

Sygn. akt: KIO 2165/14

WYROK

z dnia 6 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**
Anna Packo
Beata Pakulska-Banach

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2014 r. przez wykonawcę – A. G. w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Nowy Szpital Wojewódzki Sp. z o.o. we Wrocławiu

przy udziale Kancelarii Prawnej P., N. i Wspólnicy Spółka Komandytowa w Poznaniu, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi świadczenia bieżącej pomocy prawnej w zakresie i w związku z prowadzoną przez zamawiającego działalnością gospodarczą (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy o numerze 338666-2014, zamieszczone w dniu 13 października 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych);

2. kosztami postępowania obciąża Nowy Szpital Wojewódzki Sp. z o.o. we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. G. w Kielcach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Nowego Szpitala Wojewódzkiego Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz wykonawcy A. G. w Kielcach kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych)

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

I. Nowy Szpital Wojewódzki Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi, w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie pn. „*Usługi świadczenia bieżącej pomocy prawnej w zakresie i w związku z prowadzoną przez Spółkę działalnością gospodarczą*”. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy o numerze 338666-2014, zostało zamieszczone w dniu 13 października 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W dniu 17 października 2014 r. A. G., zam. w Kielcach (dalej: Odwołująca) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołująca podnosiła naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, polegające na wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, mimo braku podstaw prawnych do stosowania tego trybu, w świetle przepisu art. 5 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych, w związku z przepisem art. 67 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołująca wskazywała, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamawiający przyjął bowiem – bezpodstawnie w ocenie Odwołującej - iż przesłanki zastosowania art. 5 ust. 1a Prawa zamówień publicznych stanowią katalog całkowicie otwarty, w związku z czym Zamawiający bez podawania podstaw może udzielić zamówienia na obsługę prawną kancelarii, która dotychczas świadczyła usługi prawne na rzecz Zamawiającego. Według Odwołującej, jest to nazbyt szerokie rozumienie przepisu ww. artykułu. W wyniku takiego działania Zamawiającego, Odwołująca została pozbawiona możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, a w konsekwencji brak możliwości uzyskania niniejszego zamówienia prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującą wskutek nieuzyskania zamówienia. Odwołująca jest szczególnie zainteresowana uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest podmiotem, który świadczy usługi pomocy prawnej. Zakres czynności wykonywanych przez Odwołującą obejmuje m.in. czynności będące przedmiotem niniejszego zamówienia.

Argumentując zarzuty odwołania, Odwołująca wskazywała, że Zamawiający w przypadku niniejszego postępowania błędnie przyjął, iż można zastosować przepis art. 5 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych, co w konsekwencji prowadzi do rażącego naruszenia tegoż przepisu oraz wypacza podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. uczciwej

konkurencji i równego dostępu dla wykonawców.

Przepis art. 5 ust. 1a Prawa zamówień publicznych stanowi, że w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, 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.

Tryb zamówienia z wolnej ręki, który zastosował Zamawiający, ma charakter szczególny, dlatego też przesłanki jego zastosowaniu podlegają ścisłej interpretacji.

Argument Zamawiającego, zgodnie z którym wybór innego wykonawcy spowodowałby powiększenie kosztów, poprzez konieczność zaznajomienia się przez nowego wykonawcę ze stanem faktycznym i prawnym, w jakim obecnie znajduje się Spółka, w ocenie Odwołującej jest nietrafny. Po pierwsze, dobrze udokumentowany przebieg współpracy z poprzednim wykonawcą ogranicza do minimum wydatki i czas związany z zaznajomieniem się nowego wykonawcy z wykonanym już zamówieniem. Po drugie, zakres niniejszego zamówienia, obejmuje oprócz rozpoczętych projektów, także inne obszary usług prawniczych niezwiązane z rozpoczętymi projektami. W związku z tym, Zamawiający nie ma podstaw, by stwierdzić, że tylko Kancelaria Prawna P., N. i Wspólnicy Spółka Komandytowa zrealizuje przedmiotowe zamówienie w należyty sposób i w korzystnej cenie.

Odwołująca zauważała również, że niczym niezrozumiałe jest ograniczenie zakresu weryfikacji rynku usług prawniczych jedynie do kancelarii, z którą Zamawiający wcześniej współpracował.

W konsekwencji Odwołująca wywodziła, że wyłonienie wykonawcy przedmiotowego zamówienia, stosownie do przepisów ustawy, powinno zostać poprzedzone przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, co jest gwarancją rzetelnej oceny rynku, a tym samym wyboru oferty najkorzystniejszej spośród złożonych.

