



Warszawa, dnia

2022 r.

PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*Hubert Nowak*

DKZP.WKZ3.442.178.2021.LB

KND/192/21/DKZP

**Pan**

**Mariusz Trojanowski**

Prezes

Powiatowego Szpitala

w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o.

ul. Juliusza Słowackiego 18

87 – 700 Aleksandrów Kujawski

W odpowiedzi na pismo z dnia 17 czerwca 2022 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 21 czerwca 2022 r., znak: L.dz.P.Sz./4509/22) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na **wykonywanie usług cateringowych dla Powiatowego Szpitala w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o.** przeprowadzonego przez Powiatowy Szpital w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o. uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp2004”), wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 czerwca 2022 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.178.2021.LB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, a w konsekwencji – naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp2004 poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Pismem z dnia 17 czerwca 2022 r. (znak: L.dz.P.Sz./4509/22) Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej wskazując, cyt.:

*Na podstawie art. 610 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U z 2021 r. poz 1129 ze zm., dalej pzp), wnoszę zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 07.06.2022 r. (znak sprawy DKZP.WKZ3.442.178.2021.LB) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług cateringowych dla Powiatowego Szpitala w Aleksandrowie Kuj. Sp. z o.o. doręczonej w dniu 13 czerwca 2022 r. przesyłką poleconą za potwierdzeniem odbioru.*

W uzasadnieniu wniesionych zastrzeżeń Zamawiający wskazał, m.in. , że (...) co do zasady organ ustalił, iż zamawiający prawidłowo wyłonił wykonawcę uznając, iż („Za takie działania w niniejszej sprawie mogłyby zostać uznane np. działania związane z wykonaniem usług cateringowych na czas i w ilości niezbędnej do czasu usunięcia awarii urządzeń kuchennych" vide s. 7 in principio Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 czerwca 2022 r.). Skoro tak, to ustalenia organu dotyczące całości oceny postępowania jako naruszające prawo jest nieprawidłowe (...). Postępowanie bowiem było rozpoczęte w wyniku nagłego zdarzenia, jakim była awaria, natomiast upływał czas jaki był niezbędny do jej usunięcia, a w tym czasie aktualizowały się inne przesłanki prawne i faktyczne z powodu których wykonawca nie ogłaszał następnego przetargu nieograniczonego, albowiem stan zagrożenia i epidemii z dnia na dzień ulegał gwałtownemu zwiększeniu, a status zamawiającego diametralnie zmienił się na bardzo ostry w związku z wydanymi decyzjami Ministra Zdrowia.

Ponadto, w zastrzeżeniach Zamawiający podniósł, że w jego ocenie organ kontrolujący (...) pominął wagę przepisów prawa procesowego i pozostającego w bezpośrednim związku prawa materialnego, tj. art. 603 ust. 1 pzp w zw. z art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń oraz chorób zakaźnych u ludzi i art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, przy czym przepis art. 603 ust. 1 pzp w powiązaniu z wyżej wskazanymi przepisami prawa materialnego należy odczytywać tak, iż zawiera on zarówno uprawnienia, jak i obowiązki Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do przeprowadzenia kontroli w zakresie zgodności z przepisami ustawy pzp działań lub zaniechań zamawiającego. Jednocześnie z uwagi na możliwość istnienia sytuacji, gdy przepisy innych ustaw szczególnych odnoszących się do jakiegokolwiek trybu stosowania ustawy pzp lub przedmiotu zamówienia wprowadzają rozwiązania szczególne (*lex specialis*) mają one pierwszeństwo przed regulacjami pzp (...). Zdaniem Zamawiającego, (...) w realiach zakresu niniejszego postępowania kontrolnego uwidacznia się bezsprzecznie obowiązywanie ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń oraz chorób zakaźnych u ludzi (art. 46c), oraz ustawy z dnia 2 marca 2020 r o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (art. 6a). Przepisy tych ustaw zawierają zapisy o szczególnym charakterze w odniesieniu do ustawy pzp. Dodajmy, że podmiot uprawniony na podstawie tych przepisów uzyskuje prawo do odstąpienia od stosowania ustawy pzp w określonych przez ustawodawcę okolicznościach faktycznych.

