



Warszawa, 2021 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DKZP.WKZ3.442.120.2021.LB
KND/124/21/DKZP

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

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Szpital Solec Sp. z o.o. ul. Solec 93 00 – 382 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	dostawy, przesył i dystrybucja energii cieplnej do Szpitala Solec Sp. z o.o.
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004
Wartość zamówienia:	415.105,82 zł netto (97.230,42 euro)
Wszczęcie postępowania:	14 grudnia 2020 r.
Środki UE:	nie

Informacja o stwierdzonych naruszeniach:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 161 ust. 1 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”), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004, w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp2004 poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych;

2) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych po upływie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 w przedmiocie dostawy, przesyłu i dystrybucji energii cieplnej do Szpitala Solec Sp. z o.o. (nr postępowania: ZWR/02EC/12/2020) poprzez przekazanie w dniu 14 grudnia 2020 r. zaproszenia do wzięcia udziału w negocjacjach wybranemu Wykonawcy – PGNiG Termika S.A. w Warszawie.

Zamawiający wyjaśnił, że bezpośrednią przyczyną wszczęcia ww. postępowania było unieważnienie uprzednio przeprowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego z powodu braku ofert.

Z analizy dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego i kontroli doraźnej wynika, że w dniu 23 listopada 2020 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, przesył i dystrybucję energii cieplnej do Szpitala Solec Sp. z o.o. (nr postępowania: PN/20EC/11/2020) poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 613919-N-2020.

Przed upływem terminu składania ofert w dniach 25 i 26 listopada 2020 r. złożone zostały zapytania, co do treści zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), jak i projektu umowy od potencjalnych wykonawców: Veolia Energia Warszawa S.A. oraz PGNiG Termika S.A. w Warszawie. W dniu 27 listopada 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na przekazane zapytania.

Zgodnie z pkt 11 ppkt 1 i 3 protokołu postępowania otwarcie ofert nastąpiło dniu 1 grudnia 2020 r., w ww. postępowaniu nie wpłynęła żadna oferta.

Informacja o unieważnieniu postępowania została udostępniona w dniu 4 grudnia 2020 r. Natomiast zgodnie z pkt 26 protokołu postępowania ogłoszenie o unieważnieniu ww. postępowania zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 grudnia 2020 r. pod nr 510545505-N-2020.

W związku z unieważnieniem postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający podjął decyzję o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004.

W dniu 14 grudnia 2020 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji Wykonawcy – PGNiG Termika S.A. w Warszawie. W tym miejscu należy podnieść, że w dokumencie pn. „Zaproszenie do udziału w negocjacjach”, Zamawiający błędnie wskazał podstawę prawną udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp2004).

Umowa kompleksowa Nr 20DMMC055S sprzedaży i dostarczania ciepła w sprawie zamówienia publicznego z wolnej ręki została zawarta w dniu 15 grudnia 2020 r. na kwotę 510.580,16 zł brutto.

Zgodnie z pkt 1 ww. umowy kompleksowej: *TERMIKA zobowiązuje się wobec Odbiorcy do sprzedaży Odbiorcy energii cieplnej (ciepła), oraz jej dostarczenia do miejsca określonego w Zapotrzebowaniu na energię cieplną (dalej jako: „Zapotrzebowanie”) stanowiącym Załącznik Nr 2 do Umowy, w ilości wynikającej z cieplnej Mocy Zamówionej przez Odbiorcę w Zapotrzebowaniu, na warunkach określonych w Umowie oraz w Ogólnych Warunkach Umów kompleksowych sprzedaży i dostarczania ciepła zawieranych przez PGNiG TERMIKA SA dla obiektów na terenie m.st. Warszawy (dalej jako: „OWU”), które stanowią integralną część Umowy i są załączone do Umowy. Czas trwania umowy został określony w pkt 22 i 23 umowy – umowa obowiązuje od dnia (01-01-2021) (...) do dnia (31-12-2021 r.).*

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 czerwca 2021 r. pod nr 510433188-N-2021.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Ad 1)

Jak wynika z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp2004 podstawowymi trybami udzielenia zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Odstąpienie od przeprowadzenia postępowania w trybach podstawowych regulują przepisy ustawy Pzp2004, które muszą być zawsze interpretowane ściśle z uwagi na fakt, iż skorzystanie z innych trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie udowodnić wystąpienie tych przesłanek.

Mając na uwadze powyższe, należy podnieść, 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 Pzp2004 zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp2004. Zarówno Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt: II S.A. 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być

zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C-20/01, C-28/01 oraz wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Podkreślenia wymaga, że pod pojęciem „warunki zamówienia” rozumieć należy wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe. Za istotną zaś zmianę należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia polegającą na wprowadzeniu zmian, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty (tak: wyrok ETS z 4 czerwca 2009 r., *Komisja v. Grecja*, w sprawie [C-250/07](#), Legalis pkt 52). Istotną zmianą będzie zatem taka zmiana, która może wpływać na krąg potencjalnie zainteresowanych oferentów, stanowiąc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że nie można zmienić m.in. przedmiotu zamówienia czy jego istotnych cech, w sposób który mógłby mieć wpływ na kształt zamówienia. Zakazane są także istotne zmiany dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert. Istotną zmianą warunków będzie np. takie ich określenie, które w sposób znaczący poszerza zamówienie o elementy, które pierwotnie nie były w nim przewidziane, prowadząc w istocie do udzielenia nowego zamówienia.