Wobec powyższego Odwołująca wnosiła o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie

Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie i na zasadach art. 5 ust. 1a Prawa zamówień publicznych w związku z przepisem art. 67 ust. 1 Prawa zamówień publicznych,
2. przeprowadzenia postępowania na obsługę prawną z poszanowaniem zasad przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji tj. w trybie konkurencyjnym.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie, powołując się na zaangażowanie dotychczasowego podmiotu (kancelarii prawnej świadczącej obecnie obsługę prawną Zamawiającego) w prowadzone aktualnie procesy, których opracowanie i wdrożenie trwa nieprzerwanie od roku 2010. Mianowicie Zamawiający powoływał się na okoliczność, że „inwestycja realizowana przez Zamawiającego prowadzona jest w oparciu o pionierski model organizacyjno-prawno-podatkowy opracowany przez dotychczasowego Wykonawcę i wdrożony przy jego udziale, i jest pierwsza w Polsce samorządową inwestycją w publiczną służbę zdrowia umożliwiającą obniżenie wartości inwestycji o wartość całego podatku VAT w kwocie 60 mln zł”, w związku z czym otrzymał pozytywną opinię Ministra Finansów, a Zamawiający musi realizować przedsięwzięcie, stosując się do założeń modelu organizacyjno-prawnego, zgodnie z zasadami przyjętymi we wniosku skierowanym do Ministra Finansów. Podnosił, że jedynie dotychczasowy wykonawca posiada niezbędne know-how i zna wszystkie założenia, sposób realizacji, uzgodnienia i wzajemne relacje uczestników modelu i jego rozliczenia. Wskazywał na problemy związane z odbiorami realizowanej inwestycji i roszczenia o dużej wartości – wobec Zamawiającego na kwotę 2 mln złotych, i Zamawiającego wobec podmiotów trzecich na kwotę przekraczającą 10 mln złotych. Zauważał, że inwestycja jest finansowana z kredytu udzielonego przez Europejski Bank Inwestycyjny w Luksemburgu, a opóźnienia w realizacji inwestycji mogą spowodować konieczność zwrotu 100 mln złotych. Podmiot obecnie świadczący obsługę prawną posiada unikalną wiedzę w zakresie wymagań stawianych przez bank, a wymogu w tym zakresie nie można postawić w ewentualnym przetargu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Kancelaria Prawna P., N. i Wspólnicy Spółka Komandytowa z siedzibą w Poznaniu (dalej: Przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i na rozprawie stwierdzał, że analogiczna obsługa mogłaby być prowadzona przez inną kancelarię, ale inwestycja Zamawiającego ma szczególny charakter. Województwo dolnośląskie powierzyło Zamawiającemu zadanie budowy i wyposażenia nowego szpitala na 550 łóżek, którym ma zastąpić dwie istniejące placówki. Nie jest to zwykła umowa modelu FIDIC. Przystępujący

uzyskał zgodę Ministra Finansów na obniżenie podatku VAT i przy 320 mln wartości inwestycji - jest to 60 mln złotych podatku VAT.

Na obecnym etapie nie jest możliwe sprowadzenie nowego wykonawcy – chciałby uniknąć szeregu problemów przy odbiorze. Etap budowy nie jest zakończony, ponieważ wystąpiły liczne wady. Błędy projektowe i przyszłe roszczenia wobec projektantów szacuje na wartość 10 mln złotych. Obecnie trwa najbardziej newralgiczny moment inwestycji, dlatego zmiana wykonawcy nie jest możliwa. Trzon modelu prawnopodatkowego jest uzgodniony, jednak część uzgodnień pomiędzy szeregiem podmiotów - EBI i województwo dolnośląskie – nadal trwa. Zauważa, że uzgodnienia trwają od 2010 roku i specyfika samorządów utrudnia, bądź uniemożliwia sporządzania protokołów lub notatek. Prowadzone są rozmowy zakularowe. Model prawnopodatkowy jest absolutnie wyjątkowy - zakłada współdziałanie dwóch podmiotów samorządowych. Jest to nowy model, dopiero wypracowywany i doświadczenia w tym zakresie nie ma żaden inny wykonawca. Zatem zmiana wykonawcy może uniemożliwić odzyskanie podatku VAT. Część bieżąca to tylko wycinek działalności Zamawiającego. Obecnie toczy się 20 postępowań o zamówienie publiczne, zatem pracownicy są zajęci i nie mieliby czasu przekazywać spraw nowej kancelarii.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Zamawiający kwestionował legitymację Odwołującej do wniesienia odwołania, powołując się na okoliczność, że w odwołaniu wskazano, że Odwołująca jest zainteresowana uzyskaniem przedmiotowego zamówienia jako jeden z wykonawców chcących wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne (w formie tzw. konsorcjum), a odwołanie wniosła sama, nie w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jednak Izba uznała, że Odwołującej, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przysługuje prawo do wniesienia odwołania: ma ona interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych (przez udzielenie zamówienia z wolnej ręki pozbawiona jest szansy na uzyskanie zamówienia). Odwołująca kwestionuje dokonany przez Zamawiającego wybór trybu zamówienia z wolnej ręki, a na tym etapie każdy wykonawca, potencjalnie zainteresowany realizacją przedmiotu zamówienia, może korzystać ze środków ochrony prawnej. Zamawiający bowiem nie określił warunków udziału w postępowaniu, dlatego nie można stwierdzić, czy Odwołująca spełniałaby warunki udziału w postępowaniu samodzielnie, czy też nie. Ponieważ ocena w tym względzie jest przedwczesna, nie może ona tamować rozpoznania odwołania. W konsekwencji, ustalenie legitymacji materialnej do wniesienia odwołania musi nastąpić w oderwaniu od faktu, że Odwołująca może