Zamawiający podkreślił w zastrzeżeniach, że (...) przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie były usługi cateringowe w zakresie żywienia pacjentów szpitala. W sposób nie budzący żadnych wątpliwości wyżywienie pacjentów w szpitalu jest świadczeniem opieki zdrowotnej i jako element procesu leczenia stanowi ważną jego część. Wynika to zarówno z przepisów prawa, stanowiska nauki, międzynarodowych i krajowych organizacji zdrowia, jak też z wiedzy medycznej (...).

Dodał, że (...) jako podmiot leczniczy ma prawny obowiązek zapewnić bezpieczeństwo zdrowotne posiłków podawanych pacjentom. Cel ten osiąga się za pomocą uregulowanego prawnie posiadania i wdrożenia funkcjonującego systemu HACCP. (...) opinia zespołu HACCP co do wyboru metod eliminacji zagrożeń bezpieczeństwa zdrowotnego żywności jest ostateczna i wiążąca w danym przypadku i podmiocie. Kierownik kontrolowanego podmiotu wyjaśnił, iż w niniejszej sprawie opinia, o której mowa była tego rodzaju, iż wśród innych zagrożeń zespół wskazał na znaczne zwiększenie zagrożenia w przypadku ogłoszenia przetargu nieograniczonego na żywienie pacjentów, mając na względzie występujące uwarunkowania epidemiologiczne, oraz fakt, że żywienie to traktować

*należy jako element leczenia osób zakażonych wirusem SARS-COV-2, a więc w praktyce będzie ulegało częstym i indywidualnym zmianom, a co się z tym wiąże wzmożonej i nieustannej ocenie jego substancji i wartości, a także sposobie podania pacjentowi.*

*Mając na względzie powyższe, w ocenie Zamawiającego, (...) przedmiot zamówienia w sposób bezpośredni pozostawał w związku z zapobieganiem i zwalczaniem pandemii. Jeżeli tak to art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń oraz chorób zakaźnych u ludzi, a od dnia 29 listopada 2020 r. art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych miał w omawianym przypadku absolutne zastosowanie, stąd też zamawiający był podmiotem w pełni uprawnionym, by stosować rozwiązania przyjęte w tych przepisach szczególnych, eliminując przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pzp. Zdaniem Zamawiającego, (...) nie był podmiotem (w tym przypadku - dla tego konkretnego zamówienia) zobowiązany do stosowania ustawy pzp w całości. Jak dalej podniósł w uzasadnieniu wniesionych zastrzeżeń (...) mógł zastosować przepisy pzp w zakresie w jakim uznał to za właściwe i nie można mu czynić zarzutu, że nie wypełnił on w swoim postępowaniu jakiegokolwiek przesłanki wskazanej w przepisach pzp (...). Jednakże chcąc być podmiotem stosującym transparentność postępowania skorzystał z art. 67 ust. 1 pzp publikując zamówienie w Biuletynie Zamówień Publicznych, gdyż w przypadku stosowania art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń oraz chorób zakaźnych u ludzi obowiązek taki był w ustawie nieuregulowany, a przepis art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID- 19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych wszedł w życie na nowo z dniem 29 listopada 2020 r.*

*Podkreślił, że (...) przedmiot zamówienia, jako element leczenia pozostaje w bezpośrednim związku z zapobieganiem i zwalczaniem pandemii. Tym samym fakt ten wypełnia przesłanki określone w art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń oraz chorób zakaźnych u ludzi i art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID- 19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.*

*W ocenie Zamawiającego, (...) nawet gdyby uznać (...), że zamawiający był zobowiązany do ścisłego stosowania pzp, to kierowany przez organ kontroli zarzut, iż w przedmiotowej sprawie nie została spełniona przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia i tak nie mógłby w obecnym stanie rzeczy się utrzymać. W pierwszym rzędzie dlatego, że zarzut ten został przedstawiony z pominięciem całokształtu materiału zgromadzonego w toku kontroli. Co więcej przedmiotem analizy organu spośród wszystkich dziesięciu wymienionych w wyjaśnieniach kierownika szpitala wyjątkowych sytuacji była jedynie awaria kuchni szpitalnej, co zostało wykazane w niniejszym piśmie.*

