przepisów art. 43 ust. 1 oraz art. 49 ust. 1 ustawy Pzp.

Niemniej jednak, nie ma to wpływu na ocenę, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, że zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie oraz, że nie zaistniały przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....