przewidywać (czemu daje wyraz w odwołaniu), że w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia uczyni to wspólnie z innym podmiotem (bądź podmiotami), a to chociażby dlatego, że dobór ewentualnych konsorcjantów może być uzależniony od warunków udziału w postępowaniu, obecnie przez Zamawiającego nieokreślonych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający prowadzi, w trybie zamówienia z wolnej ręki, postępowanie pn. „*Usługi świadczenia bieżącej pomocy prawnej w zakresie i w związku z prowadzoną przez Spółkę działalnością gospodarczą*”. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy o numerze 338666-2014, zostało zamieszczone w dniu 13 października 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych.
2. W ogłoszeniu, w pkt II.3) Zamawiający zawarł „określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia”: *Przedmiotem zamówienia są usługi świadczenia bieżącej pomocy prawnej w zakresie i w związku z prowadzoną przez Zamawiającego działalnością gospodarczą, obejmujące w szczególności:*
 - 1) *wydawanie opinii prawnych, ekspertyz i analiz,*
 - 2) *doradztwo prawne w zakresie działalności Zamawiającego,*
 - 3) *obsługę organów Zamawiającego,*
 - 4) *udział w spotkaniach, naradach, negocjacjach według potrzeb Zamawiającego i jego organów,*
 - 5) *opiniowanie przygotowanych przez Zamawiającego materiałów, w tym specyfikacji, umów, pism i innych dokumentów,*
 - 6) *sporządzanie dokumentów i innych materiałów związanych z działalnością Zamawiającego - umów, pism, projektów uchwał organów Zamawiającego, dokumentów niezbędnych dla przeprowadzenia postępowań przetargowych, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentów,*
 - 7) *analizę prawną i opiniowanie możliwości wprowadzenia zmian do zawartych przez Zamawiającego umów, w tym sporządzanie na życzenie Zamawiającego projektów aneksów,*
 - 8) *doradztwo i bieżącą pomoc prawną dotyczącą prawnych aspektów realizacji zawartego w formule FIDiC kontraktu na budowę nowego szpitala wojewódzkiego z wykonawcą robót budowlanych - w szczególności w zakresie realizacji uprawnień wynikających z rękopisami i*

gwarancji udzielonej na wykonane roboty budowlane oraz rozpatrywania roszczeń zgłoszonych przez wykonawcę robót lub jego podwykonawców,

9) udział w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze biegłego,

10) pomoc prawną przy opracowaniu, wdrożeniu i realizacji umów zawartych z użytkownikiem obiektu nowego szpitala, tj. Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T. Marciniaka - Centrum Medycyny Ratunkowej,

11) doradztwo prawne w kwestiach zarządzania obiektem nowego szpitala,

12) pomoc prawną przy przygotowaniu i realizacji nowych projektów powierzonych do realizacji Zamawiającemu,

13) proponowanie rozwiązań zapewniających sprawną i skuteczną realizację zadań statutowych Zamawiającego,

14) bieżące konsultacje prawne związane z działalnością Zamawiającego (w formie ustnej, telefonicznej lub drogą elektroniczną),

15) inne czynności według potrzeb Zamawiającego związane z pomocą prawną, w tym także w zakresie zastępstwa prawnego i procesowego.