*Zamawiający zwrócił także uwagę na stanowisko organu kontrolującego, iż (...) twierdzi, że natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony jakiegoś interesu, ale konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia powinna zostać także oceniona poprzez pryzmat roli jaką zamawiający odgrywa na rynku usług, oraz potencjalnych konsekwencji społecznych spowodowanych utrudnieniem w nich nieprzerwanym świadczeniu (podobnie uchwała KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r. UZP/DO/KU/545/14). Natomiast kontrolujący (...) nie dostrzega, iż w czasie pandemii i statusu zamawiającego, który jest szpitalem, ochrona, o której mowa dotyczy zdrowia i życia*

*ludzkiego. To samo ustalenie dotyczy wystąpienia nieprzewidywalnych okoliczności. Już tylko sama pandemia, nie mówiąc o innych wskazanych w wyjaśnieniach (siła wyższa - związana z występowaniem pandemii oraz przeżyciami psychicznymi i napięciami społecznymi) stanowi wystarczające uzasadnienie zaistnienia tej przesłanki.*

*Równocześnie Zamawiający zaznaczył, że (...) tym stanem jest również natychmiastowa i permanentna – nieprzerwana potrzeba leczenia pacjentów, która nierozdzielnie związana jest z przedmiotem zamówienia, którym jest żywność jako świadczenie opieki zdrowotnej, które jest leczeniem i nie może czekać, musi być realizowane nie tylko niezwłocznie, ale natychmiast. Przy czym realizacja tego zadania trwa tak długo jak leczenie pacjentów w stanie pandemii.*

*Ponadto, Zamawiający podniósł, że istotnym argumentem w przypadku przedmiotowego zamawiania (...) były powołane decyzje Ministra Zdrowia z nakazem podjęcia niezwłocznych działań w celu ochrony zdrowia i życia obywateli RP w związku z ówczesnym stanem epidemii wirusa, poprzez realizację świadczeń opieki zdrowotnej w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19.*

*Zamawiający zwrócił uwagę również na fakt, iż w jego ocenie, (...) zasada proporcjonalności została tu spełniona, bo dotyczy zakresu (leczenie ludzi) który to zakres jest absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia jakim było ich zakażenie i zachorowanie i nie ma rzeczy bardziej pilniejszych jak ratowanie zdrowia i życia ludzkiego szczególnie w czasie pandemii COVID-19 (...). Dodał, iż wobec powyższego, (...) czas niezbędny do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji to czas w którym tych zdarzeń i zagrożeń jak opisane wyżej w rzeczywistości już nie będzie.*

*Zdaniem Zamawiającego, (...) jeśli przedmiot zamówienia służy bezpośrednio zwalczaniu pandemii, to wysoce nieuzasadnionym byłoby oczekiwanie od zamawiającego w czasie ekstremalnego obciążenia i sytuacji napięć społecznych (w czasie walki z pandemią) oczekiwać, iż będzie on po uporaniu się z awarią kuchni szpitalnej prowokował następną falę oporów społecznych poprzez obciążanie pracowników i rozpisywania kolejnych przetargów, nawiązywania nowych kontraktów, burząc z trudem wypracowany cały system dobrze działającej organizacji przygotowywania i zapewniania posiłków zdrowotnych, czyniąc to wbrew rekomendacjom uprawnionych do tego pracowników zespołu HACCP, służb BHP i kadry medycznej, tym samym narażając na pogorszenie bezpieczeństwa zdrowotnego posiłków, stąd też życia i zdrowia pacjentów, a w dużym zakresie również samych pracowników, zwłaszcza jeśli zamawiający miał możliwość skorzystania z wyżej wymienionych przepisów szczególnych (...).*