Zgodnie z §3 ust. 7 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego termin zapłaty za wykonanie zamówienia został określony w następujący sposób: *„należności regulowane będą zgodnie z wystawionymi fakturami, po zakończeniu okresu rozliczeniowego, w terminie 60 dni od daty otrzymania przez odbiorcę prawidłowo wystawionej faktury VAT (...)”*.

Natomiast w myśl pkt 10 umowy kompleksowej Nr 20DMMC055S sprzedaży i dostarczania ciepła, zawartej w dniu 15 grudnia 2020 r. w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 wskazano, iż *„należności wynikające z realizacji Umowy Odbiorca będzie uiszczał na rzecz Termiki na zasadach określonych w OWU”*. Zgodnie zaś z §6 ust. 8 Ogólnych Warunków Umów kompleksowych sprzedaży i dostarczania ciepła zawieranych przez PGNiG Termika S.A. dla obiektów na terenie m.st. Warszawy stanowiącym załącznik nr 1 do ww. umowy *„Należności z tytułu wystawionych przez Termikę faktur Odbiorca będzie opłacał na rachunek bankowy Termiki (...) w terminie do końca miesiąca kalendarzowego następnego po miesiącu, którego dotyczy faktura (...)”*.

Należy stwierdzić, iż termin płatności za wykonanie zamówienia jest jednym z czynników determinujących krąg wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu lub też potencjalnie mogliby je złożyć. Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że w uprzednio prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego to sam Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę

terminu zapłaty należności z 60 – dniowego na 30 – dniowy, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, w tym zaproszonego do negocjacji wykonawcy PGNiG Termika S.A. w Warszawie, z którym później zawarł umowę w trybie z wolnej ręki na zmienionych warunkach umowy o rozliczeniu należności.

Jak wynika z przekazanej dokumentacji postępowania pismem z dnia 25 listopada 2020 r. Wykonawca Veolia Energia Warszawa S.A. zwrócił się z pytaniem do Zamawiającego dotyczącym zapisów projektu umowy: *(załącznik nr 7 do SIWZ) – § 3 ust. 7 – Wykonawca zwraca się z prośbą o informację jak się ma 60 dniowy termin płatności do przepisów ustawy z dnia 08.03.2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. poz. 403). Zgodnie z w/w ustawą w transakcjach pomiędzy przedsiębiorstwami, a podmiotami publicznymi, w których podmiot publiczny jest dłużnikiem, termin zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi nie może przekroczyć 30 dni. Prosimy o podanie uzasadnienia i wskazanie szczególnych warunków, aby móc uwzględnić termin dłuższy niż 30 dni i nie przekraczający 60 dni zgodnie z art. 8 ust. 3 powyższej ustawy, gdyż brak takiego uzasadnienia prowadziłoby do naruszenia dyscypliny finansowej.*

W dniu 26 listopada 2020 r. Wnioskodawca PGNiG Termika S.A. w Warszawie zapytał Zamawiającego: *Czy Zamawiający odstąpi od 60 – dniowego terminu płatności faktur. Prosimy o przyjęcie standardowego 30 – dniowego terminu płatności.*

W odpowiedzi na powyższe zapytania pismem z dnia 27 listopada 2020 r. Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

- na pytanie od Wykonawcy Veolia Energia Warszawa S.A. wskazał, iż *Podstawą działań Szpitala jest art. 8 ust. 2 in fine ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych w związku z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o działalności leczniczej. Art. 8 ust. 3 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nie znajduje zastosowania do przedsiębiorców spółek komunalnych prowadzących działalność leczniczą.*

- na pytanie od Wykonawcy PGNiG Termika S.A. odpowiedział, że *Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższej zmiany.*

W konsekwencji należy stwierdzić, iż określony w dokumentach postępowania termin płatności miał duże znaczenie dla podmiotów przystępujących do postępowania, a przez to – na wybór konkretnego wykonawcy. Wykonawcy wiedząc, że otrzymają zapłatę za wykonanie zamówienia publicznego w dwukrotnie krótszym terminie, mogliby złożyć oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Zatem należy przyjąć, iż zmiana dokonana przez Zamawiającego w zakresie terminu płatności za realizację zamówienia miała istotny charakter w porównaniu do opisu przedmiotu zamówienia określonego w uprzednio prowadzonym postępowaniu.

Należy też zauważyć, iż podniesione w wyjaśnieniach Zamawiającego kwestie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez podmioty, które były zainteresowane udziałem w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie dotyczyły przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004. Nie mogą być zatem brane pod uwagę przy ocenie zasadności wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki.

Reasumując, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004, uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki. Zamawiający poprzez

nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp2004.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Ad 2)

Analiza stanu faktycznego sprawy pozwoliła na stwierdzenie, iż Zamawiający po udzieleniu zamówienia dopiero w dniu 23 czerwca 2021 r. zamieścił ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 510433188-N-2021, czyli po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Zgodnie z treścią art. 95 ust. 1 ustawy Pzp2004, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zaniechanie przez Zamawiającego zamieszczenia powyższego ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych w ustawowym terminie stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp2004 od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.