3. Zamawiający w ogłoszeniu, w sekcji III, podał podstawę prawną (art. 5 ust. 1a Prawa zamówień publicznych) oraz uzasadnienie wyboru trybu. Zamawiający mianowicie wskazał, iż przedmiotem postępowania jest stała kompleksowa obsługa prawna Nowego Szpitala Wojewódzkiego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (zwana dalej: Spółką). W zakresie usług prawniczych, polegających na doradztwie prawnym. podstawę prawną udzielenia zamówienia stanowi *art. 5 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późniejszymi zmianami) (zwanej dalej: ustawą Prawo zamówień publicznych).*

Zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych - w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Usługi prawnicze będące przedmiotem niniejszego postępowania mieszczą się w wykazie usług o charakterze niepriorytetowym określonym w treści załącznika nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010 r. nr 12, poz. 68) wydanego na podstawie delegacji zawartej w przepisie art. 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego do niniejszego postępowania znajduje zastosowanie przepis art. 5 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych. Z wykładni wyżej powołanego przepisu art. 5 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że katalog przypadków, których zaistnienie uprawniałoby zamawiającego do skorzystania z trybu niekonkurencyjnego jest katalogiem otwartym, co oznacza, że okoliczności podane w ust. 1 a są tylko przykładowe, a zamawiający może wskazywać także na wszelkie inne okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu z wolnej ręki lub trybu negocjacji bez ogłoszenia (vide: Prawo zamówień publicznych. Komentarz Jerzy Pieróg, Wydawnictwo C.H. Beck, rok wydania 2010).

W niniejszym postępowaniu zachodzą okoliczności uzasadniające zawarcie umowy w przedmiocie kompleksowej obsługi prawnej Spółki w trybie zamówienia z wolnej ręki z dotychczasowym wykonawcą - Kancelarią Prawną P., N. i Wspólnicy Spółka Komandytowa z siedzibą w Poznaniu przy ul. Towarowej 35 Oddział we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu przy Rynek 7.

Bieżąca działalność Spółki oraz planowana w okresie objętym zamówieniem ma charakter różnorodny i bardzo złożony, wymagający od wykonawcy olbrzymiego doświadczenia w obszarze funkcjonowania Spółki, ale przede wszystkim znajomości i umiejętności poruszania się w sferze zawartych dotychczas umów, przyjętego modelu organizacyjno-prawnego oraz innych rozwiązań i uzgodnień w ramach struktury właścicielskiej.

Podstawowym celem statutowym Spółki, dla realizacji którego została przez Województwo Dolnośląskie powołana, było przygotowanie oraz zrealizowanie inwestycji budowy nowego szpitala wojewódzkiego, a po jej zakończeniu wyposażenie, utrzymanie oraz użytkowanie powstałych obiektów budowlanych w sposób umożliwiający zabezpieczenie i świadczenie usług medycznych na podstawie obowiązujących przepisów prawa.

Jednocześnie Spółce powierzone zostały do realizacji zadania własne Województwa Dolnośląskiego polegające na wykonywaniu czynności promocyjnych, edukacyjnych i wydawniczych, o jakich mowa w art. 13 ust. 2 ustawy o samorządzie województwa, na rzecz Województwa Dolnośląskiego, w szczególności polegających na działaniach promocyjnych prowadzących do zwiększania atrakcyjności Województwa Dolnośląskiego i wpływających na walory inwestycyjne Województwa Dolnośląskiego, w tym w oparciu o jego składniki majątkowe.

Aktualnie działalność Spółki skoncentrowana jest na zakończeniu rozpoczętej inwestycji budowy nowego szpitala wojewódzkiego realizowanej w formule FIDIC oraz :

1) wyposażeniu obiektu w urządzenia, aparaturę, narzędzia a także meble niezbędne do prowadzenia działalności medycznej,

2) zapewnieniu mediów (energia elektryczna, woda, gaz, oleje, etc.) niezbędnych do funkcjonowania obiektu.

Po zrealizowaniu inwestycji zamawiający będzie odpowiedzialny za zarządzanie obiektem od strony infrastrukturalnej. Owo zarządzanie będzie związane w sposób ścisły z egzekwowaniem uprawnień wynikających z gwarancji i rękojmi zarówno w zakresie wykonanych robót budowlanych, jak i zakupionego wyposażenia.