*Ponadto wskazał, iż (...) Bezsprzecznie od 10 sierpnia 2020 r. wykonawca (...) Sp. z o.o. dostarcza posiłki pacjentom szpitala, zaś od 1 września 2020 r. czyni to na bazie wyremontowanej przez siebie kuchni. Umowa wykonywana jest w okresie wzmożonego natężenia pandemii COVID-19, której ciężar zwalczania spoczywa w pierwszej kolejności na szeroko pojętej służbie zdrowia, a zatem Zamawiający ze względu na swoje usytuowanie w regionie i znaczenie prowadzonej działalności dla społeczności nie tylko lokalnej, w aktualnym stanie zagrożenia epidemicznego powinien mieć zapewnioną możliwość niezakłóconego kontynuowania funkcji leczenia szpitalnego (...).*

*Zamawiający zwrócił też uwagę, że (...) art. 608 ust. 3 pzp wskazuje termin zakończenia postępowania wyjaśniającego poprzez określenie trwania czasu tego postępowania na okres 6 miesięcy od dnia wszczęcia kontroli doraźnej.*

**Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu informuje, co następuje:**

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, iż Prezes Urzędu nie kwestionuje faktu, iż zdrowie i życie pacjentów oraz personelu medycznego stanowią wartość najwyższej wagi. Jednakże nie ma podstaw do twierdzenia, aby w postępowaniach odnoszących się do obszaru opieki medycznej (w tym przypadku zapewnienia usług żywienia pacjentom szpitala), ocena zasadności zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, w sposób szczególny musiała uwzględnić charakter prowadzonej działalności kontrolowanego podmiotu. Wskazać należy w tym miejscu, że działalność poszczególnych zamawiających może charakteryzować właściwa specyfika, skala czy waga. Ustawodawca nie uznał jednak, aby biorąc pod uwagę specyfikę działalności, w tym przypadku jednostki świadczącej usługi medyczne – odmiennie uregulować przesłanki udzielania zamówień publicznych. Stanowisko powyższe zostało również zaprezentowane w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/KU 58/14), z której wynika, że specyfika zamówienia oraz rodzaj prowadzonej działalności nie zostały uznane przez ustawodawcę za czynniki uzasadniające udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w sytuacji, w której występują przesłanki opisane w ustawie.

Należy zauważyć, iż ustawodawca, mając na względzie ochronę powyższych wartości, przewidział w ustawie wyjątki od ogólnych zasad udzielania zamówień, z których Zamawiający ma prawo skorzystać w przypadku wystąpienia sytuacji mogącej tym wartościom zagrażać. Jednakże, zakres tych zamówień musi być ograniczony jedynie do zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym. W Informacji o wyniku kontroli doraźnej odwołano się do utrwalonego już orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, dopuszczającego możliwość udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, podkreślając doraźny charakter oraz krótki okres obowiązywania umowy zawartej w wyniku takiego postępowania i zakwestionowano przede wszystkim długość okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. rocznego okresu jej trwania. Tym samym, naruszenia wykazane w kontroli doraźnej stanowią konsekwencję działań Zamawiającego związanych z ukształtowaniem treści umowy w określony sposób.

Należy podkreślić, iż zakres zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 musi być ograniczony jedynie do zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym. A zatem, jak już zostało to wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej zamówienie, które z uwagi na jego wielkość musi być realizowane przez wiele miesięcy – co do zasady – nie może być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. O ile należy zgodzić się z Zamawiającym, co do konieczności pilnego udzielenia zamówienia w związku z zapewnieniem dalszego wykonywania usług żywieniowych, to o tyle powyższa okoliczność nie wskazuje na konieczność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, którego okres może obejmować 1 rok jako zamówienia doraźnego, którego zasadniczym celem jest zabezpieczenie realizacji ustawowych zadań Zamawiającego.

W ocenie Prezesa Urzędu, oczywistym jest, że w niniejszej sprawie nie można dopuścić do sytuacji, w której pacjenci hospitalizowani w szpitalu pozostaliby bez możliwości wyżywienia.

Podkreślenia wymaga jednak fakt, że podstawą do zakwestionowania przez Prezesa Urzędu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 był przede wszystkim zakres czasowy przedmiotu zamówienia. Okres na jaki Zamawiający udzielił zamówienia, tj. od dnia 1 października 2020 r. do 30 września 2021 r. (tj. na okres 1 roku), był zbyt długi, aby mógł odpowiadać celowi zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Zatem, nieuzasadnione jest twierdzenie Zamawiającego, iż przedstawione w treści zastrzeżeń argumenty i orzecznictwo *w pełni potwierdzają prawidłowość podjętych przez zamawiającego decyzji zarówno co do nie ogłaszania przetargu nieograniczonego po dokonaniu napraw i remontu kuchni szpitalnej, które to czynności niezbędne były z powodu awarii od września 2020 r. (...)*. Ponadto wskazać należy, że z dokumentacji zebranej w trakcie kontroli, jak również treści pisma Zamawiającego zawierającego zastrzeżenia do kontroli (*str. 17 – jak też przy umowie podpisanej z dotychczasowym wykonawcą w październiku 2021 r. i w tym zakresie zamawiający mógł i skorzystał z rozwiązań szczególnych określonych ustawą*) wynika, iż Zamawiający przeprowadził kolejne postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, w skutek którego zawarta została nowa umowa na wykonywanie usług cateringowych dla Powiatowego Szpitala w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o. na okres 1 roku.

Należy podnieść, iż istotą przepisów ustawy Pzp2004 jest przede wszystkim ochrona systemu zamówień publicznych przed potencjalnymi naruszeniami zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezależnie od faktycznych intencji danego zamawiającego w konkretnym postępowaniu. Tym samym za niezgodne z przepisami ustawy Pzp2004, przede wszystkim z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 należy uznać takie działania zamawiającego, które mogą potencjalnie zagrozić konkurencji, nawet jeśli nie zostanie wykazane, iż do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło (tak m.in. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. II GSK 1980/12).

Zamawiający w przekazanych zastrzeżeniach rozszerzył podstawę prawną udzielenia zamówienia poprzez powołanie się na przepisy: art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń oraz chorób zakaźnych u ludzi (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1845, dalej: „ustawa o z.z.z.ch.z.”) oraz art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 poz. 374 z późn. zm.).

W związku z powyższym należy zauważyć, iż zgodnie z przekazanymi przez Zamawiającego dokumentami postępowania o zamówienie publiczne, tj.: wnioskiem w sprawie wszczęcia procedury, zaproszeniem do negocjacji, protokołem postępowania, ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia czy też zawartą umową, podstawą udzielenia zamówienia był wyłącznie tryb zamówienia z wolnej ręki i przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Jednocześnie w przekazanych wyjaśnieniach z dnia 20 października 2021 r. Zamawiający wskazał, że (...) *potwierdza, iż tak jak w umieszczonym ogłoszeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych było to zamówienie udzielone z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych*. Jednocześnie Zamawiający w wyjaśnieniach wskazał, iż (...) *inną w istocie sprawą jest kwestia prezentowania bądź nie przez Zamawiającego poglądu, iż w niniejszej sprawie faktycznie wystąpiły niezależne od Zamawiającego przestanki aktualizujące stosowanie regulacji wskazanych przez Ustawodawcę w trybie art. 46c ustawy o z.z.z.ch.z. (...) omawianie tej kwestii obecnie jest nieuzasadnione albowiem nie dotyczy przedmiotu zarzutu (...)*.

Właściwym jest w tym miejscu przywołanie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w uchwale z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 78/11), w którym *Izba w składzie wydającym opinię stoi jednak na stanowisku, że zastrzeżenia podlegają rozpoznaniu w granicach podstaw prawnych i faktycznych wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy – stosowanie do wymagania zawartego w art. 67 ust. 2 (...), których istnienie było badane w trakcie kontroli. Należy odmówić zamawiającemu na etapie zgłaszania zastrzeżeń do wyników kontroli prawa do przywoływania innych podstaw prawnych, wskazywania nowych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, które nie były badane przez Prezesa Urzędu w trakcie postępowania kontrolnego i nie zostały wskazane w Informacji o wynikach kontroli.*

Zatem, powoływanie się przez Zamawiającego w zastrzeżeniach na okoliczności zaistnienia przesłanek art. 46c ust. 1 ustawy o z.z.z.ch.z. i art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych jest nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, w okolicznościach faktycznych sprawy nie zachodziły również przesłanki art. 46c ust. 1 ustawy o z.z.z.ch.z. Przepis ten stanowi, iż do zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane udzielanych w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych.