Niezależnie od powyższego zamawiający będzie obciążony sprawami związanymi z dochodzeniem roszczeń powstałych na tle realizacji dotychczasowo zawartych umów na: wykonanie dokumentacji projektowej szpitala, realizacji robót budowlanych (również spraw podwykonawstwa), jak i ewentualnych roszczeń powstałych w związku z wyposażeniem obiektu.

Kancelaria Prawna P., N. i Wspólnicy Sp. k. Oddział we Wrocławiu świadcząca usługi na rzecz Spółki od chwili jej powstania posiada właściwą wiedzę i doświadczenie dające rękojmię profesjonalnej obsługi prawnej. Ale przede wszystkim Kancelaria zna postawione przed Spółką zadania, ich specyfikę oraz funkcjonującą w Spółce strukturę. Przyjęte w Spółce prawne rozwiązania dotyczące realizacji powierzonych jej zadań opracowywane i uzgadniane były przy czynnym udziale Kancelarii. Ponadto Kancelaria jest autorem lub współautorem funkcjonujących w Spółce dokumentów, przede wszystkim regulacji korporacyjnych oraz zawartych umów, w tym umowy na wykonawstwo obiektu w formule FIDIC oraz wszelkich umów na wyposażenie obiektu szpitala.

Z uwagi na powyższe uznać należy, że zlecenie obsługi prawnej dotychczasowej Kancelarii spowoduje szybsze załatwianie powierzonych jej do rozstrzygnięcia problemów prawnych poprzez zaoszczędzenie czasu koniecznego na wdrożenie w sprawy Spółki, zapoznanie z dokumentacją, umowami oraz intencjami towarzyszącymi ich uzgodnieniom i podejmowanym decyzjom. Jednocześnie będzie miało istotne znaczenie dla oszczędnego i bardziej celowego wydatkowania środków finansowych na obsługę prawną, zapewniając najbardziej efektywne dokonywanie przez Spółkę wydatków.

Zaznajomienie nowego wykonawcy ze specyfiką funkcjonowania Spółki, uzgodnieniami, koncepcjami opracowanymi i przyjętymi dla realizacji celów statutowych, wszystkimi wewnętrznymi aktami normatywnymi regulującymi jej działalność oraz wdrożenie w specyfikę opracowanej przy udziale dotychczasowego Wykonawcy umowy na generalne wykonawstwo Nowego Szpitala Wojewódzkiego w skomplikowanej formule FIDIC wymagałoby zaangażowania olbrzymiej ilości czasu zarówno wykonawcy, jak i Zarządu oraz pracowników Spółki, co może uniemożliwić terminową realizację zadań i niekorzystnie wpłynąć na realizację przez pracowników bieżących zadań związanych z funkcjonowaniem Szpitala.

W przeciwnym razie, tj. w przypadku powierzenia tych prac nowemu wykonawcy, zwłaszcza na aktualnym etapie, odbije się w sposób niekorzystny za terminowości ich wykonania oraz spowoduje nieuzasadnione, niecelowe i nieracjonalne wydatkowanie środków Spółki.

Zatem zawarcie umowy z zastosowaniem innego trybu niż zamówienie z wolnej ręki może spowodować niecelowe i nieefektywne wydatkowanie przez Spółkę środków publicznych, a także uniemożliwić terminową realizację jej zadań.

W świetle wyżej opisanych okoliczności uzasadnione jest udzielenie przez Spółkę zamówienia na świadczenie usług bieżącej pomocy prawnej w trybie zamówienia z wolnej ręki i powierzenie dalszej obsługi prawnej Kancelarii Prawnej P., N. i Wspólnicy Sp. k. Oddział we Wrocławiu na podstawie art. 5 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych.