Jak trafnie wywiedziono w doktrynie, z wyłączenia przewidzianego w art. 46c ust. 1 ustawy o z.z.z.ch.z. korzystać mogą wyłącznie te usługi, dostawy i roboty budowlane, które pozostają w bezpośrednim związku z zadaniami publicznymi związanymi z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii. Bezpośredni związek polega na tym, że dana usługa, dostawa czy dane roboty budowlane będą wykorzystane w czynnościach przeciwdziałających epidemii, taki związek będzie istniał np. w przypadku zamówienia odzieży ochronnej przypadku dla personelu medycznego zajmującego się chorymi; respiratorów potrzebnych dla pacjentów doświadczających ciężkiego przebiegu choroby; zamówienia płynu dezynfekującego dla personelu medycznego, a także dla pracowników instytucji publicznych; zamówienia maseczek i przyłbic ochronnych (Bosek Leszek (red.), Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz, C.H. Beck, 2021, wyd. 1, pkt II.1). Jednakże zauważyć należy, iż są to także elementy będące również standardowo przedmiotem postępowań o udzielenie zamówienia w trybie ustawy Pzp.

Podobnie jest w przypadku usługi świadczenia żywienia pacjentów, która to jest usługą wykonywaną w szpitalu niezależnie od tego, czy jest stan epidemii, czy nie. A zatem, nie ma podstaw, aby uznać taką usługę za bezpośrednio związaną z zapobieganiem i zwalczaniem pandemii. Fakt zatem, że zamówienie dotyczy usług mających na celu zapewnienie żywienia pacjentom hospitalizowanym w szpitalu, to za mało, aby przyjąć, że mielibyśmy do czynienia ze zwolnieniem ze stosowania ustawy Pzp. Żywienie pacjentów nie jest bowiem zamówieniem mającym charakter specjalny, na potrzeby szpitalne lub na potrzeby zapobiegania lub zwalczania epidemii, lecz jest zamawiane przez szpitale w całej Polsce niezależnie od panujących dookoła warunków.

Podobnie stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 listopada 2021 r. (sygn. akt: XXIII Zs 65/21), w którym stwierdzono cyt.: *Sąd Okręgowy podziela wyrażony w doktrynie pogląd, przywołany przez skarżącego, że warunkiem pominięcia p.z.p. na podstawie art. 46c cyt. ustawy jest okoliczność, że wspomniane usługi, dostawy i roboty budowlane przeznaczone są do zadań publicznych związanych z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii, a ponadto,*

*że z wyłączenia przewidzianego w art. 46c korzystać mogą wyłącznie te usługi, dostawy i roboty budowlane, które pozostają w bezpośrednim związku z zadaniami publicznymi związanymi z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii. Bezpośredni związek polega zaś na tym, że dana usługa, dostawa, czy dane roboty budowlane będą wykorzystane w czynnościach przeciwdziałających epidemii – taki związek będzie istniał np. w przypadku zamówienia odzieży ochronnej dla personelu medycznego zajmującego się chorymi, respiratorów, płynu dezynfekującego dla personelu medycznego i pracowników instytucji publicznych, maseczek i przyłbic ochronnych, czy remontu oddziału zakaźnego. W tym kontekście jako racjonalny jawi się argument skarżącego, że o braku związku zamówienia będącego przedmiotem umowy Nr (...) świadczy okoliczność, że usługi te miały charakter rutynowy, niezależny od wystąpienia stanu epidemii. Nie ulega wątpliwości, że potrzeba świadczenia usług utrzymania czystości w szpitalu i pozostałych wyspecyfikowanych w umowie jest immanentnie związana z prawidłowym funkcjonowaniem placówki zdrowotnej i wykonywaniem przez nią działalności leczniczej. Jako taka zaś - jak słusznie stwierdziła KIO - nie mogła powstać więc w związku z pojawieniem się epidemii, albowiem istniała przez cały okres działania szpitala. Fakt, że w niniejszej sprawie usługi te zostały zlecone w okresie obowiązywania stanu epidemii, nie zmienia ich charakteru i celu. W ocenie Sądu Okręgowego świadczy to niezbicie o tym, że przedmiotowe zamówienie nie zostało udzielone przez zamawiającego w związku z zapobieganiem i zwalczaniem epidemii (postępowanie przetargowe zostałoby bowiem przeprowadzone i w normalnych okolicznościach), a co za tym idzie, nie spełniało przesłanek z art. 46c ust. 1 cyt. ustawy.*

*Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli stwierdził również, cyt.: art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń oraz chorób zakaźnych u ludzi, a od dnia 29 listopada 2020 r. art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych miał w omawianym przypadku absolutne zastosowanie, stąd też zamawiający był podmiotem w pełni uprawnionym, by stosować rozwiązania przyjęte w tych przepisach szczególnych, eliminując przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pzp. Dzieje się tak z uwagi na stosowanie zasady lex specialis derogat dające pierwszeństwo zastosowania tym przepisom przed przepisami pzp. Wobec powyższego zamawiający nie był podmiotem (w tym przypadku - dla tego konkretnego zamówienia) zobowiązanym do stosowania ustawy pzp w całości. Skoro tak, to zamawiający mógł zastosować przepisy pzp w zakresie w jakim uznał to za właściwe i nie można mu czynić zarzutu, że nie wypełnił on w swoim postępowaniu jakiegokolwiek przesłanki wskazanej w przepisach pzp.*

*W związku z powyższym należy zauważyć, iż w dniu 1 kwietnia Komisja Europejska wydała Komunikat, w którym odniosła się do kwestii stosowania w sytuacji pandemii COVID-19 przepisów zawartych w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. W komunikacie tym Komisja wyraźnie wskazała na możliwość dokonywania zamówień związanych bezpośrednio z pandemią COVID-19 przy użyciu konstrukcji prawnych przewidzianych na gruncie obowiązujących rozwiązań z zakresu zamówień publicznych. W tym kontekście wskazano m.in. na możliwość zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji (odpowiednik trybu z wolnej ręki). Nie kwestionując zasadności stosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji do zaspokajania w bardzo krótkim czasie natychmiastowych potrzeb szpitali i instytucji zdrowia publicznego wskazano jednocześnie, że jest to zastosowanie mające wyłącznie na celu wypełnienie luki do czasu znalezienia bardziej długofalowych rozwiązań. Procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji mogą dawać możliwość zaspokojenia*



*pilnych potrzeb. Wypełniają one lukę do czasu znalezienia stabilniejszych rozwiązań, takich jak umowy ramowe na dostawy i usługi, uzyskanych w drodze zwykłych procedur (w tym w trybie przyspieszonym).*

Nawet gdyby uznać, że art. 46c ust. 1 ustawy o z.z.z.ch. ma pierwszeństwo przed ustawą Pzp (oczywiście przy spełnieniu wszystkich przesłanek zastosowania tego przepisu), wskazać należy, że ww. przepis powinien być stosowany zgodnie z ogólnymi zasadami prawa unijnego, które stanowią część porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Inaczej mówiąc, wykładni przepisu art. 46c należy dokonywać w świetle przepisów dyrektywy 2014/24/UE, która w art. 32 ust. 2 lit. c) pozwala na zastosowanie procedury bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu jedynie w zakresie, w jakim jest to absolutnie niezbędne, jeżeli – ze względu na wystąpienie wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć – terminy przewidziane dla procedury otwartej lub procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami nie mogą być dotrzymane. Okoliczności przywoływane w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnej konieczności nie mogą być w żadnym wypadku przypisane instytucji zamawiającej.