4. W związku z tak sformułowanymi postanowieniami ogłoszenia Odwołująca wniosła odwołanie, podnosząc zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, polegający na wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, mimo braku podstaw prawnych do stosowania tego trybu, w świetle przepisu art. 5 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych w związku z przepisem art. 67 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia przepisów wskazywanych w odwołaniu.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Izba bada odwołanie, zgodnie z art. 192 ust 7 Prawa zamówień publicznych, wyłącznie w granicach zarzutów w nim podniesionych. Zarzuty te są ściśle skorelowane z treścią ogłoszenia – w związku z uzasadnieniem podstawy prawnej i faktycznej wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki tamże opisanym, w kontekście opisu przedmiotu zamówienia podanym w ogłoszeniu. Zamawiający nie może na późniejszym etapie (w odpowiedzi na odwołanie, na rozprawie) w żaden sposób modyfikować tego opisu, ani również uzasadnienia wyboru trybu. Tymczasem, ze stanowiska Zamawiającego, prezentowanego w ramach postępowania odwoławczego, wydawało się wynikać, że przeważająca część przedmiotu zamówienia w ramach postępowania, w którym wniesiono odwołanie, to obsługa trwającej inwestycji. W żaden sposób nie wynika to z określenia przedmiotu zamówienia, zawartego w ogłoszeniu. Z ogłoszenia również nie wynika, że dotychczasowy wykonawca posiada unikalne know-how, związane z wydaną przez Ministra Finansów decyzją. Zamawiający zresztą sam podaje w odpowiedzi na odwołanie, że aby nie utracić prawa do odliczenia podatku VAT, należy się ściśle trzymać zasad opisanych we wniosku – a więc informacje te będą dostępne również dla innych podmiotów. Sam Zamawiający powołuje się na okoliczność, że jego inwestycja ma charakter pionierski – zatem zakłada naśladowanie przez inne podmioty, a więc i udostępnienie im wypracowanego modelu organizacyjnego.

W Prawie zamówień publicznych zasadą jest udzielanie zamówień w trybach konkurencyjnych, a udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jest wyjątkiem od tej reguły i powinno być stosowane ściśle, po ziszczeniu się przesłanek ustawowych. Zgodnie z przepisem art. 5 ust. 1a Prawa zamówień publicznych, na który powoływał się Zamawiający podając podstawę prawną zastosowania trybu z wolnej ręki, w przypadku zamówień, których przedmiotem zamówienia są usługi niepriorytetowe (nie było kwestionowane, że przedmiot zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, ma taki charakter), można wszcząć postępowanie 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.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie wykazał żadnej z tych okoliczności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, opisanego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

Odwołująca słusznie w odwołaniu zauważyła, że zakres zamówienia opisany w ogłoszeniu, obejmuje oprócz rozpoczętych projektów, także inne kategorie usług prawniczych niezwiązane z rozpoczętymi projektami. W ocenie Izby, z treści ogłoszenia, z określenia przedmiotu zamówienia, wynika, że obejmuje on trzy obszary: 1) bieżącą obsługę prawną Zamawiającego, 2) obsługę związaną z kontynuacją trwających inwestycji, 3) usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego.

Niewątpliwie w przypadku usług prawniczych, polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, na podstawie art. 5 ust. 1b Prawa zamówień publicznych nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, jednak na ten przepis Zamawiający się nie powoływał w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

Z kolei bieżącą obsługę prawną może realizować wiele podmiotów, konkurencja w tym zakresie istnieje, co jest faktem powszechnie znanym.

Argumentacja Zamawiającego zasadniczo odnosiła się tylko do jednego z obszarów składających się na opis przedmiotu zamówienia – do kontynuacji obsługi projektów (inwestycji) obecnie trwających. Jednak w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że kontynuować obsługę może tylko jeden podmiot. Zamawiający jedynie powoływał się na posiadane przez Przystępującego know-how – jednak równocześnie wskazywał, że jest ono opisane w dokumentach – wniosku do Ministra Finansów, decyzji Ministra Finansów, opisie modelu organizacyjnego. Trudno uwierzyć, że wyłącznie Przystępujący, jako jedyny podmiot spośród podmiotów świadczących obsługę prawną, posiada unikalną wiedzę odnośnie wymagań stawianych przez Europejski Bank Inwestycyjny w Luksemburgu w związku z umową kredytową.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał również, że zaistniały przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych, w szczególności nie udowodnił, że zaistniała którakolwiek z okoliczności opisanych w pkt 1-4 przywołanego przepisu. Według składu orzekającego, sam fakt przejścia obsługi prawnej przez nowy podmiot nie może być uznany za wypełnienie którejkolwiek okoliczności wskazanych w tymże przepisie.

Gdyby zaakceptować stanowisko Zamawiającego (podane przez niego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki), to byłoby to równoznaczne z uznaniem, że każdy inwestor może, powołując się na art. 5 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych, zlecać obsługę prawną z wolnej ręki, bowiem z reguły każdy zamawiający posiada trwające projekty.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, polegającego na wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, mimo braku podstaw prawnych do stosowania tego trybu, w świetle przepisu art. 5 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych, w związku z przepisem art. 67 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Dlatego orzeczono, jak w sentencji, uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi świadczenia bieżącej pomocy prawnej w zakresie i w związku z prowadzoną przez zamawiającego działalnością gospodarczą.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....