Odnosnie możliwości zastosowania art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych przy udzieleniu zamówienia na wykonywanie usług cateringowych dla Powiatowego Szpitala w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o. należy wyjaśnić, iż przepis ten wszedł w życie z dniem 29 listopada 2020 r. Tym samym, Zamawiający nie może powoływać się na zaistnienie przesłanek wynikających z ww. przepisu, bowiem w momencie wszczęcia procedury i udzielenia zamówienia – odpowiednio: 28 i 30 września 2020 r. przepis ten jeszcze nie obowiązywał.

Należy również wyjaśnić, iż ustawodawca wyliczył w sposób enumeratywny w treści art. 609 ust. 1 ustawy Pzp sposoby, w jakie może zakończyć się kontrola doraźna, tj. po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, poprzez przekazanie do wnioskodawcy i zamawiającego informacji o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli – tylko w sytuacji niepotwierdzenia uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy (art. 609 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp); po przeprowadzeniu postępowania kontrolnego, poprzez doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli zawierającej m.in. informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku (art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) albo poprzez doręczenie zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń (art. 609 ust. 2 ustawy Pzp). Tym samym podkreślić należy, iż ustawodawca nie zdefiniował skutku prowadzenia postępowania wyjaśniającego w okresie dłuższym niż termin wskazany w art. 608 ust. 3 ustawy Pzp jako wygaśnięcia uprawnienia Prezesa Urzędu do prowadzenia i zakończenia kontroli doraźnej w sposób przewidziany w art. 609 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem gdyby intencją ustawodawcy było ustanowienie 6-miesięcznego terminu na zakończenie postępowania wyjaśniającego jako terminu zawitego, niezbędne byłoby określenie formy prawnej czynności zakończenia kontroli doraźnej (postępowania wyjaśniającego) także na etapie przed wniesieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli przez zamawiającego. Powyższe powinno zostać zatem odczytane jako potwierdzenie wyłącznie porządkowego charakteru ww. terminu. W konsekwencji, należy wskazać, iż termin określony w art. 608 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter instrukcyjny, a z jego upływem nie można wywodzić skutków prawnych w postaci niedopuszczalności stwierdzenia ustalonych w toku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszeń przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli dokonał ustalenia stanu faktycznego w sposób niepełny i wybiórczy. Należy wskazać, iż stan faktyczny, w oparciu o który została przeprowadzona analiza w celu stwierdzenia, czy w przedmiotowej sprawie wystąpiły wszystkie przesłanki niezbędne do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, został ustalony na podstawie informacji przekazanych przez Zamawiającego w wyjaśnieniach oraz przesłanych dokumentach. Na etapie wniesionych zastrzeżeń Zamawiający podniósł również fakt pominięcia przez Prezesa Urzędu *dokumentów w postaci decyzji Ministra Zdrowia o nałożeniu na szpital przez Ministra Zdrowia ekstremalnych obowiązków świadczenia opieki zdrowotnej w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 z rygiem natychmiastowej wykonalności (...) dokonując nieprawidłowych wniosków zwłaszcza w zakresie oczekiwania, iż w sytuacji skrajnego obciążenia szpitala w zakresie walki z pandemią będzie on w stanie udźwignąć kolejne obowiązki związane z rozpisaniem nowych zamówień i terminowania kontraktów, które to czynności mogły zakłócić świadczenie opieki leczniczej.* W tym miejscu należy zauważyć, iż w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości za nieprzewidywalną nie może zostać uznana konieczność dochowania określonych terminów. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu. Powyższe potwierdza również opinia rzecznika generalnego Michaela Bendik Elmer w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko Niemcom przedstawionej w dniu 8 lutego 1996 r., w której Rzecznik 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).

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli. Zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w zakresie wykazanych naruszeń zostały one przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 15 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 21/22) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że *zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.* Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na *wykonywanie usług cateringowych dla Powiatowego Szpitala w Aleksandrowie Kujawskimi Sp. z o.o.*

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 21/22).

Załącznik:

1. Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 21